

FACULDADE DA FUNDAÇÃO UNIRG DE GURUPI-TO

CURSO DE DIREITO

ENES BORGES DE MENDONÇA

**MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL
RELACIONADAS AO CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL
E A INSERÇÃO DE AMBOS NA SUCESSÃO**

GURUPI - GO

2008

FACULDADE DA FUNDAÇÃO UNIRG DE GURUPI-TO

CURSO DE DIREITO

ENES BORGES DE MENONÇA

**MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL
RELACIONADAS AO CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL
E A INSERÇÃO DE AMBOS NA SUCESSÃO**

Monografia apresentada a Faculdade de Direito da
Fundação UNIRG de Gurupi-To, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a
orientação do Prof. _____.

GURUPI-TO

2008

ENES BORGES DE MENDONÇA

**MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL
RELACIONADAS AO CASAMENTO E A UNIÃO ESTAVEL
E A INSERÇÃO DE AMBOS NA SUCESSÃO**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO UNIRG DE GURUPI-TO.

RESULTADO:_____

Orientador_____

Titulação/nome

2ºExaminador_____

Titulação/nome

3ºExaminador_____

Titulação/nome

Gurupi-To., de Dezembro de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus filhos Jade, Jessé e Gabriela, pois é visando garantir a eles um futuro melhor, que estou ingressado nesta jornada e mesmo diante de lutas e dificuldades consegui chegar até aqui, com a certeza de mais uma vitória alcançada e da missão cumprida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
11-CASAMENTO E UNIAO ESTAVEL.....	04
1.1 Evolução Histórica do Casamento e da União Estável.....	06
1.1.1 Direito Romano.....	06
1.1.2 Direito Brasileiro.....	07
1.2 Evolução dos Direitos Sucessórios.....	07
2 - CASAMENTO E SEUS EFEITOS.....	11
2.1 Conceito de Casamento.....	11
2.2 Efeitos do Casamento e Responsabilidade dos Cônjuges.....	12
2.2.1 Efeitos Jurídicos do casamento.....	12
2.2.2 Efeitos Sociais do casamento.....	13
2.2.3 Efeitos Pessoais do Casamento.....	13
2.2.4 Efeitos Patrimoniais e Assistenciais do Casamento.....	14
2.3. Regimes de Bens.....	15
2.3.1 Regime de Comunhão Parcial.....	15
2.3.2 Regime de Comunhão Universal.....	16
2.3.3 Regime de Participação Final nos Aquestos.....	17
2.3.4 Regime de Separação de Bens.....	17
3- UNIÃO ESTÁVEL.....	18
3.1 Conceito de União Estável.....	18
3.2 Obrigações do Cônjuge.....	20
3.3 Diferença entre a União Estável e o Concubinato.....	21
3.4 União Estável e o Concubinato Impuro.....	22
3.5 União Estável e Casamento.....	23
4- INOVAÇÕES SOBRE SUCESSÃO NA UNIÃO ESTAVEL E CASAMENTO.....	25
4.1 Direitos Sucessórios.....	26
4.2 Sucessão em Geral.....	28
4.3 Sucessão em Geral.....	29
4.4 Sucessão do Cônjuge.....	30
4.5 Sucessão do Companheiro.....	34
4.6 Estatuto da Mulher Casada.....	37
4.7 Projeto de Lei N°.6.960/02.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo o estudo das mudanças na concepção de família regulamentada pela Constituição de 1988, e ainda as trazidas pelo Novo Código civil referentes ao casamento e ao reconhecimento da União estável como instituição familiar, bem como a elevação do cônjuge ao rol dos herdeiros necessários e as diferenças e desigualdades que ainda perduraram entre o cônjuge e o companheiro da união estável.

Palavras - Chaves: *Mudanças, Casamento, União Estável, Sucessão.*

RESUMEN: *Este trabajo se alcanza para el estudio de los cambios en el diseño de la familia en la Constitución de 1988, y todavía interpuesto por el Nuevo Código Civil relativa al matrimonio y el reconocimiento de la unión como una institución familiar estable, y el levantamiento de la cónyuge A la lista de herederos necesarios y las diferencias y desigualdades que han durado entre el esposo y la parte de la unión estable.*

Palabras clave: Cambios, el matrimonio, la Unión estable, sucesión.

INTRODUÇÃO

Para elaborar essa monografia, foram realizadas pesquisa bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial, baseada em códigos, doutrinas e na Constituição Federal, pois é essencial ao estudo do direito fundamentar-se nas leis onde estão documentadas as experiências já registradas. Serão também confrontados os dados referentes aos temas em pauta no decorrer da evolução histórica do casamento e da união estável, bem como os direitos adquiridos por ambos diante do ordenamento jurídico vigente.

A pesquisa iniciará observando o fato de que, nas sociedades ocidentais a noção de família está predominantemente ligada à idéia de um casal e seus filhos, isto é, à família nuclear. Família esta, formada por relações sociais espontâneas, afetuosas e complexas, onde os indivíduos compartilham suas experiências e assumem mutuamente os deveres morais e sociais em relação aos demais membros do grupo familiar.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio deu novo conceito à concepção de família no campo jurídico, trazendo ao lado daquela criada pelo casamento, o reconhecimento de outras instituições familiares, como, por exemplo, a união estável entre o homem e a mulher.

Neste contexto o tema abrangido por esta monografia é de profunda relevância social, pois trata da instituição primeira, ou seja, da pedra fundamental onde se alicerça a sociedade. Assunto este, que mexe com os interesses da família e provocam conflitos em seu seio como são os aqui abordados, por isso devem merecer estudos aprofundados por parte daqueles que dizem o direito, para que em nome da tutela de um não se faça injustiça a outrem.

Por isso, este trabalho abordará as inovações que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Direito de Família, outrora um complexo normativo regulador da celebração do casamento, de sua validade e de seus efeitos, bem como de sua dissolução. Campo este, que hoje se modifica vertiginosamente, abraçando temas como: a sucessão dos cônjuges e do companheiro da união estável que foi elevada ao quadro de instituição familiar.

Será analisada também a situação do Direito de Família no Projeto do novo Código Civil, que também foi alterado com, a promulgação da Carta de Direitos de 1988 influenciando a dogmática constitucional, que seguiu a construção doutrinária e jurisprudencial de então, e ampliou também o conceito de família, nele inserindo a união estável entre um homem e uma mulher e a família mono parental que não será discutida neste trabalho. Com isso, a legislação passou a tutelar e a garantir os direitos inerentes ao companheiro da União estável.

Mostrando que o próprio diploma civil se encarregou de trazer o conceito da União Estável, no art. 1.727, (in verbis): dispondo que "*é reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*". Dessa forma, configura-se tal união quando presentes os requisitos de diversidade de sexos, estabilidade ou duração prolongada, e ainda, inexistindo impedimentos matrimoniais.

E com o advento do reconhecimento da União estável como instituição familiar faz-se necessário salientar a importância dos aspectos sucessórios desse instituto no mundo das sucessões, que busca regulamentar a transmissão do patrimônio de uma pessoa morta aos seus herdeiros, na espécie, quando se tratar de membro de união estável.

Portanto a nova abrangência da intuição familiar, segundo o que assevera o novo Código Civil em observância ao art. 226 da Constituição Federal, põe fim às expressões discriminatórias do Código de 1916 que se referia a família legítima, como sendo aquela formada pelo casamento, a única que gozasse de proteção especial do Estado. E como definição utiliza-se, a expressão família ou entidade familiar para designar aquelas formadas pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, bem com as uniões contínuas e duradouras.

Uma vez que a carta constitucional vigente no Brasil decretou a igualdade entre a união estável, ou concubinato puro e o casamento, sendo conferido praticamente os mesmos direitos para os companheiros e cônjuges.

É preciso enfatizar que a definição de união legal é a celebrada com a observância das formalidades exigidas na lei, e união estável é uma relação em que às

pessoas se unem com o propósito de constituírem família, compartilhando interesses e sentimentos.

Mas apesar de a Constituição Federal ter inserido a União Estável no âmbito do Direito de Família, modificando as construções jurídicas que a descreve como sociedade de fato, não estendeu seu amparo legal quanto aos direitos sucessórios. Sendo assim, necessário a criação de leis para regulamentar o assunto.

Com a finalidade de regulamentar o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, foi editada a Lei nº. 8.971/94, no entanto, essa Lei foi redigida com má técnica e não alcançou o patamar desejado dentro do sistema jurídico brasileiro. Por isso foi necessário o surgimento da Lei nº. 9.278/96, cerca de dois anos depois para que se regulamentasse o assunto referido no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que se refere à dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, dizendo que o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

No mesmo sentido o Novo Código Civil instituído pela Lei nº. 10.406 que entrou em vigor em janeiro de 2002 trouxe inovações ao assunto em pauta, mas é necessário verificar ainda as mudanças e os impactos ocorridos no Direito Sucessório dos companheiros, fazendo um paralelo entre a Lei nº. 8.971/94 e a Lei nº. 9.278/96 que tratavam da matéria e analisar se realmente o novo Código Civil garantiu os direitos já conquistados ou se os suprimiu.

Por isso é de bom alvitre trazer a baila outra questão ligada a este assunto, que diz respeito ao direito real de habitação, previsto pela Lei nº. 9.278/96, sobre o imóvel de residência do casal. Pois o novo Código Civil previu este direito, mas o fez somente para o cônjuge, não contemplando o companheiro.

Por fim o que se pretende ressaltar é que o dogma de família constituída pelo casamento ainda se sobrepõe aos da família de fato, pois apesar da legislação ter incluído a união estável no conceito familiar, o companheiro não conseguiu alcançar os mesmos direitos que o cônjuge.

1. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

A presente pesquisa tem por objeto um dos temas mais amplos e férteis do campo do direito civil, por isso esta monografia inicia-se fazendo considerações gerais sobre o assunto e posteriormente apresentando a evolução histórica sobre o casamento e a união estável, o seu conceito, as denominações recebidas, passando pelo concubinato puro e impuro, fazendo ainda um paralelo entre o casamento e a união estável e quais os seus requisitos, e ainda entre a união estável e o concubinato.

A família é a célula primeira que alicerça os pilares do Estado sendo, portanto anterior ao Direito. É algo natural que emerge de um instinto também natural, pela aproximação biológica das pessoas, que se entrelaçam sentimentalmente estruturando-se em sociedade.

Quer seja por meio do casamento, com toda sua formalidade e por isso mais aceito por parte dos conservadores, ou através da união estável que é um instituto que sempre existiu, mas que só ganhou maior apreço e notoriedade com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo tratada de maneira particular e individualizada no Novo Código Civil.

Porém, para se distinguir a União estável é necessária à observação de um requisito fundamental: que seja entre sexos opostos, pois não se aplica à união homossexual as normas atinentes à união estável, uma vez, que constituem sociedade de fato, com possibilidade de partilha de bens adquiridos em comum, que devem ser administrados em condomínio, regulamentados pelo direito das obrigações, por isso não será discutido nesta monografia.

Será tratada ainda, a inclusão do cônjuge supérstite e do companheiro da união estável na ordem de vocação hereditária, apresentando conceito de sucessão e origem histórica. Expondo, portanto noções básicas sobre os principais pontos abordados no tema, suas controvérsias e lacunas na lei, como se vê na citação que se segue:

Hironaka, (2003, p.215), “o novo Código Civil, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes – que continuam a compor a primeira e a segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar”.¹

Não se pode negar que o novo código civil trouxe grandes inovações no campo dos Direitos Sucessórios, principalmente quando se trata das diferenças entre a sucessão dos cônjuges e dos conviventes. Pois na legislação anterior (1916), os cônjuges estavam colocados em terceiro lugar na sucessão hereditária, e com sistema atual passaram a integrar a classe dos herdeiros preferenciais, concorrendo com descendentes ou ascendentes do falecido, desde que não estivessem separados judicialmente, nem de fato há mais de dois anos quando da abertura da sucessão.

O cônjuge supérstite foi contemplado com a condição de herdeiro necessário com o advento do Novo Código, porém o mesmo não ocorreu com o companheiro, que em alguns pontos ficou bastante prejudicado. As desigualdades são notáveis, e serão abordadas especificamente no decorrer desta pesquisa.

Já que é notório que o novo Código Civil previu esta condição somente para o cônjuge, não contemplando o companheiro. O caput (cabeça) do art. 1.790 do Código Civil diz que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições que apresenta, em seus quatro incisos.

Assim, diante deste preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar à outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em todos os casos, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Outra mudança trazida pelo novo código civil no campo das sucessões, foi que passou a se admitir a morte presumida para a abertura da sucessão, por meio de sentença que reconheça a morte do autor da herança.

¹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Volume 20. Pagina 215. 2003. Saraiva. SP.

1.1. Evolução Histórica do Casamento e da união Estável

1.1.1. Direito Romano

Na Roma antiga, existiam várias formas de união entre o homem e a mulher para a constituição de uma família. Eram elas: “*iustae nuptiae ou sine manu*” (a mulher se casava, mas continuava sob o poder do paterfamilias, ou seja, do chefe da sua família), que era o casamento dos cidadãos romanos pelo “*jus civile*” (Direito positivo), que foi o alicerce para a constituição da família e da sociedade romana; havia também o casamento entre romanos e peregrinos e destes entre si, que não era regulado pelo “*jus civile*”, mas sim pelo direito nacional de estrangeiros ou pelas regras do “*jus gentium*” (Direito natural).

Entre os escravos havia a união de fato, conhecida com o nome de “*tubernium*”, entretanto neste caso, não surtia efeitos jurídicos. E só a partir do reinado de Justiniano passou-se a reconhecer alguns efeitos jurídicos inerentes ao parentesco originado dessas uniões que se chamava “*cognatio servilis*” (conhecimento, escravo).

Existia por fim o concubinato, que regulamentava a união estável de homem e mulher solteiros e livres como se estes fossem casados. Nesta época o concubinato não era proibido muito menos atentatório à moral.

1.1.2. Direito Brasileiro

O conceito de família passou por diversas mudanças no decorrer da história, a exemplo disso, a Constituição Federal de 1824 não fez menção à família, nem tão pouco ao casamento. Já a Constituição de 1891 não dedicou um capítulo especial à família, porém reconheceu apenas aquela instituída mediante o casamento civil. Assim, durante muito tempo o casamento foi considerado como única forma legítima para a constituição de família. Conceito este que foi mantido nas Constituições Federais posteriores.

Para o direito brasileiro tradicional a família constituía-se de pais e filhos unidos a partir do casamento que era regulado pelo Estado. Mas diante das revolucionárias mudanças no mundo contemporâneo, onde se estabeleceu o reconhecimento dos direitos humanos, enaltecendo a dignidade e repugnando o preconceito e os tratamentos desiguais, tornou-se necessária uma legislação que correspondesse aos anseios sociais de nosso tempo.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, o conceito de família tradicional tornou-se obsoleto e inaplicável, ganhando feições de ordem diversa proporcionadas pelas mudanças e transformações ocorridas ao longo do tempo na sociedade. Portanto, a família que era principalmente de caráter patriarcal e hierarquizado deu lugar à família moderna onde a importância maior é dada ao afeto, à solidariedade e a cooperação.

1.2. Evolução dos Direitos Sucessórios

O Direito sucessório tem suas raízes na Grécia e na Índia, onde a religião predominava e exercia papel bastante importante para a relação familiar. Pois se tinha por família aqueles que cultuavam os mesmos deuses, devendo o herdeiro, normalmente na linha masculina, conduzir a cerimônia e dar continuidade ao culto prestado. Portanto, não se falava em sucessão a título de patrimônio, mas da administração da família e da propriedade, bem como do culto familiar:

Hironaka,(2003,p.4) *“Não é a propriedade que por essa época se transmite, mas tão-somente a administração e a condução do culto familiar é que passam para o herdeiro, acompanhadas da administração da propriedade, que se fundamenta e justifica na existência física do altar doméstico naquele local”.*²

Mais tarde, porém os romanos reformularam os Direitos Sucessórios, apresentando, então nova ordem de vocação hereditária, qual sejam os descendentes, os ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs germanos, consangüíneos ou uterinos, os

² Ibidem. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. 2003. Pagina 04 e 05.

outros colaterais, o cônjuge supérstite e, ainda o fisco como beneficiário da herança vacante.

Portanto inclusão da esposa no rol dos herdeiros não se trata de uma inovação do direito civil, pois Giselda Hironaka nos ensina que na Roma antiga isso ocorreu com o advento da Lei das XII tabuas:

Hironaka,(2003,p.5) *“Com a Lei das XII tabuas, passou-se a prever três classes de herdeiros para a hipótese sem disposição de última vontade. A primeira delas sui Heredes, era composta por (aqueles pessoas) que se encontravam sob o poder do pater(chefe da família) e que se tornavam sui iuris(pessoa que se torna capaz) com sua morte, aí compreendidos os filhos, homens ou mulheres, a esposa sujeita ao poder marital.”*

A legislação brasileira anterior ao Código Civil de 1916, sofreu influencia da codificação francesa, que previa linha de vocação hereditária composta pêlos descendentes, ascendentes e colaterais até o 10º grau, ao passo que o cônjuge sobrevivente vinha em penúltimo lugar, antecedendo apenas o fisco. Porém, a Lei nº. 1.839 de 1907 inverteu a posição do cônjuge sobrevivo com os colaterais, reduzindo-os ao 6º grau, mudança que foi mantida pelo Código Civil de 1916. O Decreto-lei nº. 9.461 de 1946, também caminha no sentido de melhorar a condição do cônjuge na classificação de herdeiro, por isso limitou até o 4º grau o chamamento dos colaterais à sucessão.

Nas Ordenações reinol, a lei classifica os sucessores do de cujus da seguinte forma: os descendentes em primeiro lugar, e a seguir os ascendentes. Conforme era estabelecida no Livro IV, Título 96 das Ordenações como se vê na citação que se segue:

“Quando algum homem casado, ou sua mulher, se finar, deve o que ficar vivo dar partilha aos filhos do morto se os tiver. E não havendo aí filhos, dará partição aos netos, ou outros descendentes do defunto, ou aos ascendentes, se descendentes não tiver”.

Nesta legislação o cônjuge sobrevivente só era chamado à sucessão, após os colaterais de décimo grau, ou seja, sua participação como herdeiro era praticamente impossível.

Já o Livro IV, Título 94 das Ordenações dispunham sobre a sucessão da seguinte forma (in verbis):

“Falecendo homem casado ab intestato (sem deixar testamento), e não tendo parente até o décimo grau, contado segundo o Direito Civil, que seus bens devam herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda (tida e mantida), como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com quem estava em casa manteúdo, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau”.

Porém, foi o evento da Lei Feliciano Penna – Decreto nº 1.839 de dezembro de 1907, que alterou o quadro hereditário dentro do âmbito de direito de família, colocando o cônjuge sobrevivente adiante dos colaterais no chamamento da herança, passando então os colaterais a ocupar o sexto grau na condição de herdeiros. Conforme o art. 1º citado a seguir:

Art. 1º - “Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato (sem testamento) ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até o sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, se o de cujus (defunto) for domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver domicílio em território não incorporado a qualquer delas”.

Entretanto esta modificação da vocação hereditária só perdurou até o Código Civil de 1916 que recepcionou a referida mudança, no entanto, o Decreto-lei nº 9.461 de 15 de julho de 1946 novamente mudou esse direito, estabelecendo que fosse chamado a suceder os colaterais até o quarto grau. Já com o novo código civil concedeu ao cônjuge a condição de herdeiro legítimo junto aos descendentes e ascendente, e a frente dos colaterais.

2. CASAMENTO E SEUS EFEITOS

2.1. Conceitos de Casamento

Casamento é a celebração de um contrato solene de união entre um homem e uma mulher visando uma plena comunhão de vida, tendo como base na igualdade de direitos e obrigações, conforme trata o artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro.

E Maria Helena Diniz, (2006, p.41) diz que “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Portanto, é a forma tradicional de constituição da família, podendo ser civil, ou religioso com efeitos civis. E o Estado se encarrega de fazer o controle para verificação de possíveis impedimentos, por meio dos cartórios de registros civis. Está no rol dos contratos, por se tratar de acordo de vontades expressado mediante consentimento dos nubentes, sendo lavrada em cartório à declaração de vontade dos mesmos. Conforme preleciona:

Rodrigues, (2004.p.19) conceitua-o da seguinte forma, "*Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência*".³

³ Silvio Rodrigues. 2004. Volume 06. Editora Saraiva. Pagina 19.

2.2. Efeitos do Casamento e Responsabilidade dos Cônjuges

2.2.1. Efeitos Jurídicos

Com o casamento nasce uma série de efeitos jurídicos, uma vez que se trata de um pacto de vontades regulamentado por um contrato social, com o intuito de formação de uma nova instituição familiar segundo interpretação de doutrinadores com:

Rodrigues (2004. Pagina 117), preleciona que do casamento se irradia uma série de efeitos, “mas, de todo o sistema normativo, extraem-se os diversos efeitos, aqui classificados em: efeitos sociais, efeitos pessoais e efeitos patrimoniais, embora entre eles, por vezes os institutos e resultados se interligam”.

No decorrer da pesquisa fica claro a igualdade de direitos e deveres inerentes à família por ambos os cônjuges, uma vez que a legislação vigente acabou com o conceito patriarcal que dominou durante séculos o pensamento de nosso povo, que via no pai de família o único responsável pela manutenção e sustento da casa e da prole. Assim sob a égide de um novo milênio, onde a mulher adquiriu também a sua independência igualando se ao homem, a responsabilidade familiar passa a ser mútua, conforme leciona Rodrigues e os doutrinadores citados a seguir.

Rodolf Madalene “[...] com o casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e, assim, responsáveis pelos encargos da família. A sociedade conjugal constitui uma unidade jurídica que se faz titular do domínio dos bens que compõem o seu patrimônio, assim compreendida a massa dos bens conjugais, que não se confunde com os bens particulares e individuais dos sócios conjugais”.

*Veloso (1997, p.81), “O casamento desencadeia muitos efeitos econômicos, para o sustento do lar, para as despesas comuns, para atendimentos dos encargos da família, incluída nesta rubrica a manutenção da casa, a compra de coisas necessárias à economia doméstica, para o sustento, guarda e educação dos filhos”.*⁴

⁴ Ibidem, Silvio Rodrigues. 2004. Pagina 122 e 123.

2.2.2. Efeitos Sociais do casamento

Os efeitos sociais provocados pela celebração do casamento ocorrem na medida em que se modifica o estado civil dos cônjuges e com a formação de uma nova família, conforme nos ensina o renomado doutrinador Silvio Rodrigues.

Rodrigues, (2004, p.122 e 123) “antes mesmo de tratar da repercussão do casamento para os partícipes desse instituto, faz-se o registro de que o matrimônio irradia seus efeitos também perante a sociedade. De um lado, cria a família e, de outro, modifica o estado civil dos cônjuges com eficácia erga omnes” (para todos).

2.2.3. Efeitos Pessoais do casamento

Além da mudança do estado civil o casamento traz outros efeitos pessoais como: a comunhão de vida entre os consortes, onde homem e mulher assumem mutuamente a condição de companheiros e responsáveis pela manutenção e educação familiar; o nubente é autorizado a aditar ao seu o patrimônio conjugal; estabelece o vínculo entre o cônjuge e os parentes do outro; gera emancipação; e ainda concede ao viúvo direito sucessório.

2.2.4. Efeitos Patrimoniais e Assistenciais do Casamento

Os efeitos patrimoniais do casamento são solucionados pelo regime de bens estipulado pelos cônjuges, quando da celebração do matrimônio e em função do qual haverá ou não participação de um sobre o patrimônio do outro e naquele adquirido no decorrer do casamento conforme leciona Rodrigues.

Rodrigues, (2004, p.125) “*O casamento estabelece entre os cônjuges um regime de bens, em função do qual haverá ou não participação de um sobre o patrimônio do outro e/ou sobre o acervo adquirido na constância da união, dependendo da opção manifestada pelas partes ou da imposição da lei em casos específicos ou no silêncio dos interessados*”.

No concernente a assistência recíproca entre os cônjuges existe além do dever mutuo de assistência material às obrigações recíprocas que se fazem presente artigo 1.566 do código civil, designado com: “*fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mutua assistência; sustento guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos*”.

Ainda segundo Rodrigues os efeitos patrimoniais do matrimônio, “*consiste no regime de bens entre os cônjuges, administração de patrimônio e restrições a pratica de determinados atos jurídicos*”.

E no sentido de dar liberdade de escolha aos nubentes o novo Código Civil adota o princípio relativo à variedade dos regimes de casamento, assim o ordenamento não somente contempla modelos específicos ou típicos, como permite aos nubentes estipular a respeito o que lhes aprouver, salvo os casos especiais. Como, prevê o art. 1.639.

De acordo com o Princípio da Liberdade dos Pactos Antenupciais é facultada aos nubentes a livre escolha do regime que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrentes do ato nupcial, podendo assim escolher entre os regimes legais ou ainda, combiná-los formando um regime misto ou especial, sendo-lhes lícitas estipular cláusulas, desde que sejam respeitados os princípios de ordem pública os fins e a natureza do matrimônio.

2.3. Regimes de Bens

É o regime de bens que determina a participação ou não dos consortes no patrimônio que ambos trazem para o casamento, ou ainda naquele que vier a adquirir na

constância do matrimônio e os consortes são livres para decidirem a respeito do seu regime patrimonial de bens conforme nos ensina o ilustre jurista nesta citação:

Rolf Madaleno "[...] considerando a igualdade dos cônjuges e dos sexos, consagrada pela Carta Política de 1988, soaria sobremaneira herege aduzir que em plena era de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes apenas por seu gênero sexual ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental do que seu parceiro conjugal. Sob esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da mutabilidade do regime de bens, pois homem e mulher devem gozar da livre autonomia de vontade para decidirem, refletir acerca da mudança incidental do seu regime patrimonial de bens, sem que o legislador possa seguir presumindo que um deles possa abusar da fraqueza do outro".⁵

2.3.1. Regime de Comunhão Parcial

Esta modalidade encontra-se regulamentada pelo artigo 1.658 do Novo Código Civil, sendo que neste regime os bens e obrigações que cada um dos cônjuges tinha antes de contrair matrimônio, ou que mesmo após este, receberem por herança, não se comunicam, porém àqueles adquiridos após o casamento presume-se esforço comum, comunicando-se e cabendo administração dos mesmos por parte de ambos os consortes. Nesse regime formam-se três massas de bens: os do marido, os da mulher e os bens comuns.

No regime de comunhão parcial de bens cada consorte assegura seus bens particulares e os que receberem fora da comunicabilidade, portanto, em caso de separação deverão ser divididos apenas os bens adquiridos por ambos na constância do casamento.

⁵ Disponível www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url. (acesso em 20 de abril de 2007)
No artigo de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

2.3.2. Regime de Comunhão Universal

Segundo o artigo 1.667, do Novo Código Civil, fica estipulada no pacto antenupcial que, tanto, os bens que o casal já possuía quanto, aqueles que virão adquirir na constância do casamento, tornar-se-ão uma massa, dando direito a cada consorte de metade desse patrimônio comum, bem como das dívidas comuns, ficando por conta de ambos a administração dos mesmos. Ou seja, é a fusão do patrimônio dos cônjuges, onde marido e mulher passam a figurar como condôminos daquele patrimônio conforme interpretação de Silvio Rodrigues e Miguel Reale nas citações que se segue:

Rodrigues, (2004, p.185) *“Assim, com a exclusão de algumas exceções, os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio. Trata-se de condomínio peculiar, pois que suscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extinguindo-se inexoravelmente nesse instante”*.

Miguel Reale preleciona:

[...] “durante dezenas de anos vigeu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevive não concorre na herança, por já ser” meeiro”. Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos ascendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança”.⁶

⁶Disponível em jus2.uol.com.br/doutrina(acesso em 07 de junho de 2007) .
No artigo de João Agnaldo Donizete Gandin.

2.3.3. Regime de Participação Final nos Aquestos

O novo código civil trouxe esse regime no rol de suas inovações, segundo o qual enquanto perdurar a sociedade conjugal cada cônjuge possui bens próprios e incomunicáveis, os quais já lhes pertenciam antes do matrimônio, podendo dispor, alienar e usufruir, de acordo com a própria vontade, mas que se tornarão uma única massa quando da dissolução da sociedade conjugal, cabendo a cada cônjuge metade dos bens adquiridos pelo casal, e ainda de acordo com Maria Helena Diniz promove-se a compensação entre os bens titulados em nome de um ou de outro:

Diniz, (2006, P.195), "Durante o casamento, o patrimônio particular é preservado como tal, autorizando a sua livre administração. Na dissolução da sociedade conjugal, calcula-se o acervo adquirido na constância da relação (aquestos) e promove-se a compensação entre os bens titulados em nome de um e em nome de outro, apurando eventuais diferenças".⁷

2.3.4. Regime de separação de Bens

Por esse regime fica definido que cada um dos consortes administrara seus bens, podendo aliená-los ou dispor conforme sua vontade, devendo as despesas ser rateadas entre o casal. Pois os bens dos cônjuges não se comunicam na constância do casamento e nem depois de dissolvido o mesmo. Existem, portanto, dois patrimônios distintos, sendo um do marido e outro da mulher, por decisão de ambos.

⁷ Maria Helena Diniz. Curso de Direito civil. 2006.21ª edição. SP. Saraiva. Pagina195

3. UNIÃO ESTÁVEL

3.1. Conceito:

A união estável é conceituada pela Lei nº 9.278/96, que diz, “A união estável é a convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família”. E o ilustre doutrinador Azevedo assevera que a constituição de 1988 deu livre escolha para aqueles que pretendem constituir sua própria família:

*Azevedo (2003, p.153), conceitua a união estável dizendo que, “A constituição Federal de 1988 abriu caminho a livre escolha de seu modo de convivência familiar, exemplificando as formas que podem ser escolhidas e resgatando a figura do casamento de fato, pelo reconhecimento da União Estável, embora este não se apresente como aquele, com força de matrimônio”.*⁸

O Código Civil Brasileiro traz em seu artigo 1.723, o seguinte conceito (in verbis): *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.*

É necessário ressaltar ainda, o caráter heterossexual de que trata o artigo anteriormente citado. Pois não será possível reconhecer como sendo união estável aquela entre pessoas do mesmo sexo, não incidindo sobre estas, portanto, o disposto na legislação, uma vez que a diversidade de sexos é requisito essencial para o reconhecimento da união estável como instituição familiar.

As uniões extraconjugais datam dos primórdios da humanidade e sempre estiveram presentes na sociedade brasileira, entretanto a jurisprudência durante muito tempo se abdicou do assunto e muitas vezes fora negado tutela jurídica a essas relações, tidas como imorais. Porém aos poucos, a relação contínua, duradoura e sem impedimento matrimonial foi, em sendo reconhecida.

As jurisprudências precisaram avançar no sentido de dar a essa relação matrimonial informal direito a tutela do Estado, para que fossem afastadas as graves injustiças contra os companheiros, presentes em leis ultrapassadas.

⁸ Álvaro de Azevedo Vilaça. Direito de Família. Volume 19. Saraiva. SP. Volume 19. Pagina 153.

Em observação a essas necessidades, mesmo antes do advento do Novo Código Civil os tribunais já se embasavam na jurisprudência para fazer o reconhecimento do direito de companheiros de união estável, tal é o VI caso descrito pelo Desembargador Galeno Lacerda, em seu livro Direito de Família de 2000, onde relata um Acórdão decidido pela 3ª Câmara Civil de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo o direito à meação de companheira em sociedade de fato, do qual o referido desembargador foi relator, decidido por unanimidade deram provimento.

Entretanto, perdurou por longo tempo a aplicação ao concubinato de regras relativas ao Direito das Obrigações e não do Direito de Família, pois a união estável só foi reconhecida como família, com o advento da Constituição Federal atual.

Esta expressão, união estável dada à união de um homem e uma mulher que constituem família sem as formalidades do casamento, é recente no ordenamento jurídico brasileiro, pois seu reconhecimento ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que por meio do art. 226, § 3º, garantiu a proteção do Estado para o referido instituto, segundo interpretação do saudoso jurista Miguel Reale conforme citação abaixo:

Reale (...), Por outro lado, o Projeto vem disciplinar melhor a união estável como nova entidade familiar, que, de conformidade com o § 3º do Art. 226 da Constituição, só pode ser entre o homem e a mulher. Com a redação dada à matéria, não há confusão possível com o concubinato, visto como, nos termos da citada disposição constitucional, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.⁹

Mas para que haja o reconhecimento da união estável como instituição familiar, é preciso observar os requisitos determinados na lei, quais sejam:

Estabilidade: na qual, cabe aos companheiros demonstrar que o relacionamento é sólido por meio de uma convivência duradoura.

Capacidade: ou seja, assim como no casamento, observa-se a idade mínima de dezesseis anos para que fique configurada a união estável.

⁹ Acessível em Jus2.uol.com.br/doutrina. (acesso em 29 de julho de 2007).
Encontrado em artigo de Miguel Reale. Comentários ao novo código civil.

Impedimentos: os impedimentos encontram-se descritos no artigo 1.521, do Código Civil, segundo os quais, diante da existência de qualquer um não configurará a união estável.

3.2. Obrigações dos Companheiros

No que diz respeito aos efeitos matrimoniais aplica-se à União Estável a mesma regra do casamento. Apesar desse instituto não se encontrar registrado em livros cartoriais, caracteriza-se como entidade familiar; portanto, os companheiros terão as mesmas obrigações familiares que têm os cônjuges. É preciso então, estabelecer regras de proteção ao patrimônio das pessoas que mantêm esse tipo de relação de convivência.

Por isso, o Código Civil em seu artigo 1.725 determina como sendo padrão à união estável o regime da comunhão parcial de bens, mas deixa aos companheiros livres para dispor através de contrato de regime diverso do seu patrimônio particular. Contrato este, que para Oliveira constitui prova documental para o reconhecimento da instituição familiar:

Oliveira, (2003, p. 155), afirma que *"Em verdade, o contrato de vida em comum, ainda que prescindível, constitui relevante meio de prova para fins de conhecimento e verificação dos efeitos pessoais e patrimoniais da união estável, resguardando os direitos dos companheiros e suas relações de negócios com terceiros, servindo como elemento de segurança de seus atos no plano jurídico. Por esse ângulo, verifica-se que teria sido efetivamente útil dispositivo legal permissivo do registro do contrato, para sua necessária publicidade, trazendo conforto e garantia aos negócios jurídicos celebrados por pessoas unidas estavelmente. Imagine-se a compra e venda de um imóvel por terceiro que desconheça a situação pessoal do vendedor. Celebrado o ato sem anuência de eventual companheiro, mais tarde poderia ser reclamada sua anulação, se reconhecido o direito do meeiro sobre o imóvel alienado"*.¹⁰

¹⁰ Juarez de Oliveira. Código Civil. Pagina 155. 46ª Ed. Saraiva. SP

De acordo com o artigo 5º da Lei Nº 9.278/96, os bens havidos antes da união estável não se comunicam, podendo ser fruto de partilha ou herança apenas os bens adquiridos na constância da relação, se por esforço comum dos conviventes.

Entretanto, os companheiros podem estabelecer o Contrato de Convivência, com o intuito definir bens do casal, em regra o ajuste é feito pressupondo futura aquisição de bens na constância da união. Porém, nada impede que se estabeleçam regras sobre bens adquiridos antes da assinatura do contrato, desde que onerados após o início de vida em comum. Contudo, esta estipulação deverá ser expressa indicando os bens abrangidos, pois não se admite acordo tácito nesse tipo de contrato.

3.3. Diferença entre a União Estável e o Concubinato

O Concubinato encontra-se normatizado pelo artigo 1.727 do Código Civil Brasileiro e dispõe sobre as relações não eventuais entre homem e mulher, em que um ou ambos se encontra impedidos de se casar.

Boa parte dos doutrinadores define duas espécies de concubinato como: o adúltero e incestuoso. Do concubinato adúltero nota-se as seguintes formas: a primeira trata-se de união com terceiro de pessoa casada e não separada do cônjuge. Sendo que esta forma não gera efeito jurídico na órbita patrimonial, embora seja assegurado o direito da prole advinda desta união. A segunda união concubinária refere-se pessoa casada e separada de fato de seu cônjuge. O concubinato incestuoso ocorre quando parentes próximos se envolvem numa relação como amantes.

Diante destas definições, a diferença entre a união estável e o concubinato reside no impedimento que existe para que a união possa ser convertida em casamento. No concubinato identificado com união estável, à relação é resguardada pela lei porque o casal está desimpedido e pode contrair matrimônio, embora tenham optado por não fazê-lo, enquanto que no adúltero e no incestuoso há a ocorrência dos impedimentos para o matrimônio previsto em lei, e mesmo que os concubinos tivessem a intenção de casar não poderia, por estar em desacordo com o ordenamento jurídico.

3.4. União Estável e o Concubinato Impuro

Para conceituar a união estável, é preciso entender e diferenciar o concubinato puro do impuro, pois o puro surge de uma união duradoura entre homem e mulher livres aptos a contraírem o casamento civil quando desejarem, já o impuro nasce do impedimento legal que um ou ambos tem de se casar, segundo o que leciona os doutrinadores a seguir:

Diniz, (2006, P.415), *define duas espécies de concubinato: “o puro e o impuro, caracterizando-se o primeiro quando resultar de união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos de se casarem; quanto ao segundo, ocorreria nas hipóteses em que um dos partícipes da relação, ou ambos, estaria comprometido ou impedido legalmente de se casar e o incestuoso”*.¹¹

Reale, já *“diferencia união estável e concubinato, citando o art. 226, § 3º da Carta Maior que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, acrescentando que a lei facilitará sua conversão em casamento, fato que não é compatível com a idéia de concubinato”*.

Azevedo, (2003,P.164) define o concubinato no sentido amplo como *“todo e qualquer relacionamento sexual livre”*, e no sentido estrito, como *“a união duradoura, constituindo a sociedade familiar de fato, com affectio societatis (intenção de continuar uma sociedade), respeito e lealdade recíproco”*.

Ainda, segundo as pesquisas empreendidas nesta monografia, o concubinato pode ser definido como espécies que podem ser diferenciadas em concubinato *lato sensu* (em sentido amplo) pela simples convivência, e concubinato *stricto sensu* (em sentido estrito) que resulta da união estável. Assim, cada qual significando um tipo de convivência íntima, mesmo que *more uxório* (segundo o costume de casado), de um homem e de uma mulher.

Contudo, o legislador substituiu o vocábulo concubinato por união estável e concubino/concubina por conviventes. Mas é preciso que se enfoque o fato de que o

¹¹Ibidem. Maria Helena Diniz..2006

concubinato continua a existir como uma relação passageira, sem nenhum lastro familiar, na qual não há a intenção de relação duradoura, estável.

Observa-se então que o sentido amplo de concubinato abrange diversas modalidades de uniões livres, incluindo as uniões adúlteras e incestuosas concubinato impuro. Mas é somente no sentido estrito, que se repousa a verdadeira instituição denominada união estável e duradoura, que é o concubinato puro entre duas pessoas de sexo oposto, que vivem juntos como marido e mulher.

O Novo Código Civil disciplina essa matéria nos Arts. 1.723 e 1.727, com o entendimento de divisão das duas formas de concubinato, tutelando o concubinato não-adúlterino como união estável e descrevendo o adúlterino, apenas como concubinato. Desta forma o concubinato, figura que havia sido deixado para traz com as leis disciplinadoras da união estável, ressurgiu com o novo Código Civil recebendo conceituação, mas sem nenhum reconhecimento jurídico para disciplinar seus efeitos.

Portanto os artigos 1723 a 1726 do Código Civil, se destinam a garantir à tutela dos direitos da concubina partícipe da relação que se convencionou denominar: concubinato puro, ou união estável, não se aplicando tais regras ao concubinato impuro.

3.5. União Estável e Casamento

Mesmo com a elevação da União estável a instituição familiar é preciso ressaltar que a esta não se confunde com o matrimônio, uma vez, que o legislador constitucional deixou claro um requisito básico de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Deste contexto, extrai-se que os institutos em questão possuem naturezas diversas.

Pois ficam claro no novo código civil que tantos deveres, quanto os direitos pessoais e patrimoniais gerados pela união estável não são os mesmos gerados pelo casamento.

De acordo com a legislação a união estável passará a existir desde quando houver a formação de uma família formada por um homem e uma mulher numa convivência duradoura, por isso o legislador desejou proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento. Nisto ser a união estável aquela que se constitui sem a formalidade legal, mas que pode a qualquer momento ser convertida em casamento, uma vez que não existe empecilho e sim uma demonstração de vontade das partes.

A diferença básica entre uma e outra instituição, reside na observação de que a união estável constitui-se a partir de uma situação de fato, ao contrario do casamento que é um ato solene celebrado em conformidade com o direito e assentado em livro próprio, por isso só se torna válido após a celebração legalmente prevista e pode ser provado pela certidão de casamento.

Ao contrario da união estável que pode ser provada através dos meios juridicamente disponíveis como: documentos, testemunhos, dentre outros. Sob esta ótica observa-se, que o casamento é um negócio solene e jurídico. A união estável configura apenas como uma relação de fato, onde as pessoas optam por conviverem fora dos moldes tradicionais do casamento. Contudo, para a Constituição da República e o direito de família, as duas são espécies do gênero familiar.

4. INOVAÇÕES SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

Não resta dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro trouxe inovações ao assunto em pauta, pois com respeito ao casamento a Constituição Federal assegura no seu artigo 226, caput, que a família é à base da sociedade e por isso dispensa-lhe especial proteção do Estado e, ainda, faz o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como instituição familiar, dizendo que deve a lei facilitar sua conversão em casamento (§ 3º), fato regulamentado também, por meio de legislação infraconstitucional, de acordo com preceito da Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996, e recepcionado pelo Novo Código Civil.

Essas mudanças trouxeram algumas divergências no mundo jurídico, especialmente em relação a tantos direitos conferidos aos companheiros, inclusive no tocante "*As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos*" disciplinadas no Art. 1.724, do novo código civil. Entretanto, a família, ou a entidade familiar sempre existiu, mesmo antes da criação do casamento religioso pelo Direito Canônico, e da positivação do casamento civil por meio de contrato.

Assim o que o legislador fez, foi na verdade reconhecer em nossa Lei Maior uma situação fática existente há muito tempo e que precisava da proteção do Estado. Porém em nenhum momento quis o legislador constitucional prestigiar as uniões livres, desfavorecendo o casamento civil como apregoam certos doutrinadores; pretendeu sim alcançar com a lei aquelas uniões que ficavam à sua margem, tornando-as alvo da proteção legal e também impondo sobre seus membros obrigações muito semelhantes às encontradas dentro do casamento.

O reconhecimento da União estável como instituição familiar, foi algo de grande valia ao direito de família, uma vez que beneficiou principalmente filhos advindos destas uniões regulamentando os seus direitos, entretanto as modificações relacionadas ao ingresso dos cônjuges e dos companheiros como herdeiros tem causado discórdias.

Mas igualar o cônjuge aos descendentes e ascendentes nos direitos sucessórios é elevá-lo a categoria dos herdeiros naturais. Com efeito, o filho é e sempre será filho, assim como o pai e a mãe, mas o mesmo não se pode dizer do cônjuge ou companheiro, pois as uniões vão e vem ao sabor dos sentimentos afetivos e amorosos ligados ao relacionamento que une homem e mulher. Assim, as pessoas se casam ou se unem pelas mais variadas circunstâncias e motivos, como também se separam ou divorciam com a mesma desenvoltura.

Neste sentido, erigir o cônjuge à condição de herdeiro necessário é algo temeroso de acordo com o que leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, uma vez que pode causar lesão àqueles que são os verdadeiros necessitados e legítimos sucessores, ou seja, os descendentes e ascendentes.

Hodiernamente com o advento do Novo Código Civil ficou claro também que o direito à sucessão hereditária nas leis da união estável é assegurado ao companheiro sobrevivente, se comparando em tese ao direito do cônjuge supérstite.

Das polêmicas relacionadas ao assunto sucessório merece destaque, o que dispõe o artigo 1.790 e seus incisos, onde fica explícito que o companheiro possui mais privilégios do que os próprios filhos do autor da herança e, especialmente, se estes não forem filhos comuns, ocasião em que lhe tocará a metade do que couber a cada um daqueles, o que é incompreensível e fere os preceitos de direito natural, pois mesmo que se reconheça que o companheiro ou a companheira merece alguma proteção no caso de morte do outro, não se deve ignorar que estes não têm as mesmas necessidades que os filhos do autor da herança.

.4.1. Direitos Sucessórios

A palavra herança vem do latim *Haerintia*, (pertences). Assim a herança é o resultado dos bens deixados pelo de cujus (defunto, morto) e seus herdeiros são chamados a sucedê-lo de acordo com a ordem de vocação hereditária.

Portanto, Suceder significa substituir, tomar o lugar de outrem, no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, procede-se a substituição do titular do direito. Deste modo, o sucessor substituirá o titular do direito, tomando tal titularidade para si.

O legislador dividiu a ordem de vocação hereditária conforme a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. Separando-a em várias classes. Conforme, o que dispõe o art. 1829 do Código Civil (in verbis):

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais a relação é preferencial porque, em tese, a existência de herdeiros de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente, ressalvada a situação do cônjuge, que concorre com os descendentes e com os ascendentes, e esta regra é uma das mais importantes inovações do Código Civil de 2002.

Entretanto a sucessão, ou a transmissão da titularidade de direitos, pode-se dar de duas formas: por ato inter vivos como uma doação ou um contrato, ou ainda, por *causa mortis (causa da morte)* que é o que aqui nos interessa. Pois o nosso ordenamento jurídico, trata direito das sucessões apenas em razão da morte, porquanto a sucessão derivada de atos realizados entre vivos nada mais é do que direito contratual.

O fato da morte é o ato jurídico indicativo do momento em que “o domínio e a posse da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários” (art.1.572 do código civil), conforme nos ensina Silvio Venosa:

Venosa, (2001) “Somente a morte pode dar margem à sucessão. A morte física, o desaparecimento da vida do titular. O direito moderno já não conhece a morte civil. Como as conseqüências da morte são inúmeras, a lei fixa preceitos para a determinação do momento da morte, bem como sua prova”.¹²

¹² Silvio de Salvo Venosa. Direito civil. Direito das Sucessões. Editora Atlas. SP. Volume06. 2001.

Assim, a transmissão e aceitação da herança ocorrem com a morte do *de cujus*, por meio da abertura da sucessão, quando o domínio e a posse da herança são transmitidos de imediato aos herdeiros legítimos e testamentários.

Sob esse prisma depreende-se dos artigos 1.784 e 1.786 do Código Civil, que a sucessão comporta duas modalidades: a legítima e a testamentária. Sendo que a primeira decorre da lei e a segunda da vontade do *de cujus* que beneficia alguém por meio de um testamento. No entanto, independentemente de o sucessor ser legítimo ou testamentário, ele entrará na posse dos bens da herança no momento da abertura da sucessão, que se dá no momento da morte do autor da herança.

Aberta a sucessão legítima, são chamados, em primeiro lugar, os descendentes. Se o falecido era casado, o cônjuge concorre com os descendentes. Já os ascendentes ocupam a segunda classe dos sucessíveis, porque só são chamados a suceder na falta de descendentes e concorrem com o cônjuge sobrevivente.

Porém a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* vai depender do regime de bens do casamento, como estatui o art. 1.829, I, do Código Civil. No caso de comunhão universal, o consorte não figura como herdeiro.

Tratando-se de concorrência com os ascendentes, o Código não apresenta limitação alguma. Portanto qualquer que tenha sido o regime matrimonial de bens, o cônjuge concorrerá com os ascendentes do falecido.

4.2. Sucessão em Geral

Sucessão significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar da outra, ato ou efeito de suceder, conforme descrito no vocábulo do Dicionário Aurélio, do autor Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

A sucessão ocorre por duas maneiras, ou seja, inter vivos (entre vivos) a título gratuito como nas doações ou oneroso em caso de comprar e venda; ou causa mortis (causa da morte), quando transmite se desde logo o patrimônio ativo e passivo aos herdeiros.

Esta monografia visa identificar e levantar uma discussão sobre os pontos onde a lei que se apresenta disparidades na sucessão *causa mortis* ou hereditária, em relação à transmissão da herança, por lei ou testamento aos cônjuges e companheiros.

Uma vez que, a Constituição Federal garante este direito em seu art. 5º, XXX, (in verbis) e o Código Civil disciplina o Direito das Sucessões em quatro títulos com os seguintes subtítulos: "*Da Sucessão em Geral*", "*Da Sucessão Legítima*", "*Da Sucessão Testamentária*" e "*Do Inventário e da Partilha*". E o direito sucessório dos companheiros encontra-se regulamentado pelo Livro V, Título I. Da Sucessão em Geral.

4.3. Sucessão e Meação

É preciso entender em primeiro plano que meação é um instituto diferente da sucessão, por isso o cônjuge pode participar das duas ao mesmo tempo, dependendo do regime de bens convencionado no casamento.

A meação, instituto de Direito de Família, refere-se ao regime de bens. Sendo o regime do casamento ou da união estável, o da comunhão (universal ou parcial, ou até mesmo o novo regime da participação final nos aquestos), terá o sobrevivente, por ocasião da morte do consorte, direito à partilha dos bens comuns. Tem-se, aí, meação. A sucessão, no entanto, é deferida ao cônjuge ou companheiro por força de seu status de consorte.

Na meação, os bens já pertencem ao consorte sobrevivente, embora eventualmente estejam em nome do falecido. Já na sucessão não, os bens pertenciam ao *de cuius*, sendo-lhe deferida a título de transmissão gratuita *causa mortis*.

4.4. Sucessão do Cônjuge

Segundo o sistema normativo do antigo Código Civil, inexistindo herdeiros necessários, a herança era deferida ao cônjuge sobrevivente, qualquer que fosse o regime de bens, desde que não estivesse dissolvida a sociedade conjugal na época da morte. A separação judicial tinha que estar transitada em julgado, pois, pendente de homologação ou de trânsito em julgado o decreto judicial, a dissolução da sociedade é superada e absorvida pela morte, cujos efeitos, por mais amplos, prevalecem, dentre eles o direito à herança.

Na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge não era herdeiro necessário e não concorria na herança com os descendentes e ascendentes, possuindo apenas direito de usufruto e habitação, porém, o Código Civil de 2002 introduziu diversas inovações relacionadas ao direito a ele inerente quanto ao direito sucessório, colocando-o atualmente na situação jurídica de herdeiro necessário, herdeiro que pode concorrer com descendentes e ascendentes, e na falta destes como herdeiro único, conferindo-lhe ainda direito real de habitação e de ser preferencialmente o inventariante.

De acordo com a ordem de sucessão hereditária regulamenta pelo art. 1.829 do Novo Código Civil. A lei chama a suceder em primeiro lugar os descendentes, porém pelo que descreve o art. 1.829, I do novo Código os descendentes concorrem com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

No entanto, somente se reconhece o direito sucessório do cônjuge supérstite, se ao tempo da morte do de cujus não estavam estes separados judicialmente, ou mesmo separados de fato por período superior a dois anos.

No que se relaciona ao regime de separação obrigatória, ou seja, o regime que disciplina o casamento daqueles que: contraírem casamento com inobservância de causas suspensivas; forem maiores de sessenta anos; e daqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial; o cônjuge sobrevivente nada receberá. Essa disposição legal justifica-

se pelo fato de que, se o legislador quis impor o regime da incomunicabilidade dos bens aos casos em tela, portanto ele não poderia vir agora e permitir tal comunicabilidade.

Observa-se, portanto, que o cônjuge sobrevivente apenas participará da legítima quando o regime de bens for o da comunhão parcial, e o de cujus tenha deixado bens particulares.

Por este entendimento se não existem bens particulares, então só existem bens comuns. Em existindo apenas bens comuns, o cônjuge já receberá metade desses bens, de modo que, a mesma causa que justificou a exclusão do cônjuge no regime de comunhão universal justifica a exclusão neste caso. Pois se o cônjuge já receberá metade de todos os bens, portanto, trata-se de justiça não deixá-lo concorrer com os filhos na outra metade destes mesmos bens.

Os bens particulares de que fala o código, são os relacionados no artigo (in verbis):

Art. 1.659.Excluem -se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Voltando os olhos para o Código Civil de 1916, percebe-se que o cônjuge e colaterais eram herdeiros legítimos, mas não necessários, tanto assim que o art. 1.725 do aludido Código previa que: "*Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, bastava o testador dispor do seu patrimônio, sem os contemplar*", ou seja, não havia tutela da legítima em benefício destes.

De conformidade com o que foi observado nas legislações anteriores, pode-se afirmar que a sucessão do cônjuge, sofreu significativas mudanças com o advento do novo Código.

Sendo que a primeira alteração importante foi à colocação do cônjuge como herdeiro também na classe preferencial, em concorrência, com os descendentes e os ascendentes. No que dispõe o art. 1.829 (in verbis):

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Por referida disposição legal substituiu-se o usufruto do bem de família, pois agora o cônjuge tem além do usufruto, direito a parte da herança. Porém, esta inovação só se aplica às sucessões abertas após a vigência do novo Código, ou seja, quando a morte do de cujus ocorreu após a entrada em vigor do novo código civil.

Por esse novo dispositivo, o cônjuge passou a suceder o de cujus juntamente com os descendentes, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou ainda se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, herdará o cônjuge se for casada com regime de separação total de bens, participação final nos aqüestos, ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens.

A lei impõe limitação quanto ao regime porque, havendo comunhão ilimitada (que é evidenciada no regime de comunhão universal, embora neste também haja bens excluídos da comunhão, e no regime de comunhão parcial em que não haja bens particulares do de cujus), não apresenta o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes. No entanto, esqueceu-se o legislador de que também no regime de participação final nos aqüestos pode haver comunhão ilimitada.

De acordo com o preceito disciplinado pelo art. 1.832, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Assim, se houver mais de quatro descendentes concorrendo por cabeça, não haverá igualdade de quinhões. Uma vez que, o cônjuge herdará uma quarta parte, e apenas às três restantes serão divididas por cabeça entre os descendentes. Entretanto, isto só ocorrerá se o cônjuge for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. Havendo herdeiros que não sejam descendentes seus, sua cota será sempre igual à deles.

Os ascendentes, só aparecem em segundo lugar quando concorrem com o cônjuge sobrevivente. E nesse caso a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento; em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão deferida a ascendentes. Nos termos do art. 1.837, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; mas lhe caberá a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Porém se o de cuius não deixar descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão de todo de montante patrimonial ao cônjuge sobrevivente de acordo com o que se encontra no art. 1.838.

O direito real de habitação continua garantido pelo novo código no art. 1.831, estendendo-o a qualquer regime de bens. Aboliu o novo Código com a expressão, enquanto viver e permanecer viúvo. Pois o direito só existirá enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com sua morte. Quanto à exigência de que permaneça viúvo, parece-nos revogada, apesar de tratar-se de caráter assistencial do instituto.

Outra mudança trazida pelo novo Código, é a que trata da restrição para o cônjuge no art. 1.830: que diz que seu direito sucessório se encerra não apenas com a dissolução da sociedade conjugal, como previa o Código anterior, mas também com a separação de fato por mais de dois anos.

Quanto a esta inovação foi infeliz o legislador, tendo em vista que a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, portanto, não devendo ser causa de extinção dos direitos conjugais. Uma vez que pode o cônjuge provar que essa convivência se tornara impossível sem que haja culpa deste.

Finalmente a alteração que se pretende observar neste trabalho é à que trata da sucessão do cônjuge, ordenada no artigo 1.845, através do qual ele passa a ser considerado herdeiro necessário. O que vale dizer que o cônjuge não pode mais ser afastado da sucessão por mera vontade do autor da herança, simplesmente testando em favor de terceiro, pois é preciso que seja reservada a legítima para os herdeiros necessários. Somente por meio da deserdação poderá o testador afastar seu cônjuge da sucessão.

Porem o legislador cometeu aqui a maior falha do novo Código em relação a esta questão: pois erigiu o cônjuge ao patamar de herdeiro necessário, mas não tratou de sua deserdação. Com efeito, embora o art. 1.961 preveja a deserdação dos herdeiros necessários e os dois artigos seguintes tratem, respectivamente, das causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes por seus descendentes, não há no novo Código dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge.

E com não é possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge embora herdeiro necessário, não pode ser deserdado, ficando então com privilégios maiores que os dos herdeiros naturais.

4.5. Sucessão do Companheiro

Apesar do reconhecimento da união estável pela constituição vigente que garante o fim das discriminações, seu direito sucessório só veio por meio da Lei nº. 8.971/94, que reconheceu esse direito aos companheiros. A transferência da herança pode ocorrer *inter vivos* e *causa mortis*. Na segunda hipótese que pode ser legítima, definida por lei, ou testamentária, dá-se pela transferência da herança ou legado, que se dá pela expressão da vontade do morto, quando de sua morte ao herdeiro ou legatário.

Porém para que se torne herdeiro, o companheiro precisa atender os requisitos do art. 2º. Desta Lei que diz que as pessoas referidas no artigo anterior, sejam: as que vivam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

E ainda participará 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 herança.

O art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96, dispõe também sobre direitos adquiridos pelo companheiro como: o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com as dos cônjuges. Ocorre ainda a sucessão legítima quanto aos bens não compreendidos no testamento; se o testamento caducar; se o testamento for julgado nulo. A sucessão testamentária decorre de ato de última vontade, praticado pela forma e nas condições impostas na lei.

Assim, é correto afirmar que são grandes as alterações trazidas pelo Novo Código Civil com relação à sucessão, iniciando-se pelo fato do cônjuge ocupar a posição de herdeiro necessário, e o convivente não dispor de tal benefício. E ainda, que ao companheiro da união estável não foi conferido expressamente o direito real de habitação, garantido ao cônjuge.

Enquanto o Código Civil de 1916 não conferia direito sucessório aos companheiros. E para a configuração da união estável, que os parceiros convivessem há mais de cinco anos ou tivessem filhos comuns e fossem solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados, excluindo, portanto, os separados de fato.

O mesmo não ocorreu com a Lei nº. 9.278/96, que não estabelecia prazo para caracterizar a entidade familiar, com o objetivo de constituição de família. E além de apresentar novos elementos configuradores da união estável, sem fixar prazo, Esta lei conferiu ao convivente direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituir nova união ou casamento.

Já o preceito do novo código civil definido no artigo 1.790 dispõe que o companheiro participará da sucessão do outro, apenas, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, portanto dizer que não terá direito à bem que o companheiro possuía anteriormente ou que tenha sido objeto de herança ou doação.

Assim se durante todo o período de convivência os companheiros não adquirirem, por esforço comum, qualquer bem, quando da morte de um deles o sobrevivente nada receberá. E se, porventura, o companheiro que veio a falecer não tinha parentes para sucedê-lo, e era possuidor de um grande patrimônio adquirido antes da união estável, ficará esta herança vacante para o ente público, segundo o que dispõe o artigo 1.844 do Novo Código Civil (in verbis):

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

É discrepante a injustiça para com o companheiro, quando o código se refere a vacância da herança e também no concernente ao privilégio estabelecido em favor dos parentes mais distantes, onde o consorte, embora seja o familiar mais próximo, tem por direito apenas um terço da herança que também através de seu esforço se estabeleceu, ficando dois terços para os ascendentes ou colaterais até o quarto grau. É o entendimento de *Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka* (2003, p 65):

"Assim, morto alguém que vivia em união estáveis, primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o convivente supérstite. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o convivente sobrevivo. Na falta também destes e inexistindo, como é óbvio, cônjuge que amealhe todo o acervo serão chamados os colaterais até o quarto grau ainda em concorrência com o convivente, uma vez, que, ao final, são também os colaterais parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o convivente remanescente para, aí sim, adquirir a totalidade do acervo. É flagrante a discrepância".¹³

Entretanto, em um ponto se faz vantajosa a diferença entre os direitos sucessórios para o companheiro em relação ao cônjuge supérstite. A concorrência com descendentes é por completo benéfica ao companheiro, no que diz respeito ao direito de meação e herança, que são cumulativos para o mesmo. Por tratar o artigo 1.790 do Código Civil que o companheiro tem direito à meação dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, este ainda tem direito a percentual na herança atribuível aos descendentes ou aos ascendentes. Conforme interpretação de:

¹³Ibidem .Giselda Maria Fernades Hironaka. 2003. Pagina 65.

Oliveira (2003. P.214 e 215), “*uma pessoa falecida que deixe um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, herdeiro filho, e companheira; a companheira receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho*”.¹⁴

4.6 Estatuto da Mulher Casada

No decorrer da presente pesquisa fica claro que o direito real de habitação não é um instituto novo criado pelo Novo Código Civil, pois com o intuito de solucionar algumas situações extremas em que o cônjuge poderia ficar completamente sem assistência após a morte do seu consorte o artigo 1.611, §§ 1º e 2º do Código Civil anterior recepcionou o usufruto viual e o direito real de habitação criado pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62).

Entende-se por usufruto viual o direito que se dá ao cônjuge viúvo, se o regime de bens não era o da comunhão universal, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, ou à metade, se não houver filhos.

Portanto, ao cônjuge sobrevivente casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo serão assegurados, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único imóvel a inventariar.

Já a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1.994, primeira lei ordinária que regulamentou a união estável após a entrada em vigor da Constituição de 1988, dispôs sobre os direitos sucessórios resultantes da convivência contemplando os companheiros com o direito aos bens, na falta de descendentes e ascendentes, assim como com o direito ao usufruto viual, nos mesmos moldes que o art. 1.611 do Código Civil daquela época contemplava os cônjuges sobreviventes. Mas não outorgou aos companheiros

¹⁴ Ibidem. Juarez Oliveira. 2003. Paginas 214 e 215.

sobreviventes direito reais de habitação. Criou-se aqui, portanto, uma diferenciação na esfera da sucessão por morte entre o casamento e a união estável.

4.7 Projeto de Lei nº. 6.960/02

Ao perceber a inviabilidade de conexão entre o enunciado genérico contido no art. 1790, I e II e a norma descritiva de valores que estão no art. 1.834, todos do novo Código Civil Brasileiro. O Projeto de Lei nº. 6960/2002 do parlamentar Ricardo Fiúza intenta uma nova redação para o art. 1790, deixando-o com a seguinte sugestão de redação:

O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único: *"Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar".*

A alteração é significativa, pois todo o contorno e conteúdo do dispositivo foram mudados. Porém, tal projeto de lei, como se extrai de seu texto, não consegue solucionar todos os pontos críticos existentes na sucessão dos companheiros e ainda mantém algumas discriminações frente aos direitos dos cônjuges.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente pesquisa conclui-se que a família surgiu antes do Estado e do direito e ao longo de sua trajetória apresenta-se como a base que alicerça os pilares do Estado, vez que é a instituição primeira, onde o homem recebe seus princípios morais para a construção de uma sociedade solidificada. Assim, o homem vem ao longo de sua história vem evoluindo e modificando seu modo de vida para atender os direitos sociais e foi para apaziguar os conflitos que surgia da convivência humana que surgiu a necessidade da justiça para contrabalançar o direito.

E para que o Estado pudesse controlar as relações dos indivíduos e o direito de personalidade, nasceu o direito de família como instituto privado, sendo regulamentado, portanto pelo Direito civil.

Em nossa legislação perdurou por muito tempo o conceito de que instituição familiar era apenas aquela fundada nos laços do matrimônio, regularizada pelo casamento civil, contudo a Constituição Federal de 1988 pôs fim a este conceito incluindo no rol de família aquela formada pelos requisitos da união estável entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família.

Com esta evolução, a família acabou por sofrer profundas modificações. Na verdade a família formada pela união de fato entre um homem e uma mulher data dos primórdios da humanidade, pois se estudarmos as civilizações antigas perceberemos ela já existia lá. E com o devido reconhecimento, esta foi incluída também no direito de família, por tanto, foi colocada sobre a proteção do Estado. Assim, no contexto atual o casamento deixou de ter aptidão exclusiva para servir de fundamento à família.

Já a sucessão data também da antiguidade, mas com feições diferentes em determinadas épocas, uma vez que nas antigas civilizações da Índia e Romana cuidava apenas dos direitos de substituições religiosas, passando posteriormente ao caráter patrimonial que perdura até os dias atuais.

E no decorrer de séculos as classes sucessórias vêm sofrendo modificações. Em nossa legislação passou por diversas transformações, onde em alguns casos o consorte

aparece apenas como meeiro e em outro ocupando o ultimo lugar na ordem de vocação hereditária, mas com o advento do novo código civil foi elevada a classe dos herdeiros especiais, passando a concorrer à parte legítima da herança juntamente com os descendentes e ascendentes.

Das mudanças relacionadas à matéria a que se propõe a presente pesquisa, ressalta-se que a posição do cônjuge sobrevivente melhorou no que diz respeito aos problemas de ordem sucessória, ampliando-se os seus direitos. Pois, quando concorrer com descendentes, receberá quinhão igual aos que sucederem por cabeça e não poderá receber quota inferior à quarta parte da herança quando a concorrência for com ascendentes.

Porém o mesmo não ocorreu em relação ao companheiro de acordo com o que assevera o artigo 1.790. Que se concorrer com filhos somente do autor da herança, terá direito a metade que couber a cada um deles, porém se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a 1/3 (um terço) da herança. Ficando mais uma vez prejudicado.

Percebe-se então, a enorme distancia que os separa em relação à sucessão, tornando a regulamentação da matéria discriminatória. No entanto esperava-se que o companheiro supérstite tivesse também sua condição privilegiada, lhe garantido a igualdade de direito em relação ao cônjuge sobrevivente.

Mas observa-se que na regulamentação do direito sucessório do companheiro pelo novo Código Civil, não houve as adaptações almejadas pelos doutrinadores, e sim uma regulamentação estrita, que frustra as expectativas das famílias constituídas por estas uniões e a comunidade jurídica.

Outro tratamento desigual referente à matéria, é o que limita o direito do companheiro de só receber a totalidade da herança na inexistência de parentes colaterais de quarto grau. Motivo pelo qual o assunto vem recebendo críticas doutrinárias, começando pela classificação do companheiro como herdeiro eventual e meeiro apenas dos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Pois o legislador regulamentou a sucessão do companheiro apenas no capítulo das Disposições Gerais.

Já a sucessão do cônjuge que foi tratada no capítulo da Ordem de Vocação Hereditária, o coloca no âmbito da Sucessão Legítima. Portanto, em consequência destes preceitos o partícipe da união estável não faz parte da classe dos herdeiros necessários

encontrando-se em posição inferior com relação à condição sucessória do cônjuge. Outra injustiça que se apresenta é concernente à garantia de direito real de habitação ao cônjuge no imóvel destinado a residência da família qualquer que seja o regime de bens, sendo que o companheiro não foi contemplado com este benefício.

Assim, é perceptível que o legislador se permitiu desigualar dois institutos que em sua essência têm o mesmo objetivo, quais sejam o casamento e a união estável, que têm por finalidade constituir família.

Em contradição com a constituição que garante em suas cláusulas pétreas, que não deve haver distinção entre os iguais, observa-se que este ordenamento não foi seguido pelo legislador infraconstitucional que foi muito infeliz em relação à elaboração da presente matéria, já que pelo novo código civil, entende-se que o companheiro, ao contrário do cônjuge supérstite, não figura como herdeiro necessário, deixando o autor da herança livre para dispor, em testamento, da integralidade de seu patrimônio, ressalvado, conforme o caso, ao companheiro sobrevivente apenas direito de meação quanto aos bens adquiridos a título oneroso no decorrer da união estável.

Conclui-se ainda a luz da legislação vigente, que esta divergência faz com que a matéria torne-se inconstitucional, vez que a Constituição equiparou os dois institutos e a Lei infraconstitucional (código civil) fez distinção entre eles. Pois não resta dúvida quanto às desigualdades estabelecidas no tratamento da matéria de sucessão do companheiro, se comparado ao cônjuge.

Neste contexto pode se afirmar ainda, que no deslinde deste novo instituto o legislador poderia ter optado em fazer a sucessão da união estável equivalente ao casamento, mas não o fez, restringindo-se apenas aos elementos essenciais já previstos em leis anteriores. Pelas divergências apresentadas no decorrer da pesquisa fica claro que preferiu o legislador implantar um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro nem é equiparado ao cônjuge, nem estabelece regras claras para a sucessão.

Entretanto, embora tenha deixado de colocar expressamente o companheiro supérstite como herdeiro necessário, óbice não há que ele concorra com os descendentes comuns, na ordem de vocação hereditária, como herdeiro preferencial.

E apesar das falhas apresentadas na matéria em pauta, espera-se que os operadores do direito na hora da aplicação desta, façam uma interpretação buscando de garantir o verdadeiro objetivo a que se propõe o ordenamento jurídico dentro de cada caso concreto. Aplicando a lei nos parâmetros a que se propõe a justiça, ou seja, levando a sério o compromisso de dar um tratamento igualitário aos indivíduos que possuem os mesmos direitos.

E por fim conclui-se que o novo código também quis proteger os direitos daqueles que por ocasião do matrimônio não tem capacidade completa de discernimento, determinando que nos casos de casamentos de pessoas maiores de sessenta anos ou que dependerem de suprimento judicial para casar, o cônjuge sobrevivente nada receberá.