

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO**

CARLLA SIMONNY BATISTA OLIVEIRA

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

RUBIATABA – GO

2008

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

CARLLA SIMONNY BATISTA OLIVEIRA

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada à FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof.º Sérgio Luís Oliveira dos Santos.

RUBIATABA – GOÍAS

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARLLA SIMONNY BATISTA OLIVEIRA

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHARELADO DE DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO _____

Orientador _____

Sérgio Luis Oliveira dos Santos
Especialista em Direito Processual Civil

2º Examinador _____

Geruza Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia

3º Examinador _____

Monalisa Salgado Bittar
Especialista em Direito Processual Civil

Rubiataba, 2008.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Divino Antonio de Oliveira e Erli Batista Oliveira, que me deram amor, que sempre acreditaram na minha capacidade e me ensinaram a lutar pelos meus ideais; que com muito carinho e esforço, sempre estiveram presentes, sendo um exemplo de honestidade, e colocando ânimo no meu coração todas as vezes que pensei em desistir. Dedico este trabalho a vocês.

Ao meu irmão, Thiago Batista Oliveira, o qual é parte de mim e com certeza esta muito feliz por esta realização.

Ao meu grande amor, meu namorado, Fábio Gonçalves da Silva, amigo e companheiro em todas as horas, a quem amo e quero amar cada dia mais, por seu amor, e por sua presença mesmo que distante, que com seu brilho, me vi refletida no seu esplendor, vi me respingada por suas inúmeras qualidades e belezas interiores, que aos poucos foram me transformando numa pessoa melhor, pelo eterno incentivo para que eu pudesse chegar até aqui, pois o verdadeiro amor é aquele que suporta a distância e consegue viver a saudade.

O meu muito obrigado a todos vocês.

Primeiramente, agradeço àquele que nunca vemos ou ouvimos, mas podemos sentir ao nosso lado. Que nós dá forças nos momentos de fraqueza e desânimo; saúde e inteligência nos momentos de escolha e possibilidade de completarmos mais uma etapa de nossa existência.

A minha família pelo apoio incondicional no decorrer destes anos de estudo.

A todos que acreditaram e me apoiaram nos momentos imprescindíveis.

Em especial, aos meus amados pais por depositarem confiança na minha capacidade, me apoiando de forma psicológica e material, atribuindo decisivamente na minha graduação de Bacharel em Direito.

Ao meu irmão Thiago Batista Oliveira, juntos pela dificuldade de transporte que passamos, sempre estávamos ali um do lado do outro dando apoio, incentivo, para alcançar os nossos objetivos.

Ao meu namorado Fábio Gonçalves da Silva, pelo amor e paciência nos “meus maus momentos”. Obrigada por estar sempre perto de mim, mesmo que nos meus pensamentos. Te amo muito! Sempre me deu força coragem e inspiração para que eu pudesse alcançar os meus objetivos sem desistir no meio do caminho, pois é você meu amor que enche de estrelas a minha noite e faz de cada hora do meu dia um novo motivo de ser feliz.

Em especial ao meu querido professor e orientador Sérgio Luis Oliveira, e a professora Geruza Silva de Oliveira, pelo estímulo, motivação, incentivo, por terem me orientado com paciência e dedicação na elaboração deste trabalho.

A Coordenadora do curso de Direito, Roseane Cavalcante.

Aos funcionários da FÁCER, em especial à Marlisa Quintino das Chagas Chaves, Luzia Francisco Carlos (Bibliotecária), pela presteza e gentileza e carinho demonstrados.

Aos professores da banca examinadora deste trabalho.

A todos os colegas e professores do curso, pela força, amizade, carinho e incentivo recebidos de cada um. Destacando os meus dois amigos, os quais formávamos o trio, companheiros, que sempre estiveram do meu lado, apoiando, incentivando de uma forma ou

de outra, quebrando meu galho ao decorrer do curso, Francisca de Souza Lacerda e Eder Roberto dos Santos, também aos meus amigos Warlen Gomes da Silva e Márcia Dias de Lima, pelo apoio incondicional, pois é raridade encontrar um ser humano incrível como vocês, que são pessoas batalhadoras e sempre alegres, demonstrando que existem amizades verdadeiras, que ainda existe ser humano capaz de amar o próximo.

Aos motoristas que me transportaram até à faculdade, pois estes sempre dirigiram o nosso ônibus, com prudência e dedicação, para que eu pudesse adquirir mais conhecimento.

Por fim, a todos aqueles que colaboraram para a conquista deste objetivo em minha vida e que fizeram eu me tornar um ser humano muito melhor, deixo aqui o meu mais profundo e sincero reconhecimento.

VIVENDO E APRENDENDO... CADA DIA!

Aprendi que se aprende errando

Que o silêncio é a melhor resposta, quando se ouve uma bobagem

Que trabalhar significa não só ganhar dinheiro

Que amigos a gente conquista mostrando o que somos

Que a maldade se esconde atrás de uma bela face

Que não se espera a felicidade chegar, mas se procura por ela

Que quando penso saber de tudo ainda não aprendi nada

Que amar significa se dar por inteiro

Que um só dia pode ser mais importante que muitos anos

Que se pode conversar com estrelas

Que ouvir uma palavra de carinho faz bem à saúde

Que dar um carinho também faz...

Que sonhar é preciso

Que se deve ser criança a vida toda

Que nosso ser é livre

Que Deus não proíbe nada em nome do amor porque ele é amor

Que o julgamento alheio não é tão importante

Que o que realmente importa é a Paz interior consigo mesmo e com Deus!

E finalmente, aprendi que não se pode morrer,

Pra se aprender a viver...

Resumo: O presente trabalho, desenvolvido sob o título: A sucessão na união estável, tem o intuito de analisar de forma clara e concisa, os direitos sucessórios dos companheiros. Foram analisadas a evolução histórica, refletimos e analisamos a legislação que dispõe sobre a união estável, conceitos, espécies de uniões de fato, seus elementos caracterizadores, breve relato sobre as leis 8.971/94 e 9.278/96, diferença entre as referidas leis, o direito sucessório dos companheiros e dos cônjuges previstos no Código Civil de 2002. Ressaltamos que o legislador tratou de forma distinta, estabelecendo regras em que há desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges e os companheiros. Ressaltamos ainda, que o cônjuge não poderia ter tratamento privilegiado visto que a Constituição Federal consagrou a união estável como uma entidade familiar. Analisamos as espécies de sucessão, explicamos o momento de sua abertura, determinamos quais são os herdeiros necessários de acordo com o nosso magnífico Código Civil de 2002, analisamos a sucessão do cônjuge sobrevivente e também a sucessão do companheiro sobrevivente, refletimos a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e seus incisos, buscamos os efeitos jurídicos da união estável, analisamos a equiparação do cônjuge ao companheiro no direito sucessório, e por fim a união homoafetiva. Sendo que o objetivo do presente trabalho é, através de uma pesquisa bibliográfica e da utilização do método dedutivo abordar a união estável no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras – chaves: União Estável, Sucessão, Companheiros, Cônjuges.

Resumen: This work was developed under the title: The succession in the stable, has the purpose of analyzing clearly and concisely, the inheritance of companions. We analyzed the historical development, reflect and analyze the legislation that provides for the stable union, concepts, species of unions in fact, its characteristic elements, brief story of the laws 8.971/94 and 9.278/96, difference between those laws, the right of inheritance for spouses and companions under the Civil Code of 2002. We emphasize that the legislature treated differently to set rules where there is inequality of treatment inheritance between spouses and companions. We emphasize again, that the spouse could not have privileged treatment because the Federal Constitution enshrined the stable union as a family entity. We analyze the species of succession, explained the timing of its opening, we determine what are the heirs necessary in accordance with our magnificent Civil Code of 2002, we analyzed the sequence of the surviving spouse and also the succession of fellow survivor, reflect the unconstitutionality of Article 1790 of the Civil Code and its propositions, we sought the legal union of stable, we look at treating the spouse in the companion law of succession, and finally the union homoafetiva. Since the purpose of this study is, through a literature search and use of deductive method to address the union stable in the current Brazilian law.

Keywords: Stable Union, Succession, Partners, Spouses

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	15
1.1.Da União Estável.....	20
1.2.Espécies de União de Fato.....	22
1.3. Conceito de União Estável.....	24
1.4. Elementos Caracterizadores da União Estável.....	26
1.5. Breve Relato Sobre as Leis 8.971/94 e 9.278/96.....	28
1.6. Diferença entre as Leis.....	30
2. SUCESSÃO.....	32
2.1. Conceito.....	32
2.2. Espécies de Sucessão.....	36
2.3. Abertura da Sucessão.....	37
2.4. Herdeiros Necessários.....	37
2.5. Sucessão do Cônjuge Sobrevivente.....	41
2.6. Sucessão do Companheiro Sobrevivente.....	45
3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790.....	53
3.1. Efeitos Jurídicos da União Estável.....	59
4. EQUIPARAÇÃO DO CÔNJUGE AO COMPANHEIRO	69
4.1. União Homoafetiva.....	72
CONCLUSÃO.....	79
BIBLIOGRAFIA.....	83
ANEXOS.....	87

LISTA DE ABREVIATURAS/ SIGLAS

C.C. – Código Civil
C.F. – Constituição Federal
CNBB – Conselho Nacional dos Bispos do Brasil
GGB – Grupo Gay da Bahia
PT – SP – Partido dos Trabalhadores de São Paulo
RSTJ – Recurso do Superior Tribunal de Justiça
RT – Recurso do Tribunal
RTJ – Recurso do Tribunal de Justiça
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

INTRODUÇÃO

A família é definida pelo art. 226 da Constituição Federal e também pelo novo Código Civil, estes que acabaram com as expressões discriminatórias do Código de 1916 que se referia a “família legítima”¹, sendo aquelas formadas pelo casamento, como se gozassem de uma proteção especial do Estado. Por isso utiliza-se, simplesmente, a expressão “família”² ou “entidade familiar” para designar aquelas formadas pelo casamento Civil ou religioso com efeitos civis, pela união estável, e àquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O texto constitucional vigente no Brasil decretou a igualdade parcial entre a união estável e o casamento, sendo assim, conferindo praticamente os mesmos direitos para os companheiros e cônjuges sendo que a lei facilitará a sua conversão em casamento.

A definição de união legal é celebrada observando as formalidades exigidas na lei, e união estável é uma relação em que as pessoas se unem com o propósito de constituírem família, compartilhando interesses e sentimentos é a união entre homem e mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura.

A Constituição Federal ao admitir a união estável como entidade familiar inseri esta união no âmbito do Direito de Família, modificando as construções jurídicas que a denominava “sociedade de fato”³.

Mesmo após o amparo legal da união estável na Constituição Federal, tal proteção não atribuiu direito sucessório aos companheiros. Por isto foram criadas leis para regulamentar o assunto.

A Lei nº 8971/94 foi declaradamente editada com a finalidade de regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A Lei foi redigida com má técnica, por isso sua originalidade não foi alcançada no panorama brasileiro. O advento da Lei nº 9278/96 menos de dois anos depois, regulamentou no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, e diz que com a dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação enquanto viver ou não construir nova união ou casamento relativamente ao imóvel destinando à residência da família (parag. Único do art. 7º). A questão que se propõe é de saber se hoje as Leis nº 8971/94 e 9278/96 foram revogadas tacitamente ou não com o novo Código Civil, já que este não ditou revogação expressa.

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406 de

¹ Grifo nosso.

² Grifo nosso.

³ Grifo nosso.

Janeiro de 2002, precisamos verificar ainda as mudanças e os impactos ocorridos no Direito Sucessório dos companheiros, fazendo em paralelo entre as Leis nº 8971/94 e a Lei nº 9278/96 que tratavam da matéria e analisar se o novo Código Civil garantiu os direitos já conquistados ou se os suprimiu.

Observamos neste novo instituto que o legislador poderia ter optado em fazer a sucessão da união estável equivalente ao casamento, mas não o fez, restringiu apenas aos elementos essenciais. Estabeleceu um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro nem é equiparado ao cônjuge, deixando também de estabelecer regras para o direito sucessório. O art. 1790 do novo Código Civil, numa primeira leitura, comparado com as legislações supracitadas, modifica a sucessão entre o companheiro.

A posição do cônjuge supérstite melhorou com o advento do Novo Código Civil, porém o mesmo não aconteceu com o companheiro, que em algum dos pontos foi bastante prejudicado.

No decorrer de nossa pesquisa encontramos várias dificuldades de entendimento, pois a sucessão na união estável, ou seja, o direito de herança dos companheiros, é bem mais restrito que o do cônjuge e são tratados diferentes, sendo que a intenção de ambos é constituir uma família.

A pesquisa foi muito importante e muito proveitosa, pois nos proporcionou um contato profundo sobre as desigualdades só por um causa de um simples casamento, ou seja, uma formalidade, um papel. Gerando em nós um aprimoramento do nosso conhecimento sobre o referido tema e nos permitindo alcançar os objetivos que foram propostos no trabalho.

No primeiro capítulo foi abordado a evolução histórica da união estável, foi discorrido sobre as espécies de uniões de fato, e foi conceituada a união estável, e seus elementos caracterizadores e por fim foi feito um breve relato sobre as Leis de números 8.971/94 e 9.278/96 e também foi informada a diferença entre as referidas leis.

No segundo capítulo foi abordado o conceito de sucessão, suas espécies, como se dá sua abertura, como sua transmissão é feita aos herdeiros, quem são os herdeiros necessários, e por fim foi discorrido sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente.

No terceiro capítulo, foi feito um levantamento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e seus incisos; onde foi analisado também os efeitos jurídicos da união estável.

No quarto capítulo foi abordado sobre a equiparação do cônjuge ao companheiro no direito sucessório e por fim a união homoafetiva que é a união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo, ainda não reconhecidas como núcleos familiares, são consideradas sociedade de fato

e merecem proteção legal.

Tivemos como objetivos específicos: identificar quais são os direitos do companheiro que vivem em união estável na sucessão, buscando a diferenciação com o casamento, propor uma mudança na lei, construção do pensamento da sociedade, para que a comunidade possam aceitar a união estável como se esta fosse um matrimônio.

Como objetivo geral tivemos: Analisar os aspectos históricos da união estável; Compreender as diferenças na sucessão entre o cônjuge e o companheiro e identificar os benefícios obtidos por este; Estudar quais são os efeitos jurídicos do companheiro; Refletir algumas sugestões que poderiam ser de grande valia para os companheiros.

O método comparativo, pois é ele que ressalta as diferenças e igualdades entre indivíduos a partir das comparações; e foi importante para o nosso trabalho, pois comparamos os direitos sucessórios dos companheiros e dos cônjuges, o qual após analisarmos, concluímos que há desigualdades de tratamento entre as famílias constituídas pelo casamento e pela união estável.

Pesquisa é o processo formal e sistemático de desenvolvimento científico, que tem como objetivo descobrir respostas para os problemas dentro dos procedimentos científicos.

Método é o caminho que vai ser percorrido, as etapas a serem vencidas em busca dos objetivos propostos.

A melhor pesquisa não é a mais próxima dos métodos das ciências naturais, mais aquela que emprega o método mais adequado ao seu objeto. Basicamente usaremos o método dedutivo e o método dialético.

Método dedutivo é uma análise de fatos gerais para que possamos gerar conclusões ou mesmo tendências e conclusões a respeito de casos específicos, restritos.

O método dialético permite demonstrar uma tese por meio de uma argumentação capaz de definir e distinguir claramente os conceitos envolvidos na discussão: da contraposição e contraposição de idéias que leva a outras idéias. Sendo assim, esta é uma monografia de compilação, pois reuni textos de várias autorias.

A problemática proposta é a equiparação do cônjuge ao companheiro, porque não trata-lós iguais?

É por isso que este trabalho será caracterizado como uma pesquisa bibliográfica, buscando explicar a sucessão na união estável a partir de referências bibliográficas e teóricas publicadas em artigos, dissertações, teses e livros. Sendo, portanto, uma monografia de compilação. Pesquisa bibliográfica é o tipo de pesquisa que busca explicar um problema a partir de referências bibliográficas e teóricas publicadas em artigos, dissertações, teses e livros.

Portanto, esperamos ter apresentado uma metodologia valida para a produção do trabalho referido; sob o ângulo da união estável, onde se reflete mais uma tentativa de demonstrar o direito sucessório entre os companheiros estes que vivem em união estável.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Este primeiro capítulo irá trabalhar noções de historicidade da união estável. A união estável estaria inerente somente a nossa sociedade, ela sempre se mostrou no decorrer da história. Roma não ignorou a matéria, tratando-a em grau de inferioridade ao casamento, porque certamente não se equivalem. Analisaremos o instituto da união estável, dentro da previsão legal, como entidade familiar. Essa relação jurídica já existia, porém ainda não era reconhecida perante o ordenamento jurídico. Prevista na Constituição Federal de 1988 e posteriormente regida pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, ganha agora a união estável com a entrada do novo Código Civil de 2002, título próprio, mais precisamente o Título III, do livro IV, que trata do Direito de Família. A união estável está regulamentada do artigo 1.723 ao artigo 1.727, do referido Código, que lhes dão validade e proteção merecidas.

Segundo Ribeiro (2002)⁴ *in verbis*:

No direito romano, Patrícios e plebeus uniam-se apenas de fato e sem afeição matrimonial, posto impedidos de constituírem a formal e sacramental união matrimonial. Tempos depois, a história mundial viu a França demonstrar que não ignorava a existência da situação extra-matrimonial das pessoas que conviviam juntas, porém, sofria forte influência do direito canônico, negou-se a reconhecer efeitos jurídicos à união de pessoas quando não realizada com a solenidade matrimonial e se tencionou combater o instituto, quedando-se inerte a respeito o Código de Napoleão.

No Código Civil Brasileiro de 1916 prevaleceu os dogmas morais da época e mesmo sabendo que o concubinato e a união estável se mostravam mais que presente naquela época.

Para Ribeiro (2002)⁵ *in verbis*:

⁴ Alex Sandro Ribeiro. União estável: dissolução e alimentos entre os companheiros. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3033>. Acesso em 19/03/2008.

O mesmo não ocorreu na legislação estrangeira, que a partir da segunda metade do século XIX teve maior preocupação com as uniões havidas por pessoas de sexo diferente sem que houvesse formal casamento. Surgiu, então, em 1912, a primeira lei a respeito, quando o direito francês dispôs que gera reconhecimento da paternidade ilegítima o concubinato notório.

Na idade antiga as uniões entre homem e mulher não eram para expressar o amor mútuo mas sim com o intuito de procriação. Com a evolução humana, os grupos passaram a socializar, iniciando o sentido de família num momento de imposições religiosas, sendo que o Estado assumiu a função de proteção e regulamentação, registrando e documentando as uniões.

A fidelidade não era obrigatória, pois admitiam relações paralelas. Exemplo típico, podemos encontrar na Bíblia Sagrada em seu livro de I Reis, capítulo 11, versículo 3, este nos diz que: “o rei Salomão teve um harém de setecentas esposas de classe principesca e trezentas concubinas”⁶.

A prova de que havia certa normalidade no tratamento das uniões de fato, estão nos Gregos e nos Romanos; exemplo de concubinato na Grécia Antiga está entre Sócrates e Aspásia, embora fosse casado com Xantipa. Na Roma dos imperadores era comum o concubinato, como o ordinário, regulado pelo jus civile, e o casamento de pessoas que não eram cidadãs romanas, submetidas ao jus gentium. Já para os escravos havia o conlubernium, sem regulamentação legal.

Através das conquistas e riquezas trazidas dos povos dominados, impulsionaram a degradação dos costumes e da disciplina, levando à depravação e à decadência do casamento. Manifestação contrária essencial foi a de Augusto, que impôs várias leis com impedimentos nas uniões, assim como a aceitação do cristianismo, que aboliu as uniões de fato já ao tempo dos imperadores cristãos, no final do século IX.

⁵ Alex Sandro Ribeiro. União estável: dissolução e alimentos entre os companheiros. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3033>. Acesso em 19/03/2008.

⁶ Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M. Bíblia Sagrada, Edição Claretiana -2004, Editora Ave- Maria, pg. 380.

Com o cristianismo, que se introduziu na Igreja Católica, este que teve grande influência no combate às uniões livres e paralelas ao matrimônio religioso, pois pregava da fidelidade conjugal. Podemos verificar no texto bíblico de Mateus, capítulo 5, versículo 32: "Eu, porém, lhes digo: todo aquele que rejeita sua mulher, a faz tornar-se adúltera, a não ser que se trate de matrimônio falso; e todo aquele que despoja uma mulher rejeitada comete um adultério"⁷.

Já na idade Média, esta que influenciou no combate à poligamia e às uniões extraconjugais, sendo que transmitiam como sinais de santidade a castidade e o celibato. Entretanto sempre existiram relacionamentos amorosos ou paralelos ao casamento, como exemplo o Alcorão, aceitando o casamento do homem com até quatro mulheres, reflexo da cultura mulçumana. Os povos bárbaros, juntamente com os celtas, tinham entre eles o concubinato, colocando a companheira na mesma posição da mulher casada, inexistindo qualquer distinção quanto aos filhos da união e os do casamento, os germanos não admitiam companheirismo, só valorizavam o casamento, mesmo disciplinando as uniões, mantiveram a união de fato como instituição civil, reconhecendo-se sua existência e protegendo efeitos de ordem patrimonial⁸.

Na metade do séc. XIX, os tribunais franceses passaram a analisar as relações da concubina sob os aspectos econômicos e como obrigação natural quanto ao rompimento da união, no que diz respeito às promessas à ex-companheira⁹.

Em 1910 a jurisprudência francesa passou a reconhecer, em favor da mulher, o direito à indenização como maneira de ser compensada pela convivência marital de fato, sob o fundamento, embora artificial, de serviços prestados¹⁰.

Na França, em 1912, houve permissão legal do reconhecimento de filho, fruto do concubinato¹¹.

⁷ Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M. Bíblia Sagrada, Edição Claretiana -2004, Editora Ave- Maria, pg. 1289.

⁸ Vanira Fontes Feitoza. O Direito sucessório entre os companheiros. Disponível em www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFeitoza.pdf. Acesso em 19/03/2008.

⁹ Vanira Fontes Feitoza. O Direito sucessório entre os companheiros. Disponível em www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFeitoza.pdf. Acesso em 19/03/2008.

¹⁰ Vanira Fontes Feitoza. O Direito sucessório entre os companheiros. Disponível em www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFeitoza.pdf. Acesso em 19/03/2008.

¹¹ Vanira Fontes Feitoza. O Direito sucessório entre os companheiros. Disponível em www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFeitoza.pdf. Acesso em 19/03/2003.

As Ordenações Filipinas continham dispositivos que proibiam doações e testamentos à concubina, vedação que passou para o Código Civil que entrou em vigor em 1917. É exemplo temos a redação da art. 358, revogado pela Lei n. 7.841, de 17.10.1989, que impedia o reconhecimento de filhos havidos de uniões adúlteras ou incestuosas: "Os filhos incestuosos ou adúlteros não podem ser reconhecidos".

Faziam a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, nascidos de uniões formais ou não, mas o Decreto-Lei n. 4.737 de 24.09.1942 dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais, logo após veio a Lei n. 883, de 21.10.1949 assegurando o direito a alimentos ao filho ilegítimo e a sucessão correspondente à metade da recebida pelo filho legítimo.

Nos efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução das uniões de fato, já tinha o direito luso regra a respeito, utilizando-se do termo *meeiros* quanto à partilha do patrimônio formado. No direito brasileiro, a mulher ficou desamparada, pois havia barreiras contra a interpretação favorável do reconhecimento da união de fato, levando a formação de jurisprudência por volta de 1940 a 1960, que resultou na Súmula n. 380 do STF, *in verbis*: "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".

Em 1937 a tese da remuneração pelos serviços da mulher, no período de Convivência, teve grande aceitação, pois diziam que os resultados de comodidade, de uma vida organizada são favoráveis ao concubino. Com isso, surgiram decisões que concediam essa verba, razão pela qual estava no postulado de não se admitir enriquecimento sem causa, sendo inexistente o teor de salário convencional.

A lei de acidentes de trabalho beneficiou igualmente a companheira. O Decreto-Lei n.7.036, de 10.11.1944, dispôs que a companheira mantida pela vítima terá os mesmos direitos da pessoa casada civilmente, e tal entendimento não foi alterado pela Lei n. 6.367, de 19.11.1976, que versa sobre seguro de acidentes de trabalho, também ficou reconhecida pela jurisprudência a indenização devida à companheira da vítima, desde que não houvesse entre ambos o impedimento para o matrimônio é o que nos afirma a Súmula N° 35 do Supremo Tribunal Federal *in verbis*: "Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

Tivemos a união estável pela primeira vez reconhecida como entidade familiar na constituição federal de 1988.

Foram usados vários termos para as situações que envolviam uniões de fato foram eles: concubinato, união não legalizada de caráter contínuo, duradouro; concubinagem, ligações livres de cunho eventual e transitório; união estável, expressão adotada pela Constituição Federal de 1988; concubinos, eram os integrantes do concubinato; concubina e companheira¹².

A jurisprudência distinguia os termos no terreno da capacidade passiva para o testamento, no campo previdenciário utiliza-se a terminologia companheira. A lei 8.971/94 optou pelos vocábulos companheiro e companheira enquanto que a lei 9.278/96 utiliza o termo conviventes. O legislador pátrio substituiu o vocábulo concubinato por união estável; concubino e concubina por conviventes¹³.

A união estável foi regulamentada primeiramente pela Lei n. 8.971, de 29.12.1994, que concedeu direito aos companheiros no tocante a alimentos e sucessão; e a Lei n. 9.278, de 10.05.1996, que regulamentou a união estável e dispôs sobre sua conversão em casamento.

A Constituição Federal vigente de 05.10.1988, trouxe várias inovações ao direito de Família brasileiro, dentre as quais, pelo art. 226, § 30 há o reconhecimento do concubinato puro, não adúlterino nem incestuoso, como forma de constituição de família. No mesmo art. em seu parágrafo 6º, possibilita o divórcio direto quando o casal estiver separado de fato há mais de dois anos consecutivos; no art. 227, § 6º, proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação; no art. 226, § 50, iguala os cônjuges quanto ao exercício de direitos e deveres eliminando a chefia da sociedade conjugal. O legislador constituinte substituiu a palavra concubinato pela expressão união estável.

O Código Civil de 10.01.2002, dentro do Livro IV da parte especial, no Título III, disciplina o assunto em cinco artigos, ficando reconhecida a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública contínua e duradoura, estabelecida com o intuito

¹² Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa. Concubinato e união estável. Disponível em jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=545. Acesso em 19/03/2008.

¹³ Fernanda Moreira dos Santos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=1>. Acesso em 19/03/2008.

de constituição de família. Na redação inicial era imposto prazo de cinco anos de união, que se reduzia a três, quando houvesse filho comum.

1.1 Da união estável

Através da nossa Carta Magna de 1988, pela primeira vez, no Direito brasileiro, foi reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Sendo a união estável também legitimada pelo Código Civil de 2002¹⁴.

A união estável surgiu como uma alternativa para o casamento, já que o mesmo já está sendo considerado por alguns como uma instituição falida e em desuso. O legislador entendeu que se era necessária uma proteção jurídica para aquelas famílias que não queriam consubstanciar a sua relação através do casamento e foi através de sua legitimação que acabou com o conceito de família ilegítima, já que agora, essa forma de família tem proteção legal¹⁵.

Temos a união estável como aquela entre duas pessoas (um homem e uma mulher) desimpedidas dos laços do casamento ou separadas de fato. Para que se configure uma união estável é necessário que haja convivência duradoura, pública e contínua, constituída com o objetivo de constituição de família¹⁶.

Os companheiros devem observar os deveres previstos em lei, tais como, respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca e guarda, sustento e educação dos filhos comuns, a fim de que seja caracterizada sua união como estável, como cita o art. 1.724 do nosso Código Civil¹⁷.

¹⁴ Tudo sobre casamento o que é união estável. Disponível em: nto.tudosobre.org/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel.html. Acesso em 19/03/2008.

¹⁵ Tudo sobre casamento o que é união estável. Disponível em: casamento.tudosobre.org/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel.html. Acesso em 19/03/2008.

¹⁶ Tudo sobre casamento o que é união estável. Disponível em: casamento.tudosobre.org/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel.html. Acesso em 19/03/2008.

¹⁷ Tudo sobre casamento o que é união estável. Disponível em: casamento.tudosobre.org/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel.html. Acesso em 19/03/2008.

Podemos entender a união estável do mesmo modo que entendemos o casamento, pois a mesma é a comunhão de vida na qual as relações tanto de interesses quanto de sentimentos são consubstanciados, estendendo-se ainda até o campo das relações econômico; já o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas, de sexo diferente, se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida. O casamento e a união estável se diferem na parte do primeiro ser um contrato, mas não um contrato qualquer, um contrato especialíssimo, devido aos aspectos religiosos, éticos e sociais envolvidos; e o segundo ser à vontade das pessoas em estarem juntas, terem uma vida em comum, formarem famílias, sem que haja um contrato civil entre elas¹⁸.

O significado jurídico de vida em comum, não é apenas residir sob o mesmo teto, sendo permitido, inclusive, que aos parceiros vivam separadamente, pois seu significado é muito mais amplo fazendo-se necessário que a convivência seja estável, permanente, conhecida de todos, voltada à formação da família embora seja dispensável a existência de filhos¹⁹.

1.2 Espécies de uniões de fato

a. Concubinato

O concubinato é a forma de união estável singular entre homem e mulher não casados entre si, mas sendo desimpedidos com terceiras pessoas e sendo permanente.

Existe uma distinção entre o concubinato e o adultério. O concubinato se distingue por ter o caráter moral da relação conjugal, a fidelidade. Este é elemento comum ao casamento, é

¹⁸ Tudo sobre casamento o que é união estável. Disponível em: casamento.tudosobre.org/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel.html. Acesso em 19/03/2008.

¹⁹ Tudo sobre casamento o que é união estável. Disponível em: casamento.tudosobre.org/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel.html. Acesso em 19/03/2008.

a condição de dever que no concubinato já era reconhecido de forma indireta²⁰.

Como o próprio conceito é vasto, há uma necessidade de se fazer uma classificação, podendo ser puro e impuro.

Para Diniz o concubinato podem ser:

Será puro (CC. arts. 1723 s 1726) se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária(2004, p. 345).

Será impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar (2004, p. 346).

Podemos observar que concubinato puro se constitui quando o casal vive sob o mesmo teto, à semelhança de um casamento, resultando numa união estável. Já o concubinato impuro acontece no momento em que o marido casado mantém relação concubinária com outra pessoa, a amante, convivendo com sua esposa simultaneamente.

O novo Código Civil trata sobre concubinato em seu artigo 1.727 *in verbis*: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Com esse tipo de concubinato exclui os casos de relações eventuais que não apresentam interesse jurídico entre as partes.

Concubinato puro é aquele mantido entre pessoa legal sendo esta, pessoa desimpedida, solteiros, viúvos, judicialmente separados, apresenta-se como uma união duradoura, sem casamento civil entre homem e mulher livre, recebendo proteção por parte do Estado, através de regulamentação legal.

²⁰ Walmir do Nascimento Silva. Do Concubinato. Disponível em www.geniodalampada.com/trabalhos_prontos/direito05.htm. Acesso em 19/03/2003.

Já o concubinato impuro é aquele utilizado no caso de pessoas comprometidas não podendo se casar legalmente, relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de casar.

A distinção entre concubinato puro e impuro tem sido tratada com certa harmonia pela doutrina, na qual também se reconhece como merecedora de proteção do Estado e apta a produzir efeitos jurídicos, a relação concubinária pura, identificada como união estável pela Constituição.

A união concubinária dá-se após o início do relacionamento, quando a relação passa a apresentar certos atributos fáticos, que caracteriza a união estável. A vontade dos conviventes é um princípio que não deve ser levado em conta, pois ocorre a incidência da norma independente de qualquer ato de vontade das partes, sendo necessário somente que o relacionamento apresente todos os elementos caracterizadores da União estável.

1.3 Conceito de união estável

União estável é uma entidade familiar constituída pela convivência duradoura e contínua de um homem e uma mulher. O casal assume uma vida *more uxório*, com aparência de casamento.

Conceito está previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002: Art. 1.723, *in verbis*: “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”.

A Constituição Federal, introduziu a união estável pelo art. 226, § 3º, *in verbis*: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Para Diniz (2004, p. 336) união estável esta definida na própria Constituição Federal que *in verbis*:

Reconhece como entidade familiar a união estável, notória e prolongada de um homem e uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação.

Já Rodrigues (2004, p. 259) diz que união estável pode ser caracterizada *in verbis*:

Como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca entre a mulher e o homem.

Através de tamanhas mudanças ocorridas a união estável, deixou de ter caráter de sociedade de fato e passou a ser entidade familiar, caracterizando a intenção de constituir família. O caráter constitucional dado a essa união, legitimou uma prática social aceitável, diferentemente das relações de comportamento adúltero²¹.

Em alguns artigos do Código Civil, que teve como relator Ricardo Fiúza, fica evidente a distinção entre as relações livres e as adúlteras, conservando o termo concubinato para as últimas, em razão do princípio jurídico da monogamia, não podendo ter o mesmo tratamento legal. Podemos ver no art. 1.727 do Código Civil que diz que *in verbis*: “As relações não eventuais, entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”²².

²¹ Ana Cecília Rosário Ribeiro. O reconhecimento da relação incestuosa como entidade familiar. Disponível em www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/discute/disc_01_pos.doc. Acesso em 19/03/2008.

²² Ricardo Fiúza. O novo Código Civil e a união estável. Elaborado em 12.2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>. Acesso em 19/03/2008.

Distinção necessária para configurar a união estável, envolvendo todas as pessoas aptas ao instituto, que estiverem em união pública, contínua e duradoura²³.

Seus impedimentos são os mesmos do art. 1521 do Código Civil, referentes ao matrimônio, exceto no caso da pessoa separada de fato ou judicialmente, sendo lícito para estes a união estável.

Com o advento das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, ficou alterado o campo de realidade do conceito de união estável, pois a Constituição Federal de 1988 trouxe à idéia de união estável a mesma referente ao tradicional concubinato²⁴.

1.4 Elementos caracterizadores da união estável

O instituto da União Estável é voltado para a formação familiar, ou seja, os conviventes devem ter intenção de constituir uma família e para que se configure a união estável, a Lei em si não trás os requisitos caracterizadores da união estável, pois não é um entendimento legal, mas porém a doutrina procurou adequar esses elementos, mas existe divergências entre doutrinadores. Diniz (2004, p.336) nos diz que é necessário a presença dos seguintes elementos essenciais *in verbis*:

1) Diversidade de sexo, pois entre pessoas do mesmo sexo haverá tão-somente uma sociedade de fato (RSTJ, 110:313), exigindo-se, além disso, convivência duradoura e continuidade das relações sexuais, que a distingue de simples união transitória (RT, 470:203).

2) Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes (CC, art. 1723, § 1º), não se aplicando o art. 1521, VI, no caso de a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente."As causas suspensivas do art. 1523 do Código Civil não impedirão a caracterização da união estável" (CC, art. 1723, § 2º). E pode ser reconhecida a união estável de separado

²³ Ricardo Fiúza. O novo Código Civil e a união estável. Elaborado em 12.2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>. Acesso em 19/03/2008.

²⁴ Ricardo Fiúza. O novo Código Civil e a união estável. Elaborado em 12.2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>. Acesso em 19/03/2008.

judicialmente, pois a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens (CC, arts. 1723, § 3º, e 1576).

3) Notoriedade de afeições recíprocas, que não significa de modo algum publicidade... porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá dentro de um círculo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos do companheiro, que poderão atestar as visitas frequentes do outro, suas entradas e saídas.

4) Honorabilidade, pois deve haver uma união respeitável entre homem e mulher (RT, 328:740; RTJ, 7:24 e CC, art. 1724), pautada na affectio.

5) Fidelidade ou lealdade (CC, art. 1724) entre os amantes, que revela a intenção de vida em comum, a aparência de “posse do estado de casado” por ser esta, atributo de casal unido pelo casamento, cuja comprovação tornou-se difícil pela perda do registro civil, estando falecidos os consortes ou impossibilitados de prestar esclarecimentos, e o indício de que o filho é do casal.

6) Coabitação, uma vez que a união estável deve ter aparência de casamento. Ante a circunstância de que no próprio casamento pode haver uma separação material dos consortes por motivo de doença, de viagem ou de profissão, a união estável pode existir mesmo que os companheiros não residam sob o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente (Súmula 382 do STF).

7) ... “Colaboração da mulher no sustento do lar, na sua função natural de administradora e de provedora, não como mera fonte de dissipação e despesas”

Entretanto, Venosa (2001) nos diz que os elementos que constituem a união estável são:

1)... Estabilidade na união entre o homem e a mulher... tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua conversão em casamento. Conseqüência dessa estabilidade é a característica de ser duradoura...

2) A continuidade da relação, pois é um complemento da estabilidade. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos...

3) Diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência.

4) A publicidade, pois a união estável precisa ter notoriedade. A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado.

5) O objetivo de constituição de família é corolário de todos os elementos legais antecedentes. Não é necessário que o casal de fato tenha prole em comum, o que se constituiria elemento mais profundo para caracterizar a entidade familiar, ainda que sem filhos comuns, a união tutelada é aquela intuito familiae, que se traduz em uma comunhão de vida e de interesses. Sem o objetivo de constituir família a entidade de fato poderá ser um mero relacionamento afetivo entre os amantes, gerando, no máximo, sociedade de fato em relação a bens adquiridos por esforço efetivo de ambos (TJSP – Ap. 167.994-1,10-9-91, Rel. Almeida Ribeiro).

Tendo os elementos necessários para a configuração da união estável, seu reconhecimento dependerá da iniciativa dos interessados, companheiros ou herdeiros.

Para configurar a existência da união estável, poderão se dar de várias formas, usando os meios: Se houverem filhos reconhecidos, as petições poderão ser instruídas com as respectivas certidões, devendo ser demonstradas, também, a existência da convivência em comum, e que seja ela contínua, duradoura e pública. São admitidos todos os meios lícitos de prova para comprovar a vida em comum, sejam eles por documentos, correspondências, extratos bancários, de modo a justificar o pedido de alimentos, a habilitação em processo de inventário ou arrolamento, reservas da meação e medidas cautelares que lhes sejam apropriadas.²⁵

1.5 Breve relato sobre as leis 8.971/94 e 9.278/96

A união estável foi regulamentada com maior ênfase através da Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, reconhecendo-a como entidade familiar.

Logo após foi editada a Lei n. 8.971 em 29/12/94, objetivando o regulamento do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. O art. 1º da referida Lei indicou alguns pressupostos para caracterizar a entidade familiar, *in verbis*:

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 n. 5.478, de 25 de junho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

²⁵ Dijosete Veríssimo da Costa Júnior. União estável: o reconhecimento da existência do amor e da entidade familiar. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=548. Acesso em 19/03/2008.

Na Lei nº. 5.478 em seu § único reconhecia o mesmo direito ao companheiro da mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. No art. 2º, disciplinou a sucessão entre companheiros. O art. 3 da referida Lei, estabeleceu que se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de esforço comum, terá o sobrevivente direito à metade dos bens, incorrendo o legislador em erro grave ao resolver a questão pelo direito sucessório, quando a meação existe durante a convivência ainda em vida dos parceiros e pode ser resolvida não só pela morte de um deles, mas também pela dissolução ou outra causa da união estável.

De acordo com esta Lei, só poderia haver união estável se o parceiro não fosse casado, concedendo-se apenas à separação judicial, além de exigir convivência por no mínimo cinco anos, a não ser que houvesse prole do relacionamento.

Alguns anos depois editou-se a Lei n. 9.278 em 10/05/96, que veio regular o art. 226 § 3º da Constituição Federal. No art. 1º afirmava: É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

A Lei n. 9.278/96 não revogou totalmente a Lei n. 8.971/94, houve apenas a anulação desta, pois não declarou expressamente e nem regulou inteiramente a matéria de que a outra tratava.

A Lei n.º 9.278/96, além de apontar os requisitos da união estável no art. 1º, disciplinou outros temas ligados a entidade familiar. No art. 2º, indicou os direitos e deveres dos conviventes, tais como, respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns. O art. 5º indicava a consequência patrimonial da entidade familiar, determinando que os bens móveis ou imóveis adquiridos na constituição da união estável e a título oneroso, eram considerados fruto do esforço comum, passando a pertencer a ambos, em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito, em seu § 1º mandava cessar a presunção do caput se a aquisição ocorresse anteriormente à união, e o § 2º previa que a administração do patrimônio comum competia a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

O art. 7º, caput, da mesma Lei, regulou a obrigação recíproca de alimentos entre os

companheiros, com a dissolução da união estável por rescisão. Já o § único previa a dissolução da entidade por morte de um dos conviventes, tendo direito real de habitação o sobrevivente enquanto vivesse, ou não constituísse nova união ou casamento, relativo ao imóvel destinado à residência da família.

O art. 8º da Lei de 1996, previa a conversão da união estável em casamento a qualquer tempo, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da circunscrição do domicílio dos conviventes. O art. 9º, da competência ao juízo da Vara da Família, para toda a matéria relativa à união estável.

Sendo assim as duas Leis regularam a união estável no Brasil, embora a de 1.994 tenha sido modificada em alguns aspectos pela de 1.996, prevalecendo esta, nesse sentido.

1.6 Diferença entre as leis

Houve um conflito parcial entre as Leis, especialmente no art. 1º de cada uma delas. A Lei de 1996 não apresentava o requisito do estado civil do companheiro, nem fixava o prazo mínimo de convivência de cinco anos.

A Lei n. 9.278/96, além de apontar os requisitos da união estável no art. 1º. disciplinou outros temas ligados a entidade familiar.

O parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96 complementou a equiparação, quanto aos direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Um Projeto de Lei foi enviado à Câmara em 24/12/96, que tomou o nº 2.686/96, a fim de harmonizar os textos das Leis em questão, revogando-as expressamente. O art. 1º conceitua união estável, *in verbis*:

É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.

O § único ressalva que o prazo previsto no caput deve ser reduzido à dois anos quando houver filho comum.

O Projeto adotou o critério subjetivo do ad. 1º da Lei de 1996, no tocante a convivência duradoura pública e contínua; retomando ao critério objetivo do art. 1º da Lei de 1994. Logo, surgiu a aprovação do Novo Código Civil, o que modificou quanto alguns aspectos a caracterização de união estável.

A união estável nasceu com o surgimento da família, sendo reconhecida pela primeira vez no Direito Brasileiro em 1988, na Constituição Federal, logo mais tarde, já em 2002; foi legitimada pelo Código Civil, com o seu reconhecimento como entidade familiar. Foi através do surgimento e da regulamentação da união estável, que surgiram os direitos dos mesmos. Sendo que para tanto se faz necessário estabelecer uma legislação adequada para tratar melhor da sucessão, seu conceito, suas espécies, sua forma de abertura, seus herdeiros necessários, sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente; que veremos no capítulo seguinte.

2 SUCESSÃO

Este segundo capítulo irá trabalhar noções de sucessão, como também seu conceito, suas espécies, a forma que se dá a abertura da sucessão, quais são os herdeiros necessários, como se dá a sucessão do cônjuge e do companheiro que são sobreviventes.

2.1 Conceito

Segundo Sílvio Rodrigues (2003, p. 116-117) *in verbis*:

Em matéria de sucessão, a Lei n. 8.971/94 – com os complementos da Lei n. 9.278/96 – equiparou, praticamente, a união estável e o casamento. Ao companheiro sobrevivente foram conferidos direitos hereditários similares, equivalentes do cônjuge supérstite. Aliás, sob alguns aspectos, o protagonista de união estável apareceu, inclusive, mais favorecido.

Agora, com o advento do Código Civil de 2002, Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a matéria passou a ser regulada pelo referido instituto, porém, com muita discussão doutrinária.

Para Venosa (2001) A Lei nº 9.278/96 protege unicamente a união estável. Nesse sentido, ainda, a conclusão correta de que, se o falecido era casado, pouco importando se separado de fato este que está impedido de casar não haverá direito hereditário para o convivente sobrevivente.

A legislação brasileira, digo, a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.278/96, e o Código Civil, têm caminhado em sentidos diametralmente opostos a respeito do casamento,

pois enquanto a Constituição Federal assegura no seu artigo 226, caput, que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado e, ainda, que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (§ 3º), acabou por contemplar, via da legislação infraconstitucional, um maior prestígio às uniões extra-matrimoniais, tal como se vê pela Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996 e agora, pelo Novo Código Civil²⁶.

De acordo com Rodrigues (2003, pg.04); a possibilidade de transmissão de bens, por causa mortis surgiu na antiguidade, no direito egípcio, hindu, e babilônico, dezenas de séculos antes da Era Cristã.

Seguindo os ensinamentos de Rodrigues (2003, pg.06); o Direito das sucessões esta em quatro Títulos do nosso Magnífico Código Civil, onde contem todas as formas de sucessões que são elas: sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária e o inventário e a partilha.

Segundo Venosa (2001, pg. 15) *in verbis*: “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem, no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito, esse é o conceito amplo de sucessão no direito”.

Para Rodrigues (2003) o direito das sucessões é o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores.

Para Venosa (2001) sucessão é o ato de suceder, que ocorre por ato ou fato entre vivos ou por causa da morte; sendo que a herança é o patrimônio da pessoa falecida.

Já para Diniz (2004, pg. 03) *in verbis*: “o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, após sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento”²⁷.

²⁶ Rozemberg Vilela da Fonseca. As incongruências da sucessão do cônjuge e do(a) companheiro(a) no novo Código Civil. Disponível em jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5526. Acesso em 20/04/2008.

²⁷ Clóvis Beviláqua (Direito das Sucessões, 4 ed., pg. 44) *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

Venoza (2001, pg. 15) *in verbis*: “nos diz que: Sempre que uma pessoa toma o lugar de outra em relação jurídica há uma sucessão”.

Para Diniz (2004, pg. 15-16) *in verbis* o vocábulo sucessão pode ser:

- a) Em sentido amplo, aplicando-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio de maneira que indicaria o ato pelo qual alguém sucede outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se de sucessão inter vivos, pois o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, tomando uns o lugar dos outros em relação ao bem vendido ou doado²⁸;
- b) Um sentido restrito, designando a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros²⁹. É a sucessão causa mortis causa que, no conceito subjetivo, vem a ser o direito em virtude do qual a herança é devolvida a alguém³⁰, ou, por outras palavras, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança³¹ e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do de cujus que ficaram, com seus encargos³² e direitos³³

Podemos resumir os sentidos de sucessão seguindo a ilustríssima doutrinadora Diniz (2004) que nos diz que o sentido amplo é aplicado a todos os modos derivados de aquisição de domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, tendo todos os direitos que lhe

²⁸ Itabaiana de Oliveira, *op. Cit.*, pg. 52-3; José Lopes de Oliveira, *Sucessões*, 1. Ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1972, pg. 18; Lomonaco, *Direito civile*, v.4, pg. 37, *apud* Diniz.

²⁹ Planiol, *Doit*, v 3, n 1698; Itabaiana de Oliveira, *op cit.*, pg. 53; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, v.3, n. 477, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

³⁰ Coelho da Rocha, *Direito civil*, § 333; Capelo de Sousa, *Liões de direito das sucessões*, Coimbra, 1990, v. 1 e 2; Inocencio Galvão Telles, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, Coimbra, 1985; Sebastião José Roque, *Direito das sucessões*, São Paulo, Ícone, 1995, pg. 15-22, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

³¹ José Lopes de Oliveira, *op. cit.*, p. 18; José Tavares, *Os Princípios fundamentais do direito civil*, Coimbra, 1922, v. 1, p. 794, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

³² Clóvis Beviláqua, *op. Cit.*, § 4º, Itabaiana de Oliveira, *op. Cit.*, p. 53, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

³³ José Lopes de Oliveira, *op. Cit.*, p. 18, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

pertenciam, sendo assim, a sucessão é inter vivos.

Já o sentido restrito a sucessão é a transferência, total ou parcial da herança pela morte de alguém, a um ou mais herdeiros, sendo assim está é a sucessão causa mortis, seguindo seu conceito subjetivo é o direito por força do qual alguém recolhe os bens na herança, já para o conceito objetivo indica a universalidade dos bens do de cujus, que ficaram com seus direitos e encargos³⁴.

Venoza (2001) nos diz que para os romanos e outros povos antigos a morte sem sucessor trazia infelicidade aos mortos e extinguiria o lar.

De acordo com Venoza (2001, pg. 17) *in verbis*: “o direito grego só admitia sucessão por testamento, na falta de filhos. Os romanos assim como os gregos admitiam as duas formas de sucessão, com ou sem testamento”.

Para Venoza (2001) o testamento passou a ser reconhecido em Roma na época clássica, os primórdios da história romana não o conheciam. Sucessão legítima foi à forma mais antiga de direito sucessório, onde o cidadão romano que não deixasse testamento, indicando a destinação de seus bens após sua morte, era considerado um irresponsável perante a sociedade, como por exemplo, se a pessoa morresse sem deixar testamento ou disposição de última vontade, ou se porventura o testamento anteriormente feito fosse considerado ineficaz. O direito sucessório surgiu com a família e a propriedade, como fator de continuidade do corpo familiar.

Segundo Diniz (2004) o fundamento do direito sucessório é a propriedade, o direito das sucessões desempenha uma importante função social.

³⁴ Bóris Ceolin de Souza. A fiança paga como adiantamento de legítima. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4784>. Acesso em 20/04/2008.

2.2 Espécies de sucessão

A sucessão de acordo com Diniz (2004) e Rodrigues (2003), possui duas espécies que são elas: legítima e testamentária.

Sucessão legítima é aquela que só ocorre em virtude da lei e ocorre quando a pessoa morre sem deixar um testamento, ou quando o testamento caducar ou quando este é julgado nulo, pois se houver alguma dessas hipóteses não teve manifestação de última vontade e a testamentária que é a manifestação de última vontade do de cujus.

Segundo o art. 1.786 do Código Civil de 2002 *in verbis*: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

De acordo com Diniz (2004, pg. 19) *in verbis*: “A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção”.

Segundo os ensinamentos de Diniz (2004) o Direito brasileiro tem possibilidade de existir simultaneamente as duas espécies de sucessão é o que nos diz o art. 1788 do C.C. em sua 2ª parte, que diz que se o testamento não abranger a totalidade dos bens do falecido, sendo que a parte de seu patrimônio não mencionada no ato de última vontade é dada aos herdeiros legítimos, na ordem da vocação hereditária.

Ao contrário do que Diniz (2004), Rodrigues (2001), nos diz que no direito romano, à sucessão ou era legítima ou era testamentária, não podendo existir as duas ao mesmo tempo, pois uma excluía a outra.

2.3 Abertura da sucessão

A sucessão é aberta de acordo com Diniz (2004), Rodrigues (2001) e Venosa (2001), no momento do falecimento do de cujus; onde transmite a propriedade e a posse dos bens do de cujus aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estão vivos naquele momento, sendo que essa transmissão é automática.

O Código Civil de 2002, nos relata em seu art. 1.784 *in verbis* que: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde, logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Para Diniz (2004) o Código Civil adota o *droit de saisine*, sendo o princípio da *saisine*, este que veio para o direito português no Alvará de 08 de novembro de 1754, que passou para o direito das sucessões pátrio, determinando que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dá no momento da morte do de cujus.

O local de abertura da sucessão de acordo com o art. 1.785, do Código Civil *in verbis*: “A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”.

2.4 Herdeiros necessários

Segundo o art. 1.845 do Código Civil de 2002 *in verbis*: “são herdeiros necessários os ascendentes e o cônjuge”.

Segundo Rodrigues (2007, pg. 219) *in verbis*:

Os herdeiros necessários são aqueles que tem proteção legal da legítima, ou seja, tem proteção legal de não serem afastados da sucessão legítima, pelo menos quanto à metade do patrimônio do falecido, salvo se houverem sido excluídos da sucessão em razão da indignidade ou da deserdação.

Venosa (2001) nos diz que só podemos dispor da metade de nossos bens, e a outra metade são dos herdeiros necessários.

O art. 1.846 do C.C. nos confirma *in verbis* que: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Segundo Rodrigues (2007) se houver caso de deserdação, quando não existe outros herdeiros necessários com direito à sucessão, o autor da herança poderá testar sobre todo o seu patrimônio, sem que tenha de reservar uma certa quantia de bens para atender aos interesses destes. Com a mudança do código civil, o legislador ampliou o rol dos herdeiros necessários, onde o cônjuge passou a fazer parte dos mesmos, sendo, assim, se o autor da herança tiver ascendentes, descendentes ou simplesmente cônjuge, não poderá dispor de mais do que 50%, ou seja, mais do que a metade dos bens hereditários, por disposição de última vontade e se exceder da metade disponível, esta será nula de pleno direito.

De acordo com os ensinamentos de Rodrigues (2007) os herdeiros necessários são herdeiros legítimos, porque estão incluídos na lei, mesmo assim os herdeiros legítimos não são sempre necessários, pois os parentes colaterais recebem a qualidade de herdeiros da lei, à proteção especial; se só houver parentes colaterais, a proteção especial não vigorará, porque estes não são reservatórios, pois não tem a reserva da legítima da metade indisponível.

A metade será calculada de acordo com o art. 1.847 do Código Civil de 2002 *in verbis*: “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”.

Para Rodrigues (2007) do montante, calculado na forma da lei, metade o legislador reserva aos herdeiros necessários, razão pela qual não pode ser objeto de disposição de última

vontade, e a outra metade o legislador permite que o autor da herança disponha por testamento, salvo em favor das pessoas impedidas por lei à sucessão testamentária.

Para proteger os herdeiros necessários, nos temos o art. 1.848 do C.C. *in verbis*: “salvo se houver justa causa, declarada o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”.

Segundo Rodrigues (2007) esse artigo só veio trazer mais proteção para os herdeiros necessários, pois a cláusula de inalienabilidade dos bens que eles recebem nessa qualidade somente pode ser imposta caso haja justificativa suficiente, expressamente declarada no testamento. A cláusula de inalienabilidade terá consigo as de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Nesses casos o testador, perdeu a liberdade de impor a cláusula de inalienabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens deixados aos filhos, como podia fazer no passado; pois se o testador, pai, não quisesse que o cônjuge de seus filhos participassem de sua sucessão, impunha a cláusula de inalienabilidade e incomunicabilidade, aqueles que elaboraram seus testamentos na vigência da lei revogada e nele colocaram a cláusula de inalienabilidade sobre os bens reservados, somente conseguirão fazer com que ela prevaleça se aditarem seu testamento no prazo de um ano, para fazer constar a justa causa da restrição.

É o que nos confirma o art. 2.042 do C.C. que até o momento da morte, o autor da herança, tem a disponibilidade de seus bens, o que lhe permite a imposição das cláusulas, desde que justas e justificadas. O herdeiro que recebe a herança com a cláusula não está obrigado a respeitá-la e sim entendê-la por excessiva.

Segundo Rodrigues (2007, pg. 221) *in verbis*:

Sem que atingida a legítima o herdeiro necessário pode ser chamado à sucessão por mais de um título, por mais de uma causa... pode ser ele chamado a concorrer na herança como herdeiro necessário e ainda como herdeiro testamentário e legatário, se assim dispuser o testador... o fato de o herdeiro concorrer com mais de uma qualidade à sucessão em nada atinge o direito como herdeiro necessário. Nada impede que, quanto à parte disponível, o testador, autor da herança, prefira beneficiar um de seus filhos em detrimento dos demais e sem violar a disposição constitucional de igualdade de todos os filhos perante a lei, o autor da herança pode dela dispor da forma que preferir, salvo quando àqueles que sejam impedidos à sucessão testamentária.

Rodrigues (2007) nos diz que o filho não é impedido à sucessão testamentária, pode ser ele beneficiado com a deixa testamentária, sem que isso lhe atinja o direito à legítima, o que nos é confirmado pelo art. 1.849 do C.C. *in verbis*: “O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima”.

O art. 1.845 do C.C. *in verbis* nos diz: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Rodrigues (2007, pg. 222) *in verbis* nos diz que:

Para que os parentes colaterais sejam afastados do direito à sucessão, basta que o testador elabore o seu testamento sem beneficiá-los, não sendo necessário justificar as razões pelas quais deixa de beneficiá-los. Somente se torna obrigatória a justificativa para a exclusão quando se tratar de deserdação, que somente pode alcançar os herdeiros necessários.

2.5 Sucessão do cônjuge sobrevivente

De acordo com Rodrigues (2004) e Diniz (2004), não há parentes da classe dos descendentes, nem dos ascendentes, a lei chama a sucessão o cônjuge sobrevivente, sendo o herdeiro único e universal é o que podemos encontrar no art. 1.838 do Código Civil de 2002 *in verbis*: “Em falta de descentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Para Rodrigues (2007) inexistindo ascendentes e descendentes, o cônjuge receberá a integralidade da herança, excluindo qualquer outro parente sucessível, observando as disposições testamentárias válidas, ou a concorrência com o convivente sobrevivente, tenha direito à sucessão hereditária, ele terá que preencher os requisitos do art. 1.830 do Código

Civil de 2002 *in verbis*:

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

Observando o art. 1.611 do Código Civil de 1916, segundo Rodrigues (2004) o cônjuge só seria herdeiro se no momento da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal de que participava.

Segundo Rodrigues (2004, p. 111) *in verbis*:

A Lei exigia, para afastar o cônjuge da sucessão, estivesse o casal desquitado ou divorciado. Assim, a despeito de separados de fato, cada qual vivendo em concubinato com terceiro, a mulher herdaria do marido este dela se morresse sem testamento e sem deixar herdeiros necessários.

Para Diniz (2004, p. 114- 115) *in verbis*:

O art. 1.830 trará problemas ao reconhecer o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente separado de fato há menos de 2 anos, complicando, como diz Zeno Veloso, a situação, ainda mais, “se o de cujus – embora formalmente casado, mas separado de fato – constituir união estável com outra pessoa, sabendo-se que nos termos do art. 1.790 do novo Código Civil, a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” pois surgiria a possibilidade de haver concorrência na

herança tanto do cônjuge como do companheiro³⁵.

De acordo com Rodrigues (2003, pg. 111) *in verbis*: “No direito das Ordenações o cônjuge só era chamado a suceder se vivesse com o defunto ao tempo de sua morte”³⁶.

Observando Rodrigues (2003) podemos ver que muitos achavam que a lei devia ser mais generosa com o cônjuge na sucessão, o que foi comprovado na Lei de Feliciano Penna no Decreto nº 1839, de 31 de dezembro de 1907, que colocou o cônjuge sobrevivente na frente dos colaterais, na vocação hereditária; sendo manifestado pelas doutrinas.

Para Rodrigues (2003) o legislador com o intuito de assegurar benefícios e visando a proteção do cônjuge sobrevivente, por isso, foram inseridas hipóteses nesse sentido, estas estipuladas pelo Direito Brasileiro. O Decreto – lei nº 3200 de 1941, onde o legislador beneficiava a mulher brasileira casada com estrangeiro, independente do regime de casamento, juntamente com o usufruto vitalício de parte dos bens deixados por seu marido.

Segundo o entendimento de Rodrigues (2003, pg. 113) *in verbis*:

A lei, portanto, concedeu ao cônjuge o usufruto da quarta parte, ou da metade dos bens do de cujus, conforme concorra com seus descendentes ou ascendentes (...) o benefício só era outorgado se o regime não fosse o da comunhão, pois, neste caso, tendo o cônjuge do defunto direito à sua meação, não necessitava, amparo. Se, contudo, o regime era outro não ficava o cônjuge desprotegido, pois teria usufruto, enquanto durasse a viuvez, de uma parte dos bens do falecido.

³⁵ W. Barros Monteiro, p. 86; Maximilian, v. 1, n. 146; Zeno Veloso, Sucessão do cônjuge no novo Código Civil, Revista Brasileira de Direito de Família, 17:148; RF, 210:218, 76:519; RT, 274:400, 277:448; AJ, 96:63, 75:227, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

³⁶ Ordenações, Livro IV, Título 94, principium, *apud* Maria Helena Diniz. (**Curso de direito civil brasileiro**, V,6; direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006).

Rodrigues (2003), compreende que a lei protegia o cônjuge sobrevivente, enquanto permanecia viúvo, juntamente com o direito real de habitação ao imóvel destinado a residência da família desde que fosse o único bem dessa natureza (C.C. de 1916, art. 1611, § 2º).

Para Rodrigues (2003, p. 113), *in verbis*:

(...) a jurisprudência de muitos tribunais brasileiros aos poucos passou a entender que no regime de separação legal de bens comunicavam-se os adquiridos em sua vigência. E essas decisões, que foram endossadas pelo Pretório Excelso, geraram a Súmula, 377. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Segundo Rodrigues (2003) que todas as decisões para o surgimento da Súmula 380 que comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum. O Código Civil de 2002 colocou o cônjuge sobrevivente numa posição destacada na sucessão legítima, passando a ser herdeiro necessário é o que podemos observar no art. 1.845 *in verbis*: São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge.

Rodrigues (2003) nos diz que o cônjuge não é chamado à sucessão legítima, o que podemos observar no art. 1.830 do Código Civil *in verbis*:

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

Segundo Scalquette (2008, pg. 133) *in verbis*:

Segundo o art. 1.830 do Código Civil, somente será reconhecido ao cônjuge sobrevivente o direito sucessório se, ao tempo da morte do outro, não se encontravam separados judicialmente nem de fato há mais de dois anos, salvo, neste último caso, se houver prova de que a convivência se tornou impossível sem culpa do sobrevivente.

Se não fosse pela admissibilidade da prova da culpa pelo fim da convivência, a questão estaria quase resolvida, digo quase porque a separação de fato só seria causa de exclusão do direito sucessório do cônjuge e, portanto, capaz de beneficiar o companheiro, após dois anos.

Para Rodrigues (2003, p. 115) o regime de comunhão entre os cônjuges cessa se há prolongada separação de fato do casal, estando desfeita a vida em comum, extinta a *affectio societatis*, não se comunicam os bens que um deles tiver adquirido, nesse tempo, sem qualquer esforço ou colaboração do outro, com quem não mais coabitava (RT, 735/131,760/232).

Segundo Rodrigues (2003) o art. 1.831 do Código Civil de 2002, assegura ao cônjuge independente do regime de bens, o direito real de habitação ao imóvel destinado à residência da família desde que esse imóvel seja o único, vejamos o art. 1.831 *in verbis*:

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

2.6 A sucessão do companheiro sobrevivente

O direito sucessório dos companheiros é um assunto que está muito obscuro em nosso ordenamento jurídico, tanto na legislação quanto na doutrina. Deixou a desejar. Está causando divergências doutrinárias e legislativas, haja vista que o Código Civil de 2002 não revogou expressamente as Leis nºs 8.971/94 e 9.276/96³⁷.

Para Rodrigues (2003, p. 116) *in verbis*:

A evolução da família constituída fora do casamento foi um dos aspectos marcantes do direito brasileiro, na segunda metade do século XX. A posição inicial do Código Civil de 1916 era de franca hostilidade com relação às famílias extramatrimoniais, que, entretanto, pouco a pouco, mas de forma inevitável, vieram ganhando amparo e reconhecimento, até a Constituição de 1988, em que se proclama, como tantas vezes foi dito, que a união estável entre homem e a mulher está sob a proteção do Estado, devendo a lei facilitar-lhe a conversão em casamento.

Segundo Rodrigues (2003) o que contribuiu muito para a sucessão do companheiro foram as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, está que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 regulando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Se juntarmos as duas leis poderemos equiparar a união estável e o casamento, pois para o companheiro foram dados direitos hereditários equivalentes aos dos cônjuges.

Baseando em Rodrigues (2003, p.117) *in verbis*:

³⁷ VADE MECUM. (Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, 4ª edição atualizada e ampliada 2007).

Temos que: nem os maiores defensores do reconhecimento da união estável ousaram pretender que a situação jurídica dos companheiros fosse melhor do que a dos cônjuges, o que, além de não ser revogável, nem conveniente, ou justo, fere a Constituição.

A união estável segundo Rodrigues (2003) está regulada nos arts. 1723 a 1726 do Código Civil de 2002; indicando seus elementos caracterizadores, seus impedimentos para a sua constituição, os deveres do companheiro e o regime das relações patrimoniais.

Rodrigues (2003) nos diz que o Código Civil coloca os partícipes da união estável dentro da sucessão hereditária, se comparamos com o direito sucessório do cônjuge, os companheiros são bem inferior.

Analisando o art. 1790 do Código Civil *in verbis*:

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.

Através do caput do referido artigo Rodrigues (2003) chegou à conclusão de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, unicamente aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente durante a união estável, ou seja, durante a convivência.

Rodrigues (2003, pg.118), tece alguns comentários referentes aos incisos do artigo 1.790, conforme demonstrado abaixo *in verbis*:

O inciso I decide que se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Isso, no que se refere quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

O inciso II prevê o caso de o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes só do autor da herança, resolvendo que tocará ao dito companheiro metade do que couber a cada um daqueles descendentes. Entenda-se: metade do que couber ao descendente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como prevê o caput do art. 1.790.

O inciso III afirma que se o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

Rodrigues (2003, p. 118), escreve *in verbis*:

Como os descendentes do falecido já foram mencionados nos incisos I e II, os “outros parentes sucessíveis”, que cogita o inciso III, são os ascendentes e os colaterais até quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do de cujus).

O inciso IV afirma que em não havendo parentes sucessíveis, terá direito a totalidade da herança.

Rodrigues (2003, p. 118) nos diz *in verbis* que:

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

Observando os ensinamentos de Rodrigues (2003, p. 118-119) vimos que *in verbis*: “A lei não distinguiu, de forma que na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja uma ascendente do de cujos, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança”.

Rodrigues (2003, p. 119) nos diz que *in verbis*:

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

Rodrigues (2003, p. 119) nos diz ainda *in verbis* que:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.

Para Rodrigues (2003) o direito real de habitação que seria a residência da família, está previsto na lei 9278/96, em seu art. 7º § U. Observando Rodrigues (2003, pg. 119) *in verbis*:

(...) como esse benefício não era incompatível com qualquer artigo do novo Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele foi revogado, e subsiste. Em contrapartida, poderá surgir opinião afirmando que o aludido art. 7º, § U, da Lei 9278/96 foi revogado pelo Código Civil, por ter este, no art. 1790, regulando inteiramente a sucessão entre companheiros, e, portanto, não houve omissão quanto ao aludido direito real de habitação, mas silêncio eloquente do legislador.

Analisando os ensinamentos de Rodrigues (2003) concluímos que o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que a legislação anterior conferia ao companheiro sobrevivente, não foi mencionado no Código Civil, com relação à união estável.

Somente em 1994, por meio da Lei nº. 8.971/94, reconheceu-se direito sucessório aos companheiros.

O art. 2º. desta Lei diz que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que vivam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participarão da sucessão do companheiro nas seguintes condições: o companheiro sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns; ao usufruto da metade dos bens, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança³⁸.

Estabeleceu-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto vital, em condições muito semelhantes às dos cônjuges³⁹.

Completando tal disposição, o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96, dá ao companheiro o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com as dos cônjuges. Esta assim completada a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos sucessórios⁴⁰.

³⁸ Inácio de Carvalho Neto. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. Disponível em: www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf. Acesso em 20/04/2008.

³⁹ Inácio de Carvalho Neto. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. Disponível em: www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf. Acesso em 20/04/2008.

⁴⁰ Inácio de Carvalho Neto. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. Disponível em: www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf. Acesso em 20/04/2008.

Rodrigues (2003, p. 119) nos diz *in verbis*:

(...) o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza, imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

Rodrigues (2003, p. 120) termina dizendo *in verbis*: “(...) que o artigo 1790 do Código Civil terá vida muito breve”.

Como visto, nenhum doutrinador citado neste trabalho concorda plenamente com o que está disposto na sucessão do companheiro previsto no artigo 1.790 do Código Civil. Aliás, a maioria dos doutrinadores discorda em muitos aspectos ao que foi e ao que não instituído no referido diploma, pois existem várias omissões que o legislador deixou passar em "branco", o que, certamente, não deveria. O Código Civil retrocedeu em muitos aspectos quanto ao direito sucessório dos companheiros, pois retirou ou omitiu direitos que já haviam sido garantidos e reconhecidos nas duas leis infraconstitucionais supracitadas (Leis nºs 8.971/94 e 9.276/96)⁴¹.

Nesse sentido, existem doutrinadores que sustentam a hipótese de o artigo 1.790 do Código Civil ser inconstitucional, pois sob uma observação eminentemente literal do seu texto, o observador é levado a crer que em certas situações o texto infraconstitucional vai de encontro ao preceito constitucional.

Outra questão gravemente deparada, é a revogação ou não das duas leis mencionadas, haja vista que o Código Civil de 2002 não registrou nada a esse respeito. Parece que o mais conveniente, por enquanto, seria a revogação parcial dos institutos, mantendo-as naquilo que não forem ao encontro do Código Civil. Temos como exemplo, o direito real de habitação, que esta inserido na Lei 9.276/96 e o Código Civil de 2002 não o menciona.

⁴¹ Júlio Lourenço. A disparidade que há no direito sucessório dependendo do regime amoroso. Disponível em: pt.oboulo.com/a-disparidade-que-ha-no-direito-sucessorio-dependendo-do-regime-22060.html. Acesso em 20/04/2008.

Segundo Scalquette (2008, p. 11) a união estável possui alguns deveres *in verbis*:

(...) o art. 1.724 do Código Civil de 2002, aqueles que vivem em união estável deverão obedecer os deveres de lealdade, respeito e assistência, e guarda, sustento e educação dos filhos.

Esses deveres são semelhantes, mas não iguais aos do casamento, que são: fidelidade, vida em comum no mesmo domicílio, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

A quebra de qualquer um dos deveres dos companheiros pode configurar causa de rompimento para a união estável.

Conquanto, a legislação mesmo que perfeita existe e deve ser aplicada em sua plenitude. No entanto, é inviável iniciar uma discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Todavia tal discussão será feita de forma esclarecedora no capítulo seguinte.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 E SEUS INCISOS

Este terceiro capítulo terá como objetivo principal a abordagem da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e seus incisos, como também apresentar os seus efeitos jurídicos na união estável.

Fato muito controvertido desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 diz respeito à inconstitucionalidade do artigo 1.790, que trata da sucessão do companheiro sobrevivente, devido ao fato de o novo ordenamento Civil colocar o companheiro supérstite num status inferior frente ao cônjuge supérstite⁴². Analisaremos o art. 1.790 e seus incisos *in verbis*:

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.

Para começarmos, o caput do art. 1.790 do Código Civil diz que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, excluída a meação do companheiro sobrevivente, é sobre a meação do falecido que incide o direito sucessório. Em regra, ele não herdará bens particulares nem os adquiridos na constância da união a título gratuito.

⁴² Denigelson da Rosa Ismael. A Sucessão do Companheiro Sobrevivente. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=435. Acesso em 20/05/2008.

Todos os herdeiros legítimos, mesmo os parentes sucessíveis mais afastados, recebem quinhão do patrimônio do falecido formado pela meação do de cujus e bens particulares. O companheiro é o único excluído da sucessão sobre bens particulares, o que contraria o sistema de vocação hereditária estabelecido no Código Civil, sem que haja razão que justifique a exceção.

A aplicação da regra pode levar a grandes injustiças, deixando ao desamparo o companheiro sobrevivente de pessoa rica, mas sem bens adquiridos onerosamente no período da união estável. Possuindo somente bens particulares, ou bens adquiridos a título gratuito, eles serão transmitidos apenas aos outros herdeiros legítimos, que poderão ser primos ou tios, no caso de não haver ascendentes nem descendentes vivos, ou irmãos. Não é razoável tal previsão legislativa.

Por exemplo, se houve aquisição onerosa de bens durante a união estável e os companheiros têm dois filhos, falecendo o companheiro, a companheira sobrevivente concorrerá com os filhos comuns e terá direito a quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho (art. 1.790, I). Por outro lado, se o marido e a mulher são casados pelo regime da comunhão parcial e todo o patrimônio foi adquirido durante o casamento não havendo, portanto, bens particulares, tendo o casal dois filhos, morrendo o marido, a viúva não concorrerá com os descendentes, não participará da sucessão do falecido (salvo quanto ao direito real de habitação e se for cabível)⁴³.

É importante ressaltarmos que, mesmo havendo contrato escrito que determine a aplicação do regime de separação de bens entre os companheiros, o sobrevivente continuará tendo direito de herança sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Diante deste surpreendente preceito, não se podemos chegar à outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável⁴⁴.

Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a

⁴³Nilson Garcia Simões. Casamento e união estável: efeitos na sucessão. Disponível em: www.fema.edu.br/cursos/graduacao/dir/tcc2005/nilson.pdf. Acesso em 20/05/2008.

⁴⁴Fernanda Moreira dos Santos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=2. Acesso em 20/05/2008.

título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio⁴⁵, que foi formado antes de constituir união estável. Observada essa importante restrição, analisaremos os quatro incisos.

O inciso I decide que se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Mas, para que se cumpra o estatuído no caput do dispositivo, o companheiro terá direito a uma quota equivalente à do filho comum nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável deste artigo⁴⁶.

É o que nos afirma Venosa (2008, p.144) *in verbis*:

O inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos.

Divide-se a herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente. Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe “por lei” aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elocudar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. A nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador e constitui uma premissa falsa.

O inciso II prevê o caso de o companheiro sobrevivente concorrer com ascendentes só do autor da herança, resolvendo que tocará ao dito companheiro metade do que couber a cada um daqueles descendentes. Entenda-se: metade do que couber ao descendente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como prevê o caput do art. 1.790⁴⁷.

Afirmado por Venosa (2008, pg. 145) que nos diz que no caso do inciso II, *in verbis*:

⁴⁵ Fernanda Ruppenthal Egewarth e Denise Schmitt Siqueira Garcia. Questões controvertidas da sucessão legítima dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504. Acesso em 20/05/2008.

⁴⁶ Fernanda Moreira dos Santos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=2. Acesso em 20/05/2008.

⁴⁷ Fernanda Moreira dos Santos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=2. Acesso em 20/05/2008.

Se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha. No entanto, se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão, que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei, que permite a multiplicidade de interpretações.

Os incisos I e II do referido artigo, estabelecem que, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o convivente concorre com os herdeiros de primeira vocação, na forma seguinte: concorrendo com filho comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, e, com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um daqueles. Mas o Código é omissivo sobre o caso em que existam filhos comuns e filhos apenas do autor da herança, ambos concorrendo com o companheiro sobrevivente.

No inciso III Venosa (2008, p. 145) *in verbis*: “afirma que se o convivente sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança”.

Enquanto o cônjuge supérstite, concorrendo com os ascendentes, recebe um terço da herança, em se tratando de ascendente em primeiro grau, ou metade da herança, quando houver um só ascendente ou for maior aquele grau de parentesco (arts. 1.829, II e 1.837), e recebe sozinho a herança em falta de descendentes e ascendentes (arts. 1.829, III e 1.839), o companheiro sobrevivente, não havendo descendentes do autor da herança, concorrerá com ascendentes e colaterais até o quarto grau. Assim dispõe o inciso III do artigo 1.790 do novo Código Civil, onde determina que o companheiro receberá quinhão de um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Apenas quando não existir nenhum parente sucessível é que o companheiro herda sozinho, como prevê o inciso IV do art. 1.790⁴⁸.

⁴⁸ Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira. A Sucessão na União Estável. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm. Acesso em 20/05/2008.

Essas regras configuram retrocesso em relação à legislação anterior ao novo Código. A Lei nº 8.971/94 concedia ao companheiro sobrevivente, quando concorresse com ascendentes, usufruto de metade dos bens do autor da herança, que recaía sobre todos os bens, inclusive os particulares (art. 2º, II). E na falta de descendentes e ascendentes o companheiro tinha direito à totalidade da herança (art. 2º, III)⁴⁹.

O sistema da Lei nº 8.971/94 era mais benéfico ao companheiro sobrevivente e melhor protegia esse integrante da entidade familiar porque o convivente tinha direito ao usufruto de uma porção razoável dos bens da herança, além de constar da ordem de vocação hereditária antes dos parentes colaterais⁵⁰.

Segundo o escrevente judicial Motta⁵¹ (2008):

O novo Código Civil, ao contrário, não protege a entidade familiar constituída por união estável. Verificamos que suas regras acabam privilegiando parentes colaterais em vez de prestigiar o companheiro. Havendo parentes colaterais do falecido, que tanto podem ser de segundo, terceiro ou quarto grau, o companheiro recebe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência. Os bens particulares e adquiridos a título gratuito, que dependendo da situação fática poderão representar a maior parte da herança, ficarão com os parentes colaterais, que também receberão dois terços dos adquiridos na constância da união estável a título oneroso.

A lei não distinguiu, de forma que na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja um ascendente do de cujus, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança. Não de toda a herança, pois a matéria está presa, vinculada, e tem de ser compreendida diante do comando do caput do art. 1.790: a sucessão dos companheiros limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Não há razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável com os colaterais do de cujus. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.

⁴⁹ José Fernando Simão. Sucessão do companheiro: decisões surpreendentes. Disponível em: www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=904. Acesso em 20/05/2008.

⁵⁰ Verônica Ribeiro da Silva. Pontos críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil frente às Leis 8.971/94 e 9.278/96. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=452. Acesso em 20/05/2008.

⁵¹ Escrevente judiciário. Emerson Chaves Motta. Disponível em: jusvi.com/artigos/2227. Acesso em 20/04/2008.

O correto, como já se fazia a Lei nº 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do de cujus.

Finalmente o inciso IV do art. 1.790, enuncia que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Mas, a herança de que trata o referido em tese deve ser entendida como sendo aquela definida no "caput".

Somente quando não houver descendentes, ascendentes e colaterais sucessíveis é que o companheiro sobrevivente herdará sozinho, conforme o inciso IV do art. 1.790 do novo Código Civil. Mas herda todos os bens da herança ou os apenas os adquiridos onerosamente na vigência da união estável? Seguindo uma interpretação literal do referido artigo chegamos à conclusão de que mesmo nessa hipótese o companheiro recebe somente os bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência. Alguns entendem dessa forma, sob o fundamento de que o caput do art. 1.790 subordina o sentido de seus incisos. Assim, havendo bens particulares ou adquiridos a título gratuito o companheiro não participaria da sucessão relativa a esses bens, que, não havendo parentes sucessíveis, seriam deferidos ao Município ou ao Distrito Federal (art. 1.844 do Código Civil).

Diniz (2006, p. 145), conclui que essa é a solução mais justa, *in verbis*:

Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia admitir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro *sui generis* (sucessor regular), que, no artigo sub examine, seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro ou sucessor regular é que o Poder Público entra como sucessor irregular. Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cujus, na qualidade de sucessor irregular. Daí nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto todos os bens do de cujus, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao art. 1.790, IV (norma geral sobre sucessão de companheiro).

3.1 Efeitos jurídicos da união estável

Diniz (2004), conclui que, embora a união estável não devesse gerar conseqüências idênticas às do matrimônio, o Novo Código Civil, a legislação extravagante e a jurisprudência têm evoluído no sentido de possibilitar que produza alguns efeitos, tais como:

Á convivente é permitido o direito de uso do nome do companheiro, se a vida em comum perdurar há mais de cinco anos e houver filhos da relação (Lei n. 6.015/73 que entrou em vigor em 01/01/76)⁵². Autorizar não só o filho a propor investigação de paternidade contra o suposto pai se sua mãe era sua companheira, como também o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, por meio de testamento (Lei n. 6.515/77; art. 227 § 6º da Constituição Federal; art. 1º da Lei n. 7.841/89) ou no próprio termo de nascimento, escritura particular, documento público, manifestação direta e expressa perante o juiz pela Lei n. 8.069/90 e art. 1.609 do Código Civil. A união estável não gera presunção juris tantum de paternidade, mas serve como meio de prova para o reconhecimento.

Conferir à companheira mantida pela vítima de acidente de trabalho os mesmos direitos da esposa, desde que tenha sido declarada beneficiária na carteira profissional, no registro de empregados ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade do acidentado (Decreto-lei n. 7.036/44; Lei n. 8.213/91)⁵³. Atribuir a companheira do presidiário, de poucos recursos econômicos, o produto da renda de seu trabalho na cadeia pública (Lei paulista n. 2.699/54)⁵⁴. Erigir à convivente a beneficiária de pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo que não tenha filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento. Se o servidor tiver filhos, somente poderá destinar à companheira metade da pensão (Lei n. 4.069/62)⁵⁵.

Considerar a companheira beneficiária de congressista falecido no exercício do

⁵² Vade Mecum / (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 4. Ed. Atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2007, pg. 1235).

⁵³ *Ibid* , pg. 1424.

⁵⁴ *Ibid*, pg. 1580.

⁵⁵ *Ibid*. pg. 1590.

mandato, cargo ou função (Lei n. 7.087/82)⁵⁶. Contemplar a convivente como beneficiária quando tenha tido companheiro advogado (Decreto-lei n. 72/66)⁵⁷. Possibilitar que o contribuinte de imposto de renda abata como encargo de família pessoa que viva sob sua dependência, desde que a tenha incluído entre seus beneficiários (Decreto-lei n. 3000/99)⁵⁸. Tomar companheiro beneficiário dos favores da legislação social e previdenciária, inclusive em concorrência com os filhos (Lei n. 5.698/71, dentre outros)⁵⁹. Arrolar a companheira entre os beneficiários obrigatórios de pensão pelo Montepio Municipal, logo após a viúva e na frente dos filhos menores e dos filhos solteiros, equiparando-a á viúva do contribuinte falecido (Lei n.. 7.447/70)⁶⁰.

Autorizar companheiro a continuar a locação, havendo morte do outro, desde que residente no imóvel e o locador retomar o prédio para uso próprio de sua companheira (Lei n. 8.245/9 1)⁶¹. Permitir que a companheira exerça a tutela, se viver decentemente. Remunerar a companheira pelos serviços rurais ou domésticos por ela prestados durante a união, para que ele não se locuplete. Conceder à companheira participação no patrimônio conseguido por esforço comum, inclusive benfeitorias, em razão da sociedade de fato. Usar medida cautelar inominada para afastar convivente perigoso do lar. Permitir que conviventes adotem menor, desde que um deles tenha no mínimo 18 anos e haja comprovação de entidade familiar (art. 1622 Código Civil de 2002)⁶².

Considerar a companheira do servidor aposentado falecido como legítima ocupante de imóvel funcional, desde que nele permaneça residindo. Legitimar processualmente o convivente para embargos de terceiros, a fim de defender sua meação e exclusão a penhora de imóvel residencial do casal (Lei n.8.009/90)⁶³. Conceder ao companheiro o direito a alimentos (art. 1.694 e 1.708 do Código Civil), e à sucessão do outro (1.790 do Código Civil)⁶⁴. Dar a ambos os conviventes a admintstração do patrimônio comum (Lei n. 9.278/96)⁶⁵. Outorgar direitos e deveres iguais aos conviventes como lealdade e respeito; assistência imaterial e

⁵⁶ *Ibid.* pg. 1600.

⁵⁷ *Ibid.* pg. 1605.

⁵⁸ *Ibid.*, pg. 1609.

⁵⁹ *Ibid.* pg. 1705.

⁶⁰ *Ibid.* pg. 1707.

⁶¹ *Ibid.*, pg. 1441

⁶² *Ibid.*, pg. 295.

⁶³ *Ibid.*, pg. 1361.

⁶⁴ *Ibid.*, pg. 308.

⁶⁵ *Ibid.*, pg. 1522.

material recíprocas; guarda, sustento e educação de filhos comuns (art. 1.724 do Código Civil)⁶⁶.

Permitir que cada um possa separar-se unilateralmente, sem qualquer formalidade. Conferir direito de visitar o companheiro preso ou de sair da prisão para o enterro do falecido convivente.

Dar à convivente, por analogia, foro privilegiado da mulher na ação tendente a dissolver a união estável (Código de Processo Civil, art. 100,1)⁶⁷. Considerar impedido o juiz se a matéria em litígio envolver parentes consangüíneos e afins de seu convivente (art. 1.595 do Código Civil)⁶⁸. Aplicar o art. 155, II do Código de Processo Civil, impondo segredo de justiça aos atos processuais da união estável. Conceder ao convivente lesado o direito de pleitear em juízo, indenização por dano moral e patrimonial causado pelo outro e pelo seu assassinato, se dele dependia economicamente. Outorgar à convivente parturiente direito ao auxílio- natalidade. Dar ao companheiro beneficiário de funcionário público falecido a indenização por férias e licença prêmio. Considerar o convivente como beneficiário de seguro de vida e seguro obrigatório, se o companheiro for acidentado (art. 793 do Código Civil)⁶⁹.

Atribuir ao conivente do devedor o direito de reunir bens onerados, tendo preferência em relação aos demais concorrentes (Código de Processo Civil, ad. 787 e 789)⁷⁰. Conceder ao ex-convivente possibilidade de entrar com medida cautelar de arrolamento de bens, na pendência da ação de partilha de bens adquiridos na constância da união estável. Autorizar o outro convivente para propor ação real imobiliária, tendo o direito de ser citado nessa ação para conservar os bens da entidade familiar. Ser administrador provisório, enquanto o inventariante não presta compromisso, pedir abertura de inventário. Admitir convivente de vítima ou testemunha ameaçada, que esteja coagido ou exposto a ameaça, no Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas.

Ser incluído como dependente m plano de saúde, seguro-saúde, ou assistência médica de empregador, além de beneficiário de clube recreativo e social do qual o outro convivente fiz parte. Conferir ao convivente do servidor removido ex officio o direito a ajuda de custo em

⁶⁶ *Ibid*, pg. 302.

⁶⁷ *Ibid*, pg. 408.

⁶⁸ *Ibid*, pg. 293.

⁶⁹ *Ibid*, pg. 223.

⁷⁰ *Ibid*, pg. 461.

razão de movimentação funcional. Constituir bem de família e o vínculo de parentesco por afinidade entre um convivente e os parentes do outro. Pleitear conversão de união estável em casamento (Código Civil, art. 1.726)⁷¹.

Segundo o advogado Ismael ⁷² (2008):

O Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar Agravo de Instrumento nº 70017169335, que buscava o reconhecimento de colaterais como herdeiros, em seu voto delineou: O legislador de 2002, ao tratar do direito sucessório, não conferiu tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges, o que até então havia e era recepcionado pelas leis e decisões dos Tribunais. A Carta Magna de 1988, entretanto, o que é importante, deu tratamento igualitário à união estável em relação ao casamento. No entanto, o Código Civil em vigor, ao tratar a sucessão entre companheiros, rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, o que se evidencia inconstitucional; porque atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpido 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. O Desembargador Rui Portanova, ao se manifestar no mesmo julgado, assim disse: Por isso é lícito dizer claramente: o novo Código Civil, de um lado retirou e subtraiu direitos hereditários dos que constituíram legitimamente um ente família; de outro lado, afrontou e violentou a dignidade de pessoas em seus afetos legitimamente reconhecidos.

Portanto, a distinção dada pelo novo Código Civil ao companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório. Tendo em vista ter sido exatamente um dos méritos da Constituição Federal contemplar a união estável como entidade familiar, é inadmissível a vantagem dada ao casamento em detrimento da união estável.

Devemos tomar atitudes com o intuito de extinguir as diferenças havidas em relação aos direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, da mesma maneira em relação à redução de direitos conferidos ao companheiro. Os doutrinadores já ofereceram soluções, através das Jornadas de Direito Civil e de Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional. Porém os Tribunais vêm decidindo do modo mais satisfatório e benéfico aos fins sociais e às cobranças do bem comum, só restando a boa vontade do legislador, para que busque equiparar a união estável ao casamento, conforme previsto pela Constituição Federal.

A disposição dos direitos sucessórios no ordenamento Civil, do modo que está disposto, ofende o princípio da isonomia: cônjuge x companheiro quando se refere à inferioridade do companheiro sobrevivente frente ao cônjuge supérstite, uma vez que este se encontra no rol dos herdeiros necessários, enquanto aquele está nas Disposições Gerais do Direito das Sucessões. Fica evidente a intenção do legislador de determinar uma inferioridade ao companheiro, convivente na união estável, em detrimento do cônjuge, que materializou a família sob o aspecto do casamento, ignorando por completo a Constituição Federal, que equipara ambos os institutos como base na formação da entidade familiar.

Após a Constituição Federal de 1988, em prol do que a jurisprudência estava consolidando, deixou de discriminar a união estável e passou a adotá-la como entidade familiar, garantindo ao companheiro supérstite os direitos sucessórios

⁷¹ *Ibid*, pg.303.

⁷² Advogado, Denigelson da Rosa Ismael. A sucessão do companheiro sobrevivente. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/JO_160908_09.pdf. Acesso em 20/05/2008.

decorrentes da união estável. O que se esperava do legislador era propiciar uma ampla e total igualdade de direitos e deveres entre os companheiros relativamente aos direitos e deveres exigidos dos membros de um casal unido pelo matrimônio, está que é a forma clássica de constituição de família.

O legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por instituir privilégios aos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária, pois somente na falta destes (colaterais) será chamado o convivente sobrevivente a adquirir a totalidade do acervo; mesmo tendo a Constituição Federal equiparado a união estável ao casamento, é evidente a discrepância e o descaso que o legislador ordinário teve para com o companheiro sobrevivente, pois não deu o mesmo tratamento oportunizado ao cônjuge supérstite, qual seja, deixá-lo sozinho na 3ª classe de vocação hereditária e, somente na falta do companheiro, proporcionar aos colaterais a possibilidade de herdar os bens do de cujus.

Com base na doutrina, não unânime, mas que entende, assim como a jurisprudência, principalmente o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em muitos julgados, com votos brilhantes, lúcidos e com teses que realmente priorizam a entidade familiar, também compartilhou do entendimento de que o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, pois não procurou o legislador ordinário preservar a equidade dada pelo Constituinte quando da promulgação da Constituição Federal e, ainda, não manteve a mesma linha das Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96 que, após a Carta Magna, concretizaram direitos aos companheiros, situando-os como entidade familiar, nos moldes do ordenamento constitucional.

Sendo que o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil fere a constitucionalidade e o princípio da dignidade humana, uma vez que valoriza “outros parentes sucessíveis” mais do que o companheiro sobrevivente. Inferioriza aquele que dividiu e compartilhou uma vida em comum com o de cujus. Coloca numa esfera abaixo aquele que participou e contribuiu para a aquisição do patrimônio em comum. Valorizou o legislador ordinário, de forma errônea e equivocada, um grupo de pessoas “outros parentes sucessíveis”⁷³ que, em muitos casos, nem ao menos têm convivência com o autor da herança, uma vez que as próprias ligações familiares se tornam mais raras numa sociedade tão ocupada como a presenciada nos tempos atuais; outra controvérsia no direito sucessório do companheiro é o caput do artigo 1.790 do Código Civil, que limita a sucessão, apenas, aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, frente ao que dispõe o inciso IV do mesmo dispositivo ao referir que, não havendo herdeiros sucessíveis (colaterais até o quarto grau), terá o companheiro sobrevivente direito à totalidade da herança⁷⁴.

⁷³ Grifo nosso.

⁷⁴ Fernanda Ruppenthal Egewarth e Denise Schmitt Siqueira Garcia. Questões controvertidas da sucessão legítima dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504. Acesso em 20/05/2008.

Alguns autores, pelos motivos expostos, consideram o caput do art. 1.790 do Código Civil de 2002 inconstitucional, pois diminui a proteção sucessória daqueles que mantêm uniões estáveis frente à legislação especial anterior (Leis 8.971/94 e 9.278/96), já que esta não fazia esta restrição, desrespeitando, assim, o preceito contido no art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, que determina a proteção das uniões estáveis⁷⁵.

A relação do caput do artigo, que prescreve que a sucessão do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Esta previsão coloca os companheiros em posição bastante prejudicada em relação às pessoas casadas e pode ocasionar grandes injustiças.

Rodrigues nos afirma (2003, p. 117 e 118) *in verbis* que:

Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. (...) Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros, não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável.

Da jurisprudência temos os seguintes exemplos de decisões que afastaram a aplicação das normas do Código Civil de 2002:

Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Parentes colaterais. Exclusão dos irmãos da sucessão. Inaplicabilidade do art. 1.790, 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

⁷⁵ Fernanda Moreira dos Santos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=2. Acesso em 20/05/2003.

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 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 maioria⁷⁶.

Agravo - Arrolamentos de Bens - Morte do companheiro - Ausência de ascendente ou descendente, existência, porém, de colaterais noticiada pela própria companheira - União estável iniciada na vigência da Lei 8.971/94 e que perdurou até o falecimento do companheiro - Fato ocorrido em 2004 - Inaplicabilidade da disciplina sucessória prevista no Novo Código Civil - Atribuição à companheira sobrevivente do mesmo status hereditário que a lei atribui ao cônjuge supérstite - Totalidade da herança devida à companheira - Afastando da sucessão os colaterais e o Estado - Inaplicabilidade da norma do art. 1.790, III do Código Civil em vigor - Recurso provido⁷⁷.

Em sentido oposto defende a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, principalmente sob o fundamento de que a Carta Magna não equiparou as entidades familiares e podem ser conferidos mais direitos para as pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio do que para aquelas que vivem em união estável temos como exemplos os casos abaixo⁷⁸:

Arrolamento – Inventariante – Companheira que pleiteia a totalidade da herança – Ausência de ascendentes e descendentes do “de cujus” – Existência, no entanto, de irmãos do falecido – Comprovação de união estável apenas por declaração de uma irmã do falecido e de uns amigos, além da comprovação do recebimento de pensão – Insuficiência, sob pena de preterir direito dos demais herdeiros sucessíveis (irmãos do falecido) – Necessidade de anuência dos demais herdeiros ou de manifestação deles, ante o não reconhecimento da união estável por decisão judicial ou por escritura pública – Sucessão da companheira, em princípio, em conjunto com eles, apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, tendo o direito a 1/3 (um terço) da herança, salvo renúncia expressa de todos – Inteligência do artigo 1.790, III, do Código Civil de 2002 – Decisão mantida – Agravo improvido, com observação⁷⁹.

⁷⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70017169335, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, julgado em 08/03/2007, DJ de 16/03/2007.

⁷⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Agravo de Instrumento n. 386.577-4/3, Relator Des. Magno Araújo, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 02/06/05).

⁷⁸ Leopoldina Inocência Araújo Lopes da Silva. União estável. Qual a estabilidade dessa união? Disponível em: www.correioforense.com.br/anexos/publicacoes/f1176988426882.doc. Acesso em 20/05/2008.

⁷⁹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Agravo de Instrumento n. 451.895-4/2, Relator: Des. João Carlos Saletti, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26.09.06).

A inconstitucionalidade deve ser decretada tendo em conta os objetivos da República Brasileira, no sentido de promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, constituindo uma sociedade livre e justa, reduzindo as desigualdades sociais, o que se dá através da implantação e efetivação do Estado Social de Direito⁸⁰.

Segundo o advogado Ismael⁸¹ (2008):

A união estável entre o homem e a mulher com o objetivo de constituir família, se estabilizando como entidade familiar, foi reconhecida pela Constituição Federal e, logo após, com as Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96, regularam a união estável, dando um amparo de caráter pessoal às relações dos companheiros. Já o direito sucessório dos companheiros, deram-lhes uma equiparação, ou quase, de sua situação em relação ao cônjuge supérstite (tais leis concederam o direito de usufruto dos bens, direito de meação e o direito real de habitação); as Leis Especiais trouxeram um amparo patrimonial à união estável.

Chegamos à conclusão da inconstitucionalidade de tal norma, pois o companheiro sobrevivente ficou inferiorizado face ao Estado; isto é, o legislador ordinário preteriu o companheiro, que vivenciou uma vida em comum ao Estado, tão-somente por não ser a união estável uma relação formal, ou seja, o legislador ordinário ignorou a equidade estabelecida pela Constituição Federal entre o casamento e a união estável; o direito sucessório, ao longo do tempo, teve enormes evoluções, tanto na legislação, Leis Especiais e Constituição Federal, como também andou em passos rápidos e constantes através da jurisprudência, esta sempre atuante e atenta às revoluções e evoluções que a sociedade desenvolve. Contudo, ainda precisa de progresso e enriquecimento, podemos concluir que é inconstitucional, pois a Constituição Federal concede tratamento idêntico à união estável e ao casamento.

Todos os valores acima referidos encontram-se expressamente no texto constitucional brasileiro, razão pela qual não há como negar a inconstitucionalidade do supra citado artigo 1.790, seja pela violação da isonomia, seja pela violação da vedação do retrocesso e da dignidade humana.

Além de diminuir a extensão dos direitos sucessórios daqueles que vivem em união estável, o Código Civil de 2002, colocou os companheiro em posição muito inferior em

⁸⁰ Renato Felipe de Souza. Anotações sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 III do Código Civil Brasileiro. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=20286. Acesso em 20/05/2008.

⁸¹ Advogado, Denigelson da Rosa Ismael. A sucessão do companheiro sobrevivente. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/JO_160908_09.pdf. Acesso em 20/05/2008.

relação às pessoas casadas; no próximo capítulo discutiremos mais detalhadamente sobre a equiparação do cônjuge e do companheiro no direito sucessório e também não poderíamos deixar de falar é claro da união homoafetiva.

4 EQUIPARAÇÃO DO CÔNJUGE AO COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Este quarto capítulo terá como objetivo principal a abordagem da equiparação do cônjuge e do companheiro no direito sucessório e a união homoafetiva.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, nos diz que *in verbis*:

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

De acordo com o art. 226 da Constituição Federal de 1988, inexistem elemento discriminatório entre as instituições do casamento e da união estável, encontrando-se cônjuges e companheiros na mesma situação, considerando que ambas as entidades familiares por eles formadas merecem proteção do Estado.

A união estável e o casamento constituem um núcleo familiar afetivo, de caráter duradouro, atendendo os desígnios legislativos e sociais, sendo vedado a lei infraconstitucional estabelecer tratamento diferenciado entre os institutos no direito sucessório, sob pena de se negar vigência ao princípio da igualdade material⁸².

Ilustrando a equiparação da união estável ao casamento temos, o Juiz de Direito Euclides Benedito de Oliveira, do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, esclarece *in verbis*:

⁸² Luiz Augusto Coutinho. União estável e seus efeitos criminais. Disponível em jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2029. Acesso em 20/06/2008.

A família se constitui não só pelo casamento, mas, também, pela união estável entre homem e mulher. Formal ou informal, com ou sem laços oficiais, é sempre entidade familiar, digna da proteção do Estado. É como dispõe a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 3. Em que constitui essa proteção? Genericamente, pode-se dizer que devem ser estendidas aos participantes da união estável, os antigos concubinos, hoje chamados de 'companheiros', os mesmos direitos básicos garantidos às pessoas casadas, nos aspectos pessoais -de mútua assistência, criação e educação de filhos como nos aspectos patrimoniais - divisão de bens e de direito à sucessão por morte." Finalmente completamos que entre os direitos garantidos estendem-se inclusive nos aspectos penais.⁸³

Temos também no mesmo sentido, o ensinamento de José da Silva Pacheco, que nos diz *in verbis*: "Há que admitir, pois, a existência das duas entidades familiares: a) a constituída pelo casamento; e b) a formada pela união estável, sólida e duradoura"⁸⁴.

Segundo o advogado Souza⁸⁵ (2008):

Se a própria Constituição as admite, reconhecendo que ambas deve o Estado dar a proteção, é lógico que há de se admitir os meios adequados e lícitos para que tal proteção se efetive, sob pena de ocorrer um absurdo, o que não é de se presumir. Assim, é de se acolher a idéia de atribuir à companheira ou ao companheiro de união estável, na falta do outro, a necessária proteção, equiparando-os aos cônjuges do casamento, em face da sucessão.

Havendo essa equiparação, as leis infraconstitucionais que tratam de sucessão devem dar tratamento idêntico entre a união estável e o casamento, sob pena de serem inconstitucionais.

Segundo o Pós-Graduado em Direito Público (UFES) Júdice⁸⁶ (2008):

⁸³ Tribuna da Magistratura, "caderno de doutrina." (in Nova Regulamentação da União Estável Inovações da Lei 9.278/96. Associação Paulista de Magistrados, junho de 1996, pág. 20).

⁸⁴ Renato Felipe de Souza. Anotações sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 III do Código Civil Brasileiro. Disponível em www.professorsimao.com.br/artigos_convidados_renato.htm. Acesso em 20/06/2008.

⁸⁵ Renato Felipe de Souza. Anotações sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 III do Código Civil Brasileiro. Disponível em www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=20286.

⁸⁶ Pós-Graduado em Direito Público Lucas Pimenta Júdice. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1903. Acesso em 20/10/2008.

Numa união estável não há qualquer obrigação pessoal que possa estar subjudice, eis que não há retificação de nome de solteiro no registro civil, fidelidade recíproca, presunção absoluta para reconhecimento de filhos, etc., mas tão somente partilha de bens amealhados e/ou conquistados na constância da união estável.

União estável e casamento são institutos diferentes, e assim merecem ser tratados. Em que pese parecer desnecessária e trivial, tal afirmativa não tem sido respeitada por alguns doutrinadores e conseqüentemente por alguns membros do Poder Judiciário, uma vez que reiterados julgados equiparando as duas supracitadas entidades familiares têm sido noticiados no meio jurídico.

À Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 3º, vê-se que união estável e casamento são diferentes, eis que o trecho final do referido parágrafo apregoa que deve a lei facilitar a conversão do primeiro no segundo, ou seja, o Estado deverá prover meios para que os companheiros possam casar-se e tornarem-se cônjuges.

A própria Constituição Federal de 1988, induz sua preferência ao casamento, impondo ao Estado a facilitação na conversão da união estável, é de se concluir que não podem ser considerados como uma só entidade.

Há de se evidenciar, por outro lado, o princípio da igualdade material (ou substancial), o qual preconiza que, parafraseando Rui Barbosa, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida em que se desiguam. O fato de união estável e casamento constituírem espécies do gênero entidade familiar não se pode concluir que são iguais. A desigualdade é patente, notadamente no que tange a informalidade e capacidade de proteção estatal, mas, principalmente, a vontade.

Os componentes de uma união estável possuem a vontade de permanecerem como companheiros, mas não como casados, pois, caso o quisessem, a lei os confere facilidade para a conversão. O Estado não possui poder de imiscuir-se na vontade de seu administrado, ditando acerca de seu relacionamento amoroso, afinal, equiparar a união estável ao casamento é o mesmo que impor uma vontade não querida pelos companheiros. É como se a lei civil infraconstitucional impusesse que os evangélicos são, na verdade, católicos (a despeito da liberdade de crença elencada no art. 5º, VIII, CF). De plano vê-se a estranheza neste exemplo, todavia, transferindo as premissas para o caso em análise, com as devidas proporções, a violação ao texto constitucional é a mesma, afinal, o gênero “religião” teve suas espécies catolicismo e evangelismo misturadas ou confundidas.

A falta de critérios objetivos para caracterização de uma união estável (já que as relações afetivas são, por natureza, subjetivas) dá azo a diversas interpretações teratológicas, ao passo, por exemplo, de confundir um simples namoro com uma união estável, o que vem sendo erroneamente entendido no mundo jurídico, o que gera direito patrimonial para um mero namorico. Por certo a lei não pretendeu tal fato, que vem, infelizmente, acontecendo.

Deve-se ter sempre em mente que a união estável tem como pano de fundo basilar a intenção de constituir uma família, o que, por certo, não é de fácil verificação, sendo resolvido, portanto, no caso a caso. A análise de forma isolada de critérios objetivos como tempo, coabitação, publicidade, habitualidade, etc. não servem como parâmetros definidores de uma união estável se analisados de forma isolada.

Não há inconstitucionalidade no texto normativo do Código Civil de 2002 ao tratar de forma diferente cônjuges e companheiros, mesmo sabendo que à união estável não fora direcionado proteção equivalente à que o casamento recebera, afinal: a desigualdade e, por conseguinte, necessária.

4.1. - União homoafetiva

Segundo Scalquette (2008, p. 157) in verbis: “(...), as uniões homoafetivas é um nome que vem sendo amplamente aceito para designar as uniões que acontecem entre pessoas do mesmo sexo”.

Importante lembrar que homossexual significa pessoa que sente atração por outra do mesmo sexo, independente do papel que ela desempenha na cama. Além disso, a maioria dos homossexuais apesar de ter sua preferência, não é exclusivamente ativo ou passivo em todos os seus relacionamentos. A maioria, senão todos, já desempenha ou ainda vai desempenhar ambos os papéis.

Segundo o advogado Szklarowsky⁸⁷ (2008);

Na Europa, o movimento em prol da liberação dessa união, encontrou campo fértil, na Dinamarca, Holanda, Noruega, Suécia e em alguns outros países.

Na Dinamarca, a união homossexual é equiparada ao casamento heterossexual, exceto no que diz respeito à adoção, que é proibida, devendo pelo menos um dos parceiros residir permanentemente naquele país e ter nacionalidade dinamarquesa. Essa parceria pode perfeitamente ser registrada. O Código Penal criminaliza a contratação de parceria registrada por quem já for casado ou parceiro. Nesse país, o ex Ministro da Saúde, candidato ao Parlamento Europeu, Torben Lund, casou-se, em cerimônia discreta, presidida, pelo prefeito de Copenhague, com o administrador de empresas, Claus Lautrup.

A legislação norueguesa é semelhante, mas os parceiros podem partilhar do poder familiar ou pátrio poder, o mesmo ocorrendo na Islândia. A Suécia oficializou essas uniões e a França facultou o parceiro beneficiar-se do seguro social. Na Holanda existe a proibição de adoção de crianças pelos parceiros, no entanto faculta a lei a união civil entre homossexuais.

A Associação Americana de Psicologia e outros organismos internacionais excluíram a homossexualidade da lista de doenças mentais.

No Brasil, a situação é bem diferente. A família, na Constituição de 1934, constituída pelo casamento indissolúvel, estava sob a proteção do Estado e condicionava-se à verificação dos impedimentos e no processo de oposição, para sua validade, com observância das disposições da lei, para sua validade, ou seja, do Código Civil de 1916, ainda vigente.

O art. 226 da Carta Magna, de 1988, mais generoso, na conceituação, determina,

⁸⁷ Advogado Leon Frejda Szklarowsky. União entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=173&rv=Direito. Acesso em 10/07/2008.

com ênfase e precisão cirúrgica, que a família é a base da sociedade e os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, somente recebendo a proteção do Estado a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar. Esta é estendida à comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes e nunca pela união entre seres do mesmo sexo.

O Código Civil, em todo título referente ao casamento, faz expressa e indubitosa menção ao marido e à mulher - homem e mulher - o mesmo ocorrendo, nos demais títulos e capítulos pertinentes. O anteprojeto do Código Civil não destoava dessa linha, quando indica que a mulher casada assume a condição de consorte, companheira e colaboradora do marido na direção e nos encargos da família, e realiza-se no momento em que o homem e a mulher expressam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo matrimonial, e o juiz os declara casados.

A Lei 9278, de 10 de maio de 1996, regulamenta o § 3º do artigo 226 da Constituição e consagra, como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

O Código Civil prescreve, no artigo 396, que os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitam para subsistir. Parentes, em linha reta, são as pessoas que estão umas para as outras, na relação de ascendentes e descendentes e, em linha colateral, ou transversal, até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra e cada cônjuge é aliado união entre pessoas do mesmo sexo aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade, que não se extingue com a dissolução do casamento que a originou. Os artigos 396 a 405 disciplinam as obrigações alimentares.

A Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994, regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão e determina expressamente que só 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 5478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. A lei confere igual direito e nas mesmas condições ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

O referido diploma legal não esqueceu a sucessão e rege-a, por inteiro, assim que trata das condições em que tal acontecerá. O companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens, cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes e, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro ou a companheira sobrevivente terá direito à totalidade da herança, contudo o artigo 3º da Lei 8971/94 preconiza que, se os bens deixados pelo autor ou autora da herança resultarem de atividade em que haja colaboração de um ou de outro, o sobrevivente terá direito à metade dos bens. O Decreto – lei 3200, de 19 de abril de 1941, e suas alterações posteriores, dispõem sobre a organização e proteção da família

Para Scalquette (2008): o artigo 1.723 do Código Civil define como sendo 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 constituir família.

Sacalquette (2008, p. 159 – 160), citando Diniz nos diz que: acerca da proteção legal

conferida apenas às uniões de pessoas de sexos diferentes, analisa “desarrazoada eleição do fator sexista para subtrair dos homossexuais os direitos deferidos aos heterossexuais, postura que evidencia discriminação, infringência ao princípio da isonomia e desrespeito à dignidade humana, bem como, de forma reflexa, afronta à liberdade pessoal e sexual”⁸⁸.

Segundo Scalquette (2008, pg. 162 - 163) *in verbis*:

O Projeto de Lei n. 1.151/95, da Câmara dos Deputados, e seu substitutivo, adotado pela Comissão Especial, datado de 10 de dezembro de 1996, tem por objetivo assegurar às uniões homoafetivas o reconhecimento do status de “parceria civil registrada”, para resguardar direitos, especialmente de natureza patrimonial. No entanto, a proposta legislativa ainda não alcançou seus objetivos, estando fora de andamento.

A jurisprudência tem reconhecido a união de fato, como se sócios fossem os parceiros, mas nunca uma entidade familiar, nos termos do conceito que lhe empresta a Constituição e a legislação vigente. Em memorável decisão, acerca de bens deixados por famoso pintor, no Rio de Janeiro, a Justiça decidiu, que, à semelhança de um contrato de sociedade, o esforço e a contribuição do parceiro devem ser levados em conta, na partilha dos bens, proporcionalmente à contribuição para a aquisição ou criação desses bens. Decisão mineira ponderou que a união de pessoas do mesmo sexo não gera direito algum, independentemente do período de coabitação, entretanto o Superior Tribunal de Justiça, pela voz do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, admitiu o direito à partilha de bens adquiridos por parceiros em vista de sua mútua colaboração.

A orientação jurisprudencial do Excelso Pretório, ainda antes da chancela constitucional concubinato, ensina Roberto Rosas, firmou-se no sentido de considerar as conseqüências desta união (entre o homem e a mulher), notadamente quando haja auferimento

⁸⁸ União homossexual: o preconceito & justiça, Porto Alegre: Livr. Do Advogado, 2000, p. 74, *apud*. **Ana Cláudia Scalquete**.

de vantagens, mercê dos esforços de ambos⁸⁹.

O Brasil foi o último país do mundo a abolir a escravidão. A partir deste envolvimento da própria presidência na defesa da cidadania dos gays e lésbicas, tudo leva a crer que não ficaremos na rabeira da história na consolidação dos direitos humanos das minorias sexuais. Apesar de alvissareiro, este corajoso compromisso do governo com a cidadania homossexual terá certamente de enfrentar grandes obstáculos: a primeira oposição vem das igrejas cristãs, da CNBB às denominações evangélicas mais conservadoras, que não escondem seu odioso preconceito anti-homossexual⁹⁰.

Além das igrejas e hierarquias religiosas, outra área a ser mobilizada para aceitar o desiderato governamental a favor da união entre casais do mesmo sexo, é a da educação sexual: somente quando for instituído em todos os níveis escolares cursos de educação sexual científica, é que as novas gerações aprenderão a respeitar a livre orientação sexual dos indivíduos como um direito humano tão fundamental como o respeito à diversidade racial, étnica, religiosa, etc⁹¹.

As reações variaram de repúdios a declarações contra o homossexualismo. O projeto de lei, proposto pela então deputada Marta Suplicy (PT-SP), tramita há mais de seis anos na Casa.

Esses relatos demonstram como o povo e mesmo as pessoas que estão no poder brasileiro ainda tem preconceitos contra o homossexualismo, que ainda é tratado como uma doença que deveria ser combatida as presas para que não se torne uma epidemia.

Por isso muitas propostas de emendas e projetos de leis vem sendo feitos. Abaixo citamos uma proposta de união estável entre casais do mesmo sexo.

Nesse contexto, faz-se mister a releitura do entendimento do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual transcrevemos *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz

⁸⁹ Leon Fredja Leon Frejda Szklarowsky. União entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=173&rv=Direito. Acesso em 10/07/2008.

⁹⁰ Marcelo Cerqueira. Casamento Homossexual. Disponível em www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020514/pri_tem_140502_236.htm. Acesso em 01/08/2008.

⁹¹ Marcelo Cerqueira. Casamento Homossexual. Disponível em www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020514/pri_tem_140502_236.htm. Acesso em 01/08/2008

decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O fenômeno da união estável homossexual está claramente evidenciado e aceito. Cabe então, aos magistrados, advogados e doutrinadores, o entendimento desse fenômeno como parte do meio social para a utilização dos princípios e métodos adequados à defesa dos interesses dessas pessoas⁹².

Com a finalidade de acabar com a discriminação contra os homossexuais, foi criado no Brasil, o Grupo da Bahia e o Grupo Arco Íris. O último é considerado a mais antiga associação de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil, fundado em 1980, registrou-se como sociedade civil sem fins lucrativos em 1983. O GGB é uma entidade organizada para defender os direitos da comunidade homossexual da Bahia e do Brasil, lutando contra qualquer forma de preconceito contra gays, lésbicas, travestis e transexuais.

O grupo organiza diversos encontros e palestras informativas e ajuda as vítimas de discriminação com um serviço de esclarecimento dentro das empresas, já o grupo ARCO Íris, é considerado o maior grupo brasileiro de Conscientização Homossexual da atualidade, trata-se de uma associação civil sem fins lucrativos fundada em 21 de maio de 1993.

O Grupo Arco Íris é pessoa jurídica de direito privado, não tendo vinculação a nenhum partido político, grupo religioso ou qualquer organismo ou entidade cujos fins específicos não digam respeito à conscientização e emancipação homossexual. O mesmo refere-se à crença na pluralidade, ou seja: aceitando as diferenças entre os seres humanos, suas idéias, sentimentos e credos, acreditam que podemos caminhar juntos na construção de um mundo sem preconceito e discriminação em relação à orientação sexual, sobretudo à orientação homossexual⁹³.

Segundo Rui Geraldo Camargo Viana (2000, p. 38) *in verbis*:

⁹² Thiago Batista Freitas. União homoafetiva e regime de bens. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3441. Acesso em 10/10/2008.

⁹³ Disponível em : www.arco-iris.org.br/_prt/grupo/c_grp_missao.php. Acesso em 10/10/2008.

Conclui, ao analisar a questão das uniões homoafetivas, que: “O devenir jurídico da família parece caminhar para a disciplina dos fatos ocorrentes; questiona-se o direito familiar moralista, com regras orientadoras e pedagógicas, devendo tender o legislador, em matéria de relações privada, para uma absoluta neutralidade, limitando-se o Direito a conformar-se aos fatos revelados pelos costumes, daí que não pode fechar seus olhos, o legislador, à realidade que se mostra e clama pelo acesso à legalidade”

Segundo Scalquette (2008, pg. 163) *in verbis*:

(...) As críticas não faltam à ausência de regulamentação legal, mas acreditamos, e até mesmo podemos evidenciar esse movimento na jurisprudência, que, mais uma vez, nos curvaremos à realidade para tutelar situações que precisam ser resguardadas, pois envolvem mais que o indivíduo, envolvem a família e, conseqüentemente, toda a sociedade.

Para Scalquette (2008) já existem algumas decisões no sentido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, elas ainda são poucas, mas demonstram-se mais segurança em garantir o pleito obrigacional, sendo assim, o juízo competente não será o da Vara de Família, mas o da Vara Cível comum, pois será reconhecida a sociedade de fato entre os companheiros homossexuais, sendo que os direitos serão assegurados e os efeitos garantidos.

Segundo Scalquette (2008, pg. 158) *in verbis*:

Há uma abertura nas discussões que envolvem o tema, e, se o ordenamento jurídico ainda não reconheceu essas uniões, acabará, fatalmente, tendo que fazê-lo, pois não há como negar o que existe, é fato. Por sua vez, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º XXV, garante que a lei não excluirá

da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ou seja, os conflitos no mundo fático devem ser solucionados.

Tomando como base o princípio fundamental da isonomia, que prega que todos são iguais perante a lei, os homossexuais alegam ser inconstitucional a lei que reconhece como entidade familiar a união estável, se formada entre um homem e uma mulher, pois esta ignora as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Para os homossexuais a única diferença entre esses dois tipos de entidades familiares é que na união estável homossexual inexistente o objetivo da procriação, não servindo, assim, de fundamento para a diferenciação levada a efeito, pois a capacidade procriativa não é elemento essencial para que se conceda proteção legal a um par. Dessa forma, pretendem mostrar no quão discriminatória se configura tal lei, não respeitando nem os princípios da liberdade individual que a todos, sem distinção, é facultado.

CONCLUSÃO

A convivência entre homem e mulher, sem formalização oficial, sempre existiu e cremos que nunca deixe de existir um dia.

Com a evolução do Direito de Família, à união estável encontrava-se incoerentemente à margem do nosso ordenamento, em virtude de preconceitos retrógrados em comparações indignas com o matrimônio, não estava em harmonia com a Ciência Jurídica, qual seja, proteção da sociedade, justiça e respeito.

A regulamentação da união estável possui muitas lacunas, sendo que com isso dificulta a eficácia das decisões. A Lei de 9.278/96, trouxe mais coerência quanto ao reconhecimento da união estável, com suas características, direitos e deveres, assim como no tocante à sucessão.

O Novo Código Civil de 2002, em relação à sucessão mudou bastante, em comparação com as Leis de 1994 e 1996, pois o convivente passa a concorrer com os colaterais, o que antes, seria terceiro na ordem de vocação hereditária.

Em relação à conversão da união estável em casamento, o Código Civil comprometeu o preceito constitucional de facilitação de tal, mesmo porque, pela legislação vigente, seria muito mais fácil casar-se civilmente a converter essa união, mediante a burocracia de sujeitar-se a procedimento judicial e desvantagens a respeito o Código Civil de 2002, completou as falhas anteriormente verificadas, mas ainda há muitas controvérsias a serem sanadas.

Temos legalmente três tipos de família: aquela que decorre do vínculo matrimonial; a originária união estável e a que se denomina família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, prevista no § 4 do art. 226 da CF.

Os requisitos para se estabelecer uma união estável, são: relação continuativa duradoura, com prazo mínimo de convivência, prazo este que pode ser menor caso haja filhos deste relacionamento e que todos reconheçam.

A convivência pública e duradoura, porque não pode ser às escondidas, tem que ter o conhecimento do público e tem que ser contínua.

Havendo assim, o objetivo de uma constituição de família, ou seja, os conviventes tem que ter o ânimo de constituir uma família, de ter filhos, enfim, de formar uma entidade familiar.

Os bens havidos na constância da união estável, a título oneroso pertencem a entidade familiar, devendo, no caso de dissolução, ser dividido entre os conviventes, assim como na separação dos que casaram sob o regime da comunhão parcial de bens.

Com a Constituição Federal de 1988 e o advento das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os membros da união estável passaram a Ter os mesmos direitos e deveres daquelas que se casam civilmente, ou seja, devem receber o mesmo tratamento igualitário por parte do estado e da sociedade o casal que vive como se fossem "marido e mulher".

Deixando claro os direitos e deveres dos conviventes que se assemelha ao matrimônio, no caso de assistência moral e material, o sustento e educação dos filhos comuns, e o respeito mútuo, que se tem no casamento. Não esquecendo da obrigação de alimentar que é obrigatório aos conviventes. Mesmo após a dissolução da união estável, existe a razão de se fazer em razão da solidariedade.

Como nem tudo é absoluto: a única diferença que há entre o casamento e a união estável é que a prova no casamento é pré constituída, através da certidão de casamento, enquanto na união estável a prova é pós constituída.

É necessário que aprendamos a conviver com as diferenças, fazendo com que, independentemente de credo político ou religioso, preferência sexual, pudores morais ou filosóficos todos possam ter a sua dignidade e direitos respeitados. Enquanto pregamos igualdade de direitos e pluralismo e na prática, por preconceito ou qualquer outra razão, excluirmos do exercício da cidadania este ou aquele cidadão, certamente não estaremos praticando a verdadeira e tão almejada democracia.

A nossa Constituição de 1988, passou a reconhecer a união estável como entidade

familiar, e, dessa particular postura do legislador constituinte, nasceu a necessidade da edição de leis que regulamentassem os novos dispositivos constitucionais, disciplinando o ordenamento jurídico nacional, carente até então de leis que bem regulassem as referidas matérias. Surgiram, então, duas leis federais de enorme importância, que vieram reger o instituto união estável. A Lei nº 8.971/94 e a de nº 9.278/96. O primeiro diploma, dispôs sobre os alimentos, sucessão e meação de bens entre companheiros, e o segundo documento legislativo, muito embora haja derogado parcialmente algumas disposições da primeira, tratou sobre alimentos e à partilha dos bens entre os conviventes.

O Código Civil de 2002, revogou as leis; passando a regulamentar totalmente os efeitos atinentes ao instituto da união estável na sociedade brasileira, disciplinando todo o conteúdo sedimentadamente construído pela jurisprudência, no decorrer da história do ordenamento jurídico nacional.

Como referido, o novo Código Civil — Lei 10.406/02, passou então a tratar sobre a união estável e o concubinato como institutos diferentes. Sendo empregado o instituto união estável para uniões entre homem e mulher sem impedimento matrimonial, denominado pela doutrina como concubinato puro.

Por força da equiparação constitucional, assim como no casamento, os companheiros terão certos direitos e deveres na união estável. O novo Código Civil traz seis deveres: dever de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

O direito aos alimentos subsistirá enquanto o alimentado não constituir nova união ou casar-se. Essa é uma questão muito discutida pela doutrina e jurisprudência.

Os companheiros terão as relações patrimoniais regidas pelo regime parcial de bens, salvo se estipularem outro regime patrimonial em contrato escrito. Neste contrato escrito os companheiros poderão inserir cláusulas para regularem situações patrimoniais ou não patrimoniais, como por exemplo, as denominadas questões pessoais. O contrato escrito que dispõe o artigo 1.725 é chamado de contrato convivencial.

Atendendo ao comando constitucional, o novo Código Civil traz no artigo 1.726 a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Os companheiros farão o

requerimento ao juiz e se houver o deferimento judicial será feito o conseqüente assento no Registro Civil. O legislador proporcionou aos companheiros uma maneira menos formal e mais rápida, para que possam se adequar à lei e, por conseguinte, valer-se da condição de casados.

Quanto à sucessão na união estável, o artigo 1.790 do novo Código Civil dispõe que serão objetos de partilha, os bens adquiridos onerosamente na constância da união pelos companheiros. Nos incisos do artigo citado, o Código traz a concorrência do companheiro sobrevivente com os filhos comuns, com os descendentes do autor da herança, com outros parentes sucessíveis e quando no direito da totalidade da herança.

Portanto, conseguimos chegar aos objetivos deste trabalho que foi o de identificar quais são os direitos do companheiro que vivem em união estável na sucessão, esta união estável que só foi reconhecida com a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, caput, estabeleceu que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção quanto a necessidade de vínculo matrimonial para a efetivação desta proteção. Como a nossa Carta Magna é magnífica ela não ficou só no caput do referido artigo não ela nos abrilhantou com o seu § 3º este que elevou as uniões estáveis entre o homens e mulheres ao status de entidades familiares, assim como a família oriunda do casamento.

Mesmo assim com todo amparo legal pela Constituição Federal de 1988, pessoas conservadoras e adeptas da formalidade matrimonial que censuram o Código Civil de 2002, porém, a união estável é uma realidade fluída e que merece todo o apoio da sociedade.

Observamos muitas falhas no Código Civil de 2002 em relação a união estável para que possam pleitear a sucessão ao companheiro. Essas precisam ser remediadas, pois elas ferem as uniões constituídas fora do matrimônio.

Concluimos que o Código Civil de 2002, fundamentalmente seu artigo 1.790, este que representou um grande retrocesso no direito sucessório dos companheiros, pois diminuiu a proteção que antes os companheiros tinham obtido com as leis 8.971/94 e 9.278/96, pois diminuiu o vasto direito sucessório daqueles que vivem em união estável, sendo assim o Código Civil de 2002, colocou os companheiros em posição muito inferior em relação aos cônjuges no âmbito do direito sucessório entre ambos.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

- SCALQUETTE, Ana Cláudia S. União estável/ Ana Cláudia S. Scalquette. – São Paulo: Saraiva, 2008, - (Coleção prática do direito / coordenação Edilson Mougnot Bonfim).
- VADE MECUM. (Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, 4ª edição atualizada e ampliada 2007).
- VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil : direito de família / Sílvio de Salvo Venosa. – São Paulo : Atlas, 2001. – (Coleção direito civil; V. 5).
- VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil : direito das sucessões / Sílvio de Salvo Venosa. – São Paulo : Atlas, 2001. – (Coleção direito civil; V. 6).
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.6 : direito das sucessões / Maria Helena Diniz. – 20. ed.– São Paulo : 2006.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.5 : direito de família / Maria Helena Diniz. 19 ed. – São Paulo : 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: direito das sucessões, volume 7 / Sílvio Rodrigues. – 26. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: direito das sucessões, volume 7 / Sílvio Rodrigues. — São Paulo: Saraiva, 2008.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: direito de família , volume 6 / Sílvio Rodrigues. Ed.– São Paulo: Saraiva, 2004.
- Bíblia Sagrada, Ave-Maria, 49ª Ed.Edição Claretiana – 2004, São Paulo.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, Miniaurélio, português, 4 ed. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- MEZZAROBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa no direito / Orides Mezzaroba, Cláudia Servilha Monteiro. – 3. Ed. Rev. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- ANDRADE, Maria Margarida de. Redação Científica – elaboração de TCC passo a passo/Maria Margarida de Andrade. – São Paulo : Factash Editora, 2007.
- ISKANDAR, Jamil Ibrahim. Normas da ABNT: comentadas para trabalhos

científicos./Jamil Ibrahim iskandar. 2ª Ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

SITES ELETRÔNICO

→www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=696-47k, disponível em 16/03/2008.

→www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2004/espaco45jul/0dicashtm-17k-, disponível em 16/03/2008.

→jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=57-25k-, disponível em 16/03/2008.

→www.clubedobebecom.br/palavra%20dos%especialistas/df-10-03.htm-13k- disponível em 16/03/2008.

→www.escriptorio.com/webnews/noticia.php?idnoticia=5663&-33k disponível em 16/03/2008.

→www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/artiele/viewpdfintertitil/373/450, disponível em 16 de março de 2008.

→<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=3033>, disponível em 19/03/2008.

→www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertações/Integra/VaniraFontesFeitoza.pdf, disponível em 19/03/2008.

→jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=545, disponível em 19/03/2008.

→<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=1>, disponível em 19/03/2008.

→nto.tudosobre.org/união-estável/o-que-e-uniao-estavel.html, disponível em 19/03/2008.

→www.geniodalampada.com/trabalhos_prontos/direito05.htm, disponível em 19/03/2008.

→www.facs.br/revistajuridica/edição_agosto2005/discente/disc_01_pos.doc, disponível em 19/03/2008.

→<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>, disponível em 19/03/2008.

→jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=548, disponível em 19/03/2008.

→jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5526; disponível em 20/04/2008.

→<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4784>, disponível em 20/04/2008.

- www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc2002/arti_inacio.pdf, disponível em 20/04/2008.
- pt.oboulo.com/a-disparidade-que-há-no-direito-sucessorio-dependendo-do-regime-22060.html, disponível em 20/04/2008.
- www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=435, disponível em 20/05/2008.
- www.fema.edu.br/cursos/graduação/dir/tcc2005/Nilson.pdf, disponível em 20/05/2008.
- jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213&p=2, disponível em 20/05/2008.
- jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3441, disponível em 10/10/2008.
- www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm, disponível em 20/05/2008.
- www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=904, disponível em 20/05/2008.
- www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=452, disponível em 20/05/2008.
- jusvi.com/artigos/2227, disponível em 20/04/2008.
- www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/JO_160908_09.pdf, disponível em 20/05/2008.
- www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504, disponível em 20/05/2008.
- www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1903, disponível em 20/10/2008.
- Agravado de Instrumento nº 70017169335, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, oitava Câmara Cível, julgado em 08/03/2007, DJ de 16/03/2007.
- Agravado de Instrumento nº 386.577-4/3, Relator Des. Magno Araújo, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 02/06/05.
- www.correioforense.com.br/anexos/publicações/fl176988426882.doc; disponível em 20/05/2008.
- Agravado de Instrumento n. 451.895-4/2, Relator: Des. João Carlos Saletti, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26.06.06.
- www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=20286, disponível em 20/05/2008.
- jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2029, disponível em 20/06/2008.
- Nova Regulamentação da União Estável Inovações da Lei 9.278/96. Associação Paulista de Magistrados, disponível desde junho de 1996.
- www.professorsimao.com.br/artigos_convitados_renato.htm, disponível em 20/06/2008.

→kplus.cosmo.com.br/matéria.asp?com=173&rv=Direito, disponível em 10/07/2008.

→www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020514/pri_tem_140502_236.htm, disponível em 01/08/2008.

→www.arco-irirs.org.br/_prt/grupo/c_grp_missao.php, disponível em 10/10/2008.