



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

Fábio Nogueira Souza

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA  
IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Brasília  
2011

Fábio Nogueira Souza

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA  
IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientador: Professora Suzana Borges Viegas de Lima

Brasília  
2011

Souza, Fábio Nogueira.

O Direito Sucessório na União Estável à Luz dos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana / Fábio Nogueira Souza. -- Brasília: UnB / Faculdade de Direito, 2011.

91 f. : il.

Orientador: Suzana Borges Viegas de Lima.

Monografia (graduação) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011.

1. Mudanças na sociedade brasileira e seus reflexos no Direito de Família. 2. União Estável: A sucessão do companheiro à luz do novo Código Civil. 3. A equiparação entre casamento e união estável no Direito Contemporâneo. Direito Constitucional, de Família e das Sucessões – Monografia de Graduação. I. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. II. Lima, Suzana Borges Viegas de (orientadora) III. Título.

Fábio Nogueira Souza

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA  
IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FÁBIO NOGUEIRA SOUZA

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2011.

Conceito: \_\_\_\_\_

Banca examinadora:

---

Prof. Suzana Borges Viegas de Lima – Orientadora  
Mestre em Direito - Universidade de Brasília (UnB)

---

Prof. Jan Yuri Figueiredo de Amorim – Membro  
Mestre em Direito - UnB

---

Prof. Valcir Gassen – Membro  
Doutor em Direito

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, ao Senhor Jesus Cristo, que entregou sua vida para nossa salvação.

À minha esposa Vanessa e minhas filhas Eduarda e Estéfany, pelo amor incondicional e apoio inestimável ao longo da jornada de graduação.

Aos meus pais, Aluísio e Maria, que sempre me incentivaram ao longo da minha vida.

À minha madrinha Fátima e meu tio Fabiano, que investiram em minha formação intelectual.

Aos meus eternos avós Celso e Ophélia, pela contribuição afetuosa para formação de meu caráter.

Ao meu irmão Flávio, pela sólida amizade e companheiro de longa data nas horas difíceis da vida.

À Universidade de Brasília (UnB), pela consistente formação acadêmica que me proporcionou.

## RESUMO

Este trabalho aborda o tema do Direito Sucessório do companheiro presente no Código Civil de 2002, à luz dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, diante das transformações ocorridas na sociedade e da promulgação da Constituição de 1988, que introduziu no Direito de Família pátrio o reconhecimento de arranjos familiares diversos do casamento, cada um com formato e peculiaridades próprios. A pluralidade de entidades familiares na sociedade brasileira necessitou de um ordenamento jurídico infraconstitucional eficaz, eficiente e compatível com os mandamentos constitucionais, de forma a proporcionar amparo a todos os membros das famílias, independente do modelo adotado. O artigo 226, parágrafo 3º da Carta da República e os demais princípios constitucionais, sejam implícitos ou explícitos, são responsáveis por conduzir a interpretação das normas do Direito de Família e das Sucessões, de forma a imbricar a dignidade pessoal do indivíduo a qualquer efeito patrimonial causa *mortis* da entidade familiar. Para tanto, será necessário realizar um paralelo entre o tratamento sucessório concedido ao cônjuge e ao companheiro para identificar quais pontos admitem equiparação de tratamento, ou seja, se cabe equiparação total ou parcial nos direitos patrimoniais causa *mortis*, sem ferir a dignidade do companheiro sobrevivente.

**Palavras-chaves:** Direito Sucessório. Direito de Família. Entidade Familiar. União Estável. Casamento. Princípio da Dignidade da pessoa Humana. Princípio da Igualdade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

(em ordem alfabética)

Ag.I	- Agravo de instrumento
CF/88	- Constituição Federal de 1988
CPC	- Código de Processo Civil
CC/02	- Código Civil de 2002
CC/16	- Código Civil de 1916
DJe	- Diário de Justiça Eletrônico
IBDFAM	- Instituto Brasileiro de Direito de Família
REsp	- Recurso Especial
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ	- Tribunal de Justiça
TJDFT	- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Rel.	- Relator (a)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 MUDANÇAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: DO DIREITO MATRIMONIAL AOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS</b> ....	12
<b>1.1 Família</b> .....	12
1.1.1 Considerações históricas sobre o conceito de família .....	12
1.1.2 Evolução jurídica: do Código de 1916 ao novo Código Civil.....	30
<b>1.2 Do Concubinato à União Estável</b> .....	28
1.2.1 Tendências do Direito Brasileiro a cerca da União Estável antes da Constituição Federal de 1988 .....	30
1.2.2 Proteção constitucional da União Estável .....	37
1.2.3 Das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.....	40
<b>2 UNIÃO ESTÁVEL: A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE Á LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL</b> .....	47
<b>2.1 O tratamento no Código Civil de 2002</b> .....	47
<b>2.2 A abertura sucessória e o Princípio da <i>Saisine</i></b> .....	57
<b>2.3 Do Direito Sucessório dos Cônjuges</b> .....	58
<b>2.4 Do Direito Sucessório dos Companheiros</b> .....	64
<b>3 A EQUIPARAÇÃO ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO</b> .....	74
<b>3.1 União Estável e Casamento: à luz dos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	74
<b>3.2 Da (in)constitucionalidade do Código Civil de 2002 ao regular o direito sucessório no âmbito da união estável</b> .....	77
<b>3.3 Do tratamento jurisprudencial sobre o tema</b> .....	81
<b>CONCLUSÃO</b> .....	877
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	90

## INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o Direito Privado foi referência para doutrinadores e legisladores na aplicação dos moldes interpretativos no Direito de Família e das Sucessões. O Código Civil de 1916 foi a principal ferramenta de exegese, vinculando a criação e a interpretação do restante do ordenamento jurídico brasileiro.

A forte influência do Direito Privado, consequência do contexto Liberal, que se instaurava à época da criação do Código de 1916, caracterizado pela intensa liberdade individual e pouca ou nenhuma intervenção estatal, proporcionou a prevalência dos interesses individuais das classes detentoras do poder.

As questões patrimoniais eram o centro da sociedade e forneciam os contornos aos institutos jurídicos. Nessa linha, o Código Civil do século passado definia o casamento como única instituição familiar oficial da sociedade brasileira, não concedendo espaço para oficialização das *uniões extramatrimoniais*, que eram marginalizadas e desprovidas de amparo estatal, perante um ideal interpretativo passivo e inábil de se desprender dos conceitos presentes nos diplomas legais.

O Direito se recusava a tratar os relacionamentos informais duradouros à luz do Direito de Família, tratando de suas consequências no campo do Direito das Obrigações. Assim, reforçando a ideologia social estigmatizada do concubinato.

Como expõe Arnoldo Wald, “o concubinato é um assunto que por muitos anos alguns civilistas excluíram dos seus estudos, por entendê-lo irrelevante do ponto de vista jurídico, enquanto outros preferiam tratá-lo como matéria inerente ao direito das obrigações”<sup>1</sup>.

A interpretação literal dos dispositivos civilistas, fomentada pelo antigo Código Brasileiro, fonte maior e legitimada a fornecer fundamentos ao jurista, demonstrou-se incapaz de atender os anseios sociais na medida em que novas estruturas familiares proliferavam na sociedade.

Logo começaram a brotar legislações especiais, a fim de suprir as lacunas deixadas pelo *Code*. O Direito começou a ser remodelado, legislações esparsas começaram a reconhecer direitos ao concubinato puro, como pode ser observado na Súmula 380/STF, nas Leis nº 6.015/73, nº 6.216/75, nº 6.515/77, entre muitas outras.

---

<sup>1</sup> WALD, Arnoldo. **O novo direito de Família**. São Paulo, Ed. Saraiva, 14 Ed. Revista, 2002, p. 235.

O auge do abrigo jurídico do companheirismo ocorreu com a promulgação da Constituição da República de 1988, em que houve uma revolucionária mudança de paradigma, inclusive conceitual, na qual o *concubinato puro ou não adulterino* fora convertido em *união estável* e recebera status de unidade familiar<sup>2</sup>.

Esse processo, impulsionado pelo fenômeno do *neoconstitucionalismo*, caracterizou-se pela publicização de muitos dos institutos anteriormente exclusivos do Direito Privado.

Dessa forma, redefiniram-se os limites entre as esferas do Público e do Privado, como consequência, passou-se a priorizar a qualidade ontológica do indivíduo, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana na esfera da família.

O conceito de família sofreu eminentes transformações, dentre as quais, o abandono do ranço do patrimonialismo – família enquanto núcleo econômico – e assumiu destaque a *afetividade* como elemento preponderante da liberdade das pessoas constituírem ou não uma unidade familiar.

O legislador constituinte de 1988 vinculou a criação e interpretação do conjunto normativo ordinário à base principiológica constitucional. Em outros termos, todas e quaisquer normas criadas a *posteriori* e as que já estivessem em vigor deveriam obrigatoriamente observar os valores inseridos pela Carta Política, sob o risco de serem consideradas inconstitucionais e terem a eficácia e efetividade comprometidas.

Nas palavras do Professor Luís Roberto Barroso,

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (I) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (II) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (III) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional [...] A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema normativo. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> **CF/1988: Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>3</sup> **BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Pág 15 e 16. Disponível em: [http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=LuisRobertoBarroso](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=LuisRobertoBarroso). Acesso em: 11 de outubro de 2011.

Nesse ínterim surgiu o Código Civil de 2002, e com ele muitos questionamentos, dentre os quais: estará em conformidade com os Princípios Constitucionais? Por que há distinção no vigente Código entre os institutos do *casamento* e da *união estável* em questões sucessórias, face ao artigo 226, § 3º da Carta de 1988?

A equiparação total entre casamento e união estável no Direito Sucessório é uma questão bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência. O tema, diante da carga principiológica recebida pela promulgação da Constituição de 1988, precisa ser analisado com bastante cautela, para, então, se definir se o atual Código Civil nascera ultrapassado ou se é plenamente compatível com as aspirações sociais contemporâneas.

Dentre as maiores discussões, face as constantes inovações que pautam a sociedade, destaca-se a possibilidade ou não da total equiparação entre os institutos do *casamento* e da *união estável*, com base no paradigma ontológico inserido pelo *neoconstitucionalismo*, para tentar definir os pontos em que *companheiro* e *cônjuge* sobreviventes divergem no direito de suceder.

A hermenêutica neoconstitucionalista, com base preponderantemente principiológica, defende a primazia dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, bem como dos demais princípios implícitos e explícitos da CF/88, sobre a interpretação literal-positiva da norma, de forma a conferir um caráter mais humanista ao ordenamento jurídico.

Esses estudiosos da arte jurídica buscam a essência e o fundamento da norma no meio social, ou seja, empreendem pesquisas na busca de elementos que estão além dos conceitos presentes nos manuais, e tendem, na maioria das vezes, a promover a equiparação entre *casamento* e *união estável*.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias condena a vantagem concedida ao cônjuge sobrevivente no âmbito da sucessão:

Ainda que a sucessão ocorra prioritariamente entre parentes, não só eles integram a ordem de vocação hereditária. Também *cônjuges* e *companheiros* desfrutam da qualidade de *herdeiro*. Aliás, a lei atual concede-lhes situação privilegiada, ainda que, de forma absolutamente desarrazoada, o tratamento deferido ao viúvo seja bem mais vantajoso do que o concedido ao companheiro sobrevivente. As diferenças são de diversas ordens. Tanto *cônjuges* como *companheiros* têm direito a parte da herança, mesmo que existam herdeiros que os antecedam, eis que concorrem com os descendentes e ascendentes, mas quase sempre a fração do cônjuge é maior do que a do companheiro.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

Em contrapartida, juristas mais tradicionais, os quais ainda não se desprenderam das diretrizes exegéticas do século passado, continuam enfatizando a impossibilidade da equiparação entre os institutos, retomando noções do patriarcalismo e do patrimonialismo presentes nas definições clássicas de família, ou seja, como unidade sócio-econômica, provida ou não de afeto em seu núcleo.

O professor Lafayette Rodrigues sequer aventava a possibilidade da formação de qualquer núcleo familiar senão pelo casamento<sup>5</sup>, demonstrando assim forte apego aos dogmas canônicos, segundo os quais, a união entre homem e mulher deve ocorrer exclusivamente pelo casamento, marginalizando qualquer tipo de relação extramatrimonial.

O fato é que, desde a promulgação da Constituição de 1988, doutrinadores debatem de forma desordenada e sem a devida profundidade a essência do art. 226, § 3º da Carta Maior sobre a *união estável* e sua possível equiparação ao *casamento*.

Independente da linha doutrinária a se adotar, os direitos sucessórios do companheiro continuam a ser abordados pelo Direito de Família e não pelo Direito das Sucessões, que seria o ramo específico e mais adequado para tal.

Notória a importância da família enquanto instituição fundamental para a sociedade e, nesse sentido, é necessário intervencionismo estatal para salvaguardar a preservação das diversas formas estruturais presentes no meio social.

Cabe quantificar a intensidade de tal intervencionismo, ponto em que doutrinadores também divergem, uns velando por maior grau de intervenção, para não banalizar o conceito de família, outros priorizando a liberdade do cidadão, a quem cabe escolher a estrutura familiar que melhor se adapta.

O Estado não deve se abster da sua competência normativa quanto ao estabelecimento de parâmetros para o reconhecimento das instituições familiares. Contudo, necessário sopesar os limites intervencionistas aceitáveis pela sociedade, de forma a não sufocar a intimidade, a liberdade e a autonomia da vontade do indivíduo no momento de constituir uma família.

Assim, reforçam-se as seguintes indagações: Qual foi a real intenção do legislador originário ao elevar a união estável ao status de entidade familiar? As transformações promovidas pela Constituição de 1988 foram recepcionadas pelo Código Civil de 2002? Por que há tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros no direito de suceder?

---

<sup>5</sup> Apud. PIZZOLANTE, Francisco. **União estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo. Ed. Atlas, 1999, p. 19.

Esses questionamentos permearão todas as fases do presente trabalho, pois alimentam inquietações nas mais diversas esferas do conhecimento. Para obter melhor compreensão sobre o assunto é necessário buscar elementos alheios à legislação fria do Direito, mas que também imbricam direta ou indiretamente no Ordenamento Jurídico Pátrio, tais como fatores históricos, religiosos, sociais, econômicos e morais.

A interdisciplinaridade assume papel preponderante na análise das relações extramatrimoniais modernas, a fim de estabelecer parâmetros capazes de diferenciar relações duradouras e criadas com o ânimo de formar núcleos familiares, como se um casamento fosse, das relações adúlteras, aquelas em que a doutrina denomina de *concubinato impuro*, e das relações passageiras, por exemplo, um namoro breve ou prolongado.

Nessa linha de pesquisa identificar-se-ão os pontos de convergência e divergência entre os institutos do casamento e da união estável, para melhor reflexão sobre o papel do companheiro no Direito Sucessório à luz de uma interpretação principiológica das normas infra e constitucionais reguladoras.

# 1 MUDANÇAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: DO DIREITO MATRIMONIAL AOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS

## 1.1 Família

A família sempre foi elemento imprescindível na formação e manutenção das sociedades. Fonte de procriação e de desenvolvimento cultural dos indivíduos, a família é unidade social responsável pelos primeiros passos do sujeito antes de se lançar na sociedade.

Embora o termo seja bastante comum no ordenamento jurídico, a estrutura familiar é complexa e precede o próprio Direito. Não satisfaz buscar no corpo de normas elementos para a conceituação, sua compreensão é interdisciplinar<sup>6</sup> e varia conforme espaço e tempo.

### 1.1.1 Considerações históricas sobre o conceito de família

Há indícios sobre a origem da família desde os povos primitivos, mas, para o presente estudo, o ponto de partida será a instituição familiar romana originada basicamente pelo matrimônio, inserida numa sociedade de cunho patriarcal e valorizadora por dogmas religiosos.

Incontestável que o Direito Civil Pátrio teve sua origem no Direito Romano, logo não há como negar a forte influência dos institutos romanistas, principalmente sobre a ideia de família, no ordenamento jurídico brasileiro.

A concepção romanista de família já era complexa e plurivalente, por vezes se apresentava de maneira ampla e perfazia referência a pessoas, coisas, patrimônio ou coletivo de escravos; em outras, em sentido não tão amplo, restringia-se ao conjunto de pessoas ligadas por um vínculo de parentesco.

Nesse último sentido, o termo família ora se oferecia, como um conjunto de pessoas unidas pelo parentesco cognatício, ora como a totalidade de indivíduos descendentes de um mesmo ancestral, ainda que por vínculo agnado.

Independente da extensão do termo, em Roma, o exercício do poder familiar (*potestas*) era centralizado na figura do *pater familiae*, titular do patrimônio e o responsável

---

<sup>6</sup> Família enquanto fenômeno social levanta inquietações nas áreas da Sociologia, da Psicologia, da Economia, da Política e do Direito. Não há como estudá-la de forma isolada, sob o risco de promover uma pesquisa falha e descontextualizada.

pelo culto doméstico, sem qualquer ingerência da unidade do Estado, que ainda não existia nos moldes modernos.

Os romanos acreditavam na necessidade de cultuar seus ancestrais, sob o risco de serem esquecidos e caírem em desgraça. O valor do culto instituído pelo *pater familiae* superava a importância dada ao afeto natural existente entre os membros da família.

A *potestas* estava diretamente relacionada à garantia da continuidade do culto doméstico, que necessariamente ocorria por meio de um descendente varão, visto que, a filha, após contrair matrimônio religioso, obrigatoriamente abandonava o culto dos pais para seguir o do marido.

A existência de filho havido fora do casamento religioso também não era garantia de continuidade do culto, como consequência, o poder paterno ou patriarcal na sociedade romana alcançava o patamar, em alguns casos, de ter o *pater familiae* que adotar um descendente masculino para assegurar o prosseguimento da religião doméstica, o que demonstrava a importância do casamento religioso e da adoção naquela sociedade.

Como muito bem expõe Silvio Venosa sobre o casamento romano, citando Coulanges,

“O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto”<sup>7</sup>

Nesse sentido, a sucessão assumira papel fundamental entre os romanos, muito mais de ordem religiosa do que patrimonial e exclusivamente na linha masculina, sob a égide do casamento como base legítima de formação das entidades familiares.

As *uniões extramatrimoniais* não eram reconhecidas como forma legal de constituição familiar, mesmo que enraizadas no afeto, sob a alegação de impedir a continuidade dos cultos domésticos, o que traria infelicidade para os antepassados.

Percebe-se, à época, a origem do posicionamento discriminatório sobre as uniões constituídas fora do casamento, fato que perdurou durante longo tempo na sociedade brasileira, sob vários argumentos, como será abordado em momento oportuno.

Há de se considerar, ainda, a influência do direito canônico nas sociedades ocidentais, para melhor compreender os fatores que influenciaram o Direito Pátrio nos dois

---

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo. Ed. Atlas S. A., 2005, p. 21.

últimos séculos e, de alguma forma, pela invocação de legisladores e doutrinadores tradicionais, ainda sobrevive em um Estado que se apresenta como laico.

A influência da Igreja Católica já podia ser percebida na fase final do Império Romano, momento em que o Catolicismo ganhou força e preponderou como religião universal do Império, enfraquecendo a adoração aos cultos domésticos.

O Direito Canônico, com base nos princípios do direito romanista, aproximou ainda mais os institutos jurídicos e a religião, promovendo a inserção dos dogmas eclesiásticos na esfera do Direito, tais como, monogamia, casamento perpétuo, proibição do incesto, piedade cristã, entre outros.

Fortaleceu-se a ideia de casamento como sacramento, indissolúvel – *quod Deus conjunxit homo non separet*<sup>8</sup>– e como única forma legítima de constituição familiar, afastando qualquer hipótese do reconhecimento das relações *extramatrimoniais*.

Nas palavras de Sílvio Venosa, a natureza do vínculo do casamento romano desgarrado do sentido original o aproxima do concubinato. Somente o Cristianismo transforma essa noção, ao considerar o matrimônio um sacramento.<sup>9</sup>

O conceito de família à época atrelava-se diretamente ao matrimônio religioso, como se pode perceber na egrégia exposição de Eduardo Espínola: em acepção ampla, a palavra família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção.<sup>10</sup>

Tal posicionamento é bastante plausível e adequado para o período em que foi criado, abrangendo a consanguinidade e o casamento como fatores indissociáveis da família, além da presença da adoção, que, como já exposto, possuiu papel importante na sociedade romana e ocupa até hoje destaque social, mas em acepções diversas.

O sentido de família constituída unicamente pelo casamento perdurou durante muito tempo no Direito Pátrio dos dois últimos séculos, mas certamente é desatualizada e insuficiente para as atuais aspirações da cultura brasileira, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988, que concebeu contornos muito mais amplos à família moderna.

<sup>8</sup>“O que Deus uniu, o homem não pode separar”. Tradução própria.

<sup>9</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo. Ed. Atlas S. A., 5 edição, v. 6, 2005, p. 42.

<sup>10</sup>Apud: PIZZOLANTE, Francisco. **União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro**. Ed. Atlas S.A., 1999. p. 22.

Todavia, antes de ingressar no estudo da Carta da República vigente, mister realizar maior aprofundamento nos fatores históricos que permearam e ainda tendem a influir na unidade familiar.

Além dos fatores religiosos e de cunho patriarcal, é importante ressaltar a ideia de família enquanto unidade econômica, concepção vigente em terras *brasilis* até meados do século passado, no qual o patrimônio era o epicentro da sociedade.

Originária na Idade Média, a ideia de unidade econômica caracterizava-se pela não intervenção do Estado e pelo contexto econômico preponderantemente agrícola.

A entidade familiar apreendida como unidade econômica estava inserida num contexto patriarcal, no qual os membros subordinavam-se ao ascendente proprietário da terra, local onde se desenvolviam as atividades produtivas e moravam todos os familiares.

O objetivo fundamental era a manutenção dos feudos, por meio da linha sucessória masculina e restrita ao progenitor, único capaz de continuar o patrimônio doméstico. A propriedade não era repartida entre todos os filhos após a morte do patriarca, o desmembramento da terra significaria enfraquecimento da família.

A conceituação de instituição familiar tinha como elemento intrínseco a propriedade. Dificilmente se vislumbraria um conceito de família sem correlacioná-lo à concepção de propriedade e de patrimônio, componentes norteadores dos institutos jurídicos da época.

No entanto, a partir da segunda metade do século XIX, a família patriarcal foi se esvaecendo. Movimentos como Revolução Industrial, proletarização, processo de urbanização, inovações tecnológicas e, em fim, uma crescente intervenção estatal, foram minando os moldes patriarcais da sociedade.

Como consequência, as famílias extensas deram lugar a estruturas nucleares, com número reduzido de membros e com enfraquecido autoritarismo paterno, visto que, com a separação do lar e do local de trabalho, não mais se fazia necessária a manutenção da moradia conjunta e a eterna submissão dos descendentes ao patriarca proprietário da terra.

A disseminação de núcleos familiares na sociedade ensejou novos arranjos familiares e iniciou-se uma crescente tendência de deslocamento da função protetiva das entidades domésticas para o Estado, visto ser a família uma realidade sociológica e núcleo fundamental em que repousa toda a organização social <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Ed. Saraiva, 2001, p. 17.

O processo não foi rápido, tanto que o antigo Código Civil brasileiro criado em 1º de janeiro de 1916 foi elaborado ainda sob um contexto liberal, com intenso individualismo e preponderantemente patriarcal, fomentador de interesses das classes mais poderosas.

O Direito Canônico, com base nos princípios do direito romanista, aproximou ainda mais os institutos jurídicos e a religião, promovendo a inserção dos dogmas eclesiásticos na esfera do Direito, tais como, monogamia, casamento perpétuo, proibição do incesto, piedade cristã, entre outros.

O *Code*, originariamente fonte maior da normatividade brasileira, foi o responsável pela regulação do Direito de Família durante grande período do século XX. Apesar de sua qualidade técnica, enfatizava os atributos privados e patrimoniais da sociedade, transportando-os para os demais institutos jurídicos.

O casamento era perpétuo e tratado como meio oficial de criação de instituição familiar na sociedade brasileira, excluindo do amparo estatal as *uniões extramatrimoniais*, que, embora já constituíssem uma realidade social, eram marginalizadas pela visão católico-jurídica dos legisladores e doutrinadores pátrios.

A família brasileira até meados do século XX ainda continha ranços do patrimonialismo de épocas passadas, da hierarquização interna da família romana, com filhos e esposa subordinados à autoridade paterna e marital respectivamente, e da oficialização da união entre homem e mulher por meio do matrimônio formal e solene, instituído sob a égide das regras estatais.

Apesar de todos os entraves jurídicos, o século passado foi muito importante para a atual acepção *neoconstitucionalista* do termo família contida na Constituição Federal de 1988.

As transformações históricas, culturais e sociais, que ocorreram, tais como, conquista de independência pela mulher, que não mais se subordinou ao marido, técnica de inseminação *in vitro*, isonomia entre filhos, proteção dos conviventes, dentre outros inúmeros fatores, culminaram num conceito de família além do patrimonialismo, do dogmatismo canônico e do patriarcalismo.

Embora o casamento não tenha deixado de ser o cerne da tradicional estrutura familiar, o enfoque *neoconstitucionalista* está centrado em novos elementos que compõem as relações familiares, nos quais se destacam os vínculos afetivos, norteadores da doutrina e jurisprudência brasileiras atuais.

Assim, a família moderna pode ser entendida de maneira bastante ampla, abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins<sup>12</sup>.

O conceito trazido pelo autor Carlos Gonçalves, como acima exposto, traduz até o momento as aspirações da sociedade brasileira, todavia dentro de algum tempo, provavelmente, será considerado ultrapassado e, para algumas culturas talvez nem se coadune mais.

As constantes reinvenções do conceito de família ao longo do tempo foram salutares e necessárias para a adequação do Direito ao contexto socioeconômico, demonstrou a fina sintonia dos Poderes Públicos com as ambições da sociedade.

Nesse sentido, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, conforme expresso no artigo 226, § 3º da Constituição da República de 1988, é resultante da moderna visão ontológica e humanista fomentadora do Direito, a qual resguarda a vontade do indivíduo e privilegia a afetividade como elemento fundamental da estrutura familiar, capacitando o ordenamento jurídico a abarcar uma maior pluralidade de instituições familiares.

Com o viés humanista trazido pelo legislador originário de 1988 os limites que diferenciam o *casamento* e a *união estável* tornaram-se bastante tênues, pois ambos os institutos preenchem-se de novos elementos, com destaque para a *affectio*.

A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais formados pela solenidade do casamento, mas vários arranjos galgam status de entidade familiar, por exemplo, as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Não cabe mais

Independente do formato a se adotar, deve o Estado estar preparado, por meio de legislações eficazes e eficientes, a assegurar a sobrevivência da família, enquanto unidade basilar de toda a sociedade.

### 1.1.2 Evolução jurídica: do Código Civil de 1916 ao novo Código Civil

O termo família é bastante amplo e comum no Direito Pátrio e sempre foi utilizado em diversas acepções. Cada ramo do conhecimento constrói sua própria definição sobre o instituto, cada qual abordando o assunto com elementos próprios e peculiares, mas, não necessariamente, com as mesmas identidades.

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Ed. Saraiva, 2001, p. 17.

Não há como exigir, por exemplo, que a Sociologia, a Antropologia, a Teologia, o Direito ou qualquer outra vertente do conhecimento atinjam um consenso sobre o conceito de instituição familiar. O próprio Direito, por meio de suas ramificações, dispõe de entendimentos diversos sobre o assunto, que ganha contornos mais amplos ou restritos conforme a necessidade e vontade de legisladores e aplicadores da norma jurídica.

Uniformizar um conceito jurídico para família, seja amplo ou restrito, seria perigoso, pois, enquanto fenômeno social é necessário considerar eminentes influências, tais como, época, ordem econômica, política, diretrizes religiosas, peculiaridades de cada cultura, entre outros diversos elementos dinâmicos e mutáveis.

O que há de se ter em mente é a necessidade de entender as normas instituídas pelo Estado conforme o contexto socioeconômico, para, assim, extrair a essência do conjunto normativo. Pretender um estudo do Direito em separado da realidade social é olvidar da sua própria finalidade enquanto instrumento de busca das ambições sociais.

É de fundamental importância equalizar a codificação jurídica aos anseios da sociedade, a fim de viabilizar meios sustentatórios às instituições familiares, garantindo-lhes sobrevivência com dignidade por meio de normas eficazes e eficientes, sem deixá-las em desamparo e a mercê das vontades de determinados grupos sociais.

Assim, como assevera Manoel Gonçalves Filho, o Estado deve se preocupar em zelar pela maternidade, pela infância, pela adolescência e pelas famílias de prole numerosas<sup>13</sup>, com constantes políticas públicas voltadas para a proteção do maior número possível de famílias, independente de sua nomenclatura.

Ocorre que, nem sempre essas foram as diretrizes dos Poderes Públicos, as normatizações ao longo da história brasileira mostraram posições diversas sobre a proteção da instituição familiar.

As Constituições de 1824 e 1891 nada trouxeram sobre o assunto, despontando somente com o Decreto 181/1891, artigo 56, parágrafo 1º, com previsão da família legítima formada exclusivamente pelo casamento. A essência do dispositivo foi mantida como referência nas Constituições subsequentes, em 1934 (art.144)<sup>14</sup>, 1937 (art. 124)<sup>15</sup>, 1946 (art.163) e 1967 (art.167)<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 325.

<sup>14</sup> **CF/1934**. Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

No âmbito civil, com o advento do Código de 1916, diploma que apreendeu posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio no último século, enquanto fonte principal da exegese do Direito, vigorou a interpretação fria e literal das normas, de forma a prevalecer a principiologia do direito privado, tolhendo os contornos sociais dos institutos.

A unidade familiar oficial permaneceu àquela formada exclusivamente pelo casamento, restando às *uniões extramatrimoniais*, denominadas à época como *concubinatos*, marginalização pelo Estado, o qual as excluía do albergue do Direito de Família e das Sucessões (assunto que será tratado em momento oportuno).

Notória a forte tendência de afastar do amparo do Estado as relações formadas entre homem e mulher sem as solenidades conferidas ao casamento civil, sendo muitas as restrições impostas pelo antigo Código Civil a esses arranjos familiares.

Esses tratamentos em desfavor do *concubinato* foram resquícios de posicionamentos jurídicos portugueses de épocas passadas, que ultrapassaram séculos e perduraram até se cristalizarem no Código Civil de 1916.

As Ordenações Afonsinas (Século XIV) já traziam vedações às *uniões extramatrimoniais*, mesmo que por motivos diversos à normatização brasileira. No Livro V, Título VIII, constava proibição de um homem casado comparecer à Corte com sua concubina; no Título VXIII, havia penalidades para concubinas envolvidas com clérigos; no Título XX, trazia vedação quanto à doação de bens do homem casado à amante.

Os dispositivos implementados durante o reinado de D. João I a pedido da Igreja Católica proibiam e previam penalidades às *concubinas* que se relacionassem com clérigos e padres. Estes, por sua vez, diante do relacionamento efêmero, corriam o risco de serem excomungados pela Igreja.

Muitos eram os impactos na sociedade diante dos relacionamentos entre religiosos e concubinas, como bem trazem Francisco Pizzolante,

---

<sup>15</sup> **CF/1937**. Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

<sup>16</sup> **CF/1967**. Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Devido aos clérigos e padres manterem concubinas aos olhos de toda gente, vestidas melhor que as mulheres dos leigos [o que denota melhores possibilidades patrimoniais], muitas mulheres preferiam concubinar-se com os ditos religiosos, causando grande conturbação da ordem, ofensa ao pátrio poder (...) descaso dos leigos para com a Igreja e porque as almas dos religiosos estavam em perigo (...) Era vedada a doação ou venda à concubina, por homem casado.<sup>17</sup>

As Ordenações Manuelinas (Século XV) ratificaram muitos dos dispositivos das Ordenações Afonsinas, mas com novidade no Livro IV, Título VIII, que possibilitou a cônjuge desfazer a doação ou venda feita por seu marido à concubina.

Em consequência, os bens doados ou vendidos deixavam de fazer parte do patrimônio do marido infiel, impossibilitando também sua reipersecução, o que demonstra o repúdio e o forte caráter punitivo aplicado à conduta efêmera. No mesmo sentido, a cônjuge traída, comprovada a doação ou venda dos bens à amante, tornava-se emancipada e legitimada para recuperá-los.

Em período posterior, final do século XVI e início do XVII, houve atualização dos institutos presentes nas Ordenações Manuelinas, consagrando-se nas Ordenações Filipinas, que constavam de cinco livros sem muitas diferenças quanto aos diplomas anteriores.

No livro IV, Título LXVI, estava novamente prevista a proibição de doação ou venda de bem da família pelo marido infiel à concubina. Desta vez com sutil e importante modificação, além de manter a legitimidade da cônjuge, conferiu-se aos descendentes capacidade para reipersecutir os bens alienados em favor da amante.

As Ordenações Filipinas tiveram a vida mais longa entre todos os diplomas portugueses mencionados, devendo-se ressaltar a sobrevivência de alguns dos seus dispositivos, os quais se “encontravam em pleno uso quando da promulgação de nosso Código Civil, em 1917”<sup>18</sup>.

Notória a ênfase dos diplomas portugueses aos direitos negativos quando o assunto era *uniões extramatrimoniais*. Em nenhum momento os dispositivos codificaram proteção para as uniões constituídas sem a solenidade do santificado matrimônio, embora já reconhecessem a existência, mesmo como relações efêmeras e com os respectivos impactos sociais.

<sup>17</sup>PIZZOLANTE, Francisco. **União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo, Editora Atlas, 1999. Pág 41 e 42.

<sup>18</sup>PIZZOLANTE, Francisco, op. cit., Pág. 49.

Nos diplomas lusitanos acima tratados, sobressai a forte influência dos dogmas do cristianismo e do protecionismo patrimonial, com a conseqüente preferência do *sagrado casamento* sobre as *uniões extramatrimoniais*.

Diferentemente não poderia ser com o antigo Código Civil Pátrio, que, como já mencionado, ancorou em seus dispositivos os princípios das eminentes Ordenações Portuguesas com a influência do consagrado Clóvis Beviláqua, autor do Projeto Primitivo do Código, que foi projetado em abril de 1889 e concluído em novembro daquele ano, sendo aprovada em 1912 pelo Senado Federal com 186 emendas, vigendo a partir 1º de janeiro de 1917<sup>19</sup>.

Para ilustrar o que já foi dito até o momento, necessária breve análise do artigo 1.177 do antigo *Code*, “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. O dispositivo é fonte incontestável do protecionismo estatal inserido no ordenamento jurídico para proteção do casamento, de forma a angariar meios para a manutenção do relacionamento matrimonializado como única forma legítima de formação familiar.

Quanto ao melhor entendimento sobre o dispositivo, à luz dos fortes resquícios das Ordenações Portuguesas, vige a lição de Clóvis Beviláqua, “a disposição deste artigo é geral, abrange ambos os cônjuges, o marido e a mulher, e não distingue regime de bens. Ainda que os cônjuges tenham patrimônios separados, **qualquer deles** tem direito de anular a doação que o outro fizer ao seu cúmplice em adultério”.<sup>20</sup> (*grifos próprios*).

O antigo Diploma Civil brasileiro como extensão dos ensinamentos lusitanos e em atendimento aos anseios da classe detentora do poder, formada preponderantemente por famílias cristãs e possuidoras de propriedades, com fortes influências no mundo da política, manteve o casamento como instituição familiar legítima e limitou-se a tratar as *uniões extramatrimoniais* como relações efêmeras. Desprezando qualquer ânimo de constituição familiar que pudesse existir no interior da relação.

O reconhecimento do *concubinato* pelo Código ficou a cargo do artigo 363, I, e se restringiu à possibilidade de ação de reconhecimento da filiação, de filhos ilegítimos contra os

---

<sup>19</sup> COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 259.

<sup>20</sup> PIZZOLANTE, Francisco. **União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo, Editora Atlas, 1999. Pág 49.

pais, desde que ao tempo da concepção a mãe estivesse concubina com o pretendido pai e não houvesse qualquer impedimento dirimente absoluto ao casamento<sup>21</sup>.

Todavia, muitos acontecimentos ocorreram na sociedade e as transformações foram inevitáveis. A existência de um Estado Liberal não mais se coadunava com a realidade social, que necessitava de proatividade dos Poderes Públicos, como entidades legítimas e capazes de produzir normas eficazes e eficientes.

Surgiram diversos arranjos familiares, que exigiram do Estado reconhecimento e proteção, inicialmente concedidas com exclusividade ao casamento. O antigo Código Civil demonstrara-se incapaz de salvaguardar os direitos dos novos moldes familiares.

Aos poucos o cenário foi sendo modificado. Muitos direitos foram gradativamente reconhecidos ao *concubinato* e demais faces da família brasileira por meio de atuações dos Poderes Públicos, sejam por leis esparsas do Legislativo ou por Jurisprudências dos Tribunais Superiores, com edições de importantes Súmulas (assunto que será tratado em item específico).

As legislações, aos poucos, passaram a objetivar a equiparação entre os filhos, entre os cônjuges e entre estes e os *conviventes*. Mas, longo foi o caminho até alcançar o patamar Constitucional de 1988, momento do apogeu dos Princípios da Igualdade<sup>22</sup> e da Dignidade da Pessoa Humana<sup>23</sup> no núcleo familiar, que resultou no reconhecimento das diversas formas estruturais de famílias que brotaram ao longo do tempo em terras *brasilis*, preferindo-se a união por laços afetivos a qualquer outro fator.

Assegurar os direitos da prole, independente se legítima<sup>24</sup> ou ilegítima, tornou-se cada vez mais prioritário na atuação normativa do Estado. Embora o Código Civil de 1916 admitisse ação de reconhecimento de filiação, de filhos ilegítimos em desfavor dos supostos pais biológicos, ainda era muito precária a normatização.

---

<sup>21</sup> **CC/16. Art. 183.** Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil; II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo; ; III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376); IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive.

<sup>22</sup> **CF/88. Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

<sup>23</sup> **CF/88. Art. 1º** - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana.

<sup>24</sup> **Filiação legítima** é a proveniente da família legítima, ou seja, os filhos havidos durante o casamento. Art. 229 do CC/16. “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (arts. 352 a 354).

Em 1942, com o Decreto-Lei nº 4.737, artigo 1º, o dispositivo civil foi ratificado e autorizou o filho havido pelo cônjuge fora do casamento, **após o desquite**, a demandar pelo reconhecimento da filiação. Mas ainda era pouco face ao direito e à importância de uma criança conhecer seus verdadeiros pais.

A Lei nº 883/49 possibilitou o reconhecimento voluntário ou judicial de filho ilegítimo pelo cônjuge, desde que dissolvida a sociedade conjugal. Não impôs a necessidade do desquite, como fez o Decreto-Lei 4.737/42, admitindo-se quaisquer formas de dissolução do matrimônio existentes à época. Atribuiu ainda direito sucessório mitigado ao filho ilegítimo, que poderia pleitear Alimentos, em segredo de justiça, mesmo restando por vigorar a sociedade conjugal.

Em 1977, com a Lei nº 6515, artigo 51, os cônjuges não mais precisavam aguardar a extinção da relação conjugal para reconhecer filho havido fora do casamento, bastava o reconhecimento via testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho. A Egrégia Lei também instituiu igualdade de condições entre filhos legítimos e ilegítimos no direito à herança.

A Lei nº 7.250/84 permitiu, desde que por sentença transitada em julgado, o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuo.

Com a Constituição da República de 1988, não mais se falou em filhos legítimos ou ilegítimos, além de proibir qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Unificou-se a partir de então a *isonomia* entre quaisquer tipos de filhos, sejam havidos ou não do casamento e os adotados (art. 227, § 6º).

Leis infraconstitucionais posteriores surgiram para ratificar e complementar o posicionamento do legislador originário. A Lei nº 8.069/90, art. 20 e o Código Civil de 2002, art. 1.596 mantiveram proibição de designações discriminatórias relativas à filiação.

Já a Lei nº 8.560/92 introduziu no ordenamento a irrevogabilidade do reconhecimento de paternidade, além de aprovar o direito de um filho demandar pelo seu reconhecimento contra seus supostos pais biológicos a qualquer tempo, sejam casados ou não.

Não há mais espaço para codificações restritivas no âmbito do reconhecimento de filiação havida fora do casamento. Perante a égide neoconstitucionalista dos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, cabe ao Estado e à família garantirem à criança, a qualquer tempo, direito ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** (art. 227, *caput*), que são elementos indispensáveis e irrenunciáveis ao pleno desenvolvimento da criança.

A *igualdade* de tratamento entre cônjuges na legislação brasileira também percorreu árdua jornada até seu apogeu constitucional em 1988, pois precisou quebrar muitas barreiras histórico-sociais, em destaque o patriarcalismo remanescente desde o Império Romano.

No Código Civil de 1916, a mulher não tinha voz de decisão na vida política, pois lhe era negado o direito de sufrágio. Além do mais, o marido era o chefe da família, administrador dos bens comuns e particulares da esposa, conforme o regime de bens, bem como o representante legal dos filhos menores de idade e da mulher, a qual após o casamento tornava-se relativamente capaz.

Para a mulher casada praticar atos da vida civil necessitava de prévia autorização do marido, por meio de instrumento público ou particular previamente autenticado (Art. 243, CC/16), sob o risco de nulidade do ato praticado. A depender do regime de bens, caso, por exemplo, fosse o da comunhão universal, a mulher deveria ressarcir as possíveis perdas sofridas pelo marido diante da falta de autorização marital na prática do ato.

Ressalte-se ainda que o cônjuge varão incorria em erro essencial sobre a mulher se constatasse seu defloramento anterior ao casamento. Como resultado, o marido enganado tornava-se legitimado a pedir anulação do casamento (Artigos 219 e 220 do CC/16).

Em 1962 foi publicada a Lei nº 4.121<sup>25</sup>, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada. A Lei, em seu artigo 1º, modificou muitos dos dispositivos do antigo Código Civil, no sentido de amenizar as desigualdades entre os cônjuges.

A mulher assumiu condição de companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cabendo-lhe velar pela sua manutenção e administração, caso detivesse bens ou rendimentos próprios, estaria obrigada a contribuir para as despesas comuns da família.

No exercício do pátrio poder familiar em conjunto com o marido, embora prevalecesse a decisão do varão quanto a melhor administração da família, sobrevindo divergência entre os consortes, era assegurado à mulher recorrer ao Judiciário para dirimir o conflito.

Foi devolvida à mulher sua capacidade absoluta, conferindo-lhe poderes de exercer algumas atividades no meio jurídico sem necessidade de autorização do marido, desde que não houvesse impedimento legal.

---

<sup>25</sup> A lei ficou conhecida popularmente como Estatuto da Mulher Casada.

Ponto de eminente relevância foi a instituição do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, desde que não desquitado, casado sob o regime da comunhão universal, permanecesse no estado de viuvez e o imóvel fosse único da natureza.

O dispositivo representa a forte preocupação em assegurar um local para moradia da mulher, que, em regra, seria dentre os cônjuges o mais vulnerável após a morte do marido e a consequente partilha do bem.

Não bastava somente proteger a mulher na vigência da relação matrimonial e *post mortem* do cônjuge, necessitava-se de um instituto que regulasse o término do casamento provocado pela livre vontade dos nubentes em não mais manterem vida conjugal, com os consequentes efeitos patrimoniais, visto que, no Código Civil de 1916, o matrimônio era perpétuo e o desquite não colocava fim ao casamento.

No ano de 1977 foi criado o instituto do *divórcio* com a Emenda Constitucional nº 9, que ensejou a publicação da Lei nº 6.515/77, responsável pela regulação da dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

Como resultado da referida lei, foi introduzido no ordenamento jurídico a possibilidade de findar o casamento por meio do divórcio. Isso fomentou o surgimento de inúmeras famílias fragmentadas no meio social, ou seja, aquelas formadas somente pelo pai ou pela mãe e seus descendentes.

A família, enquanto base da sociedade e fonte formadora do caráter dos indivíduos, sempre foi objeto de desejo da grande maioria das pessoas. Na medida em que famílias se dissolviam pelo divórcio, os cônjuges acabavam por se relacionarem com outras pessoas e constituíam novas famílias, as quais foram denominadas como famílias reconstituídas<sup>26</sup>.

Os novos arranjos familiares ensejaram a nova face da família brasileira, sendo formadas pelas mais diversas estruturas, dentre elas, as monoparentais, as constituídas pelo casamento, pelas uniões estáveis e pelas uniões homoafetivas, todas pressionando o Estado por reconhecimento, proteção e direitos.

Diante de uma realidade imbricada em ampla diversidade estrutural de famílias, cada qual com elementos próprios, tornou-se impossível auferir um único conceito para o instituto. Nem mesmo o elemento consanguinidade, vigorante por muito tempo como essencial para a definição, mantivera suficiente.

---

<sup>26</sup> BRAUNER, Marai Cláudia Crespo. **O Pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família**. In: WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen (coordenador). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004, Pág. 274.

As relações familiares assumiram caráter teleológico, transferindo para o bem estar dos seus membros o motivo maior da existência da família. Assim, as barreiras do parentesco sanguíneo foram ultrapassadas até o alcance do parentesco socioafetivo, em que as relações de afetividade se tornaram essenciais para formação e manutenção da família, independente da estrutura a ser adotada.

Diante à imensa pluralidade de arranjos familiares e em respeito a cada um, com suas peculiaridades, coube ao Estado legislar em prol da nova configuração social, levando em conta o afeto como elemento orientador e preponderante para a formação da atual família brasileira.

Todo esse processo ensejou no advento da Constituição da República de 1988, que sensível à nova realidade, estendeu proteção às famílias formadas sem a solenidade do casamento. O diploma reconheceu como entidade familiar a união estável e a comunidade formada entre quaisquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º); proclamou a equiparação entre cônjuges em direitos e deveres (art. 226, § 5º); enfatizou a dissolução do casamento por meio do divórcio (art. 226, § 6º); apregoou liberdade às famílias em se constituírem, mas com garantia protecional do Estado (art. 226, §§ 7º e 8º); e instituiu absoluta isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º).

Dispositivos infraconstitucionais de diversos ramos do Direito, em conceituações posteriores à Carta Política, seguiram a mesma tendência neoconstitucionalista, impondo ao elemento afeto papel preponderante e orientador das codificações, assim, fomentando os parâmetros para a atuação do legislador.

A Lei nº 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, nos artigos 83<sup>27</sup> e 241<sup>28</sup>, traz conceitos bastante ampliados de família, ou, nas palavras de Maria Helena Diniz, amplíssimo<sup>29</sup>, de forma que podem constituir a família cônjuge ou companheiro, pais, filhos, padrasto, madrasta, enteado e demais pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.

---

<sup>27</sup> **Art. 83:** “Poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial”.

<sup>28</sup> **Art. 241:** “Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual”.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo. Ed. Saraiva, 24ª edição, 2009, p. 9.

Na mesma linha estão a Lei do Inquilinato<sup>30</sup> (Lei nº 8.245/91) e o art. 1.412, § 2º do Código Civil de 2002<sup>31</sup>, nos quais os limites do conceito são estendidos ao extremo da afinidade: o primeiro dispositivo extrapola os limites às pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel; já o segundo introduz as pessoas prestadoras de serviço doméstico.

Por vezes o termo se apresenta na acepção *lata*<sup>32</sup>, compreendendo os cônjuges ou companheiros e seus filhos, parentes da linha reta ou colateral, afins ou naturais: Lei nº 8.245/91, art. 47, III<sup>33</sup>; Artigos. 1.593, 1.697, 1.829, II, III e IV do CC/02<sup>34</sup>.

Ainda pode ser utilizado na forma restrita, compreendendo somente pais (cônjuges ou companheiros) e filhos: Art. 1.716, CC/2002, “A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade” e Lei nº 8.213/91, art.16, “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”.

Em termos gerais, o ano de 1988, com a Constituição Federal, foi o divisor de águas no ordenamento jurídico pátrio, pois representou eminente modificação de paradigma no Direito de Família.

Muitas foram as inovações na conceituação de entidade familiar, mas para o presente trabalho importará a concepção neoconstitucional que concedeu à *união estável* status de entidade familiar.

<sup>30</sup> **Lei nº 8245/91, Art. 11, I:** Morrendo o locatário, ficarão sub - rogados nos seus direitos e obrigações: I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel;

<sup>31</sup> **CC/2002, Art. 1412, § 2º:** As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009, p. 10.

<sup>33</sup> **Lei 8245/91, Art. 47.** Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: III - se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

<sup>34</sup> **CC/2002, Art. 1.593.** O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. **CC/2002, Art. 1.697.** Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. **CC/2002, 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.

A partir da aludida previsão, diversas foram as codificações a fim de regulamentar o instituto, dentre as principais, a Lei nº 8.971/94, reguladora do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei nº 9.278/96, que regulamentou o artigo 226, § 3º da CF/88 e assegurou aos companheiros, dentre outros, o direito de herdar. As mencionadas leis foram alvo de muitas críticas, principalmente por manterem vigências simultâneas. (assunto que será abordado a partir do próximo tópico).

## 1.2 Do concubinato à união estável

A união informal entre homem e mulher não é fato da sociedade moderna, sua existência é antiga e sempre sofreu tratamento discriminatório. Tem-se notícia desde o Direito Romano, em que o casamento religioso era única forma legítima de constituição da família, capaz de produzir descendentes varões legitimados a dar continuidade ao culto doméstico.

A importância do casamento, nas palavras de Coulanges, consumara-se em seu “efeito, o qual, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto”.<sup>35</sup>

Já as *relações extramatrimoniais*, embora ensejassem filhos, esses não eram convalidados à continuidade do culto dos antepassados romanos, fato que denotava o caráter de inferioridade das relações constituídas sem o casamento, mesmo que presentes todas as qualidades de uma família matrimonial.

A manutenção da *potestas* romana dependia do casamento, pois os romanos acreditavam na necessidade de idolatrar seus antepassados, sob o risco de causarem infelicidade ao *pater familiae* falecido. Com todo esse apego ao matrimônio, restavam às *uniões extramatrimoniais* marginalização e repúdio pela sociedade romana.

Preponderante ainda para a estagnação protetiva e estigmatização das relações informais foi a forte influência dos dogmas eclesiásticos que assolaram as sociedades ocidentais desde a fase final do Império Romano, caracterizados pela veemência no combate às uniões livres.

Como consequência, o casamento, enquanto representação da vontade de Deus, tornou-se perpétuo, indissolúvel e monogâmico. Qualquer outra forma de união era repudiada pela Igreja, tratando os conviventes como pecadores e indignos da benção divina. O poder da

---

<sup>35</sup> Apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo. Ed. Atlas S. A., 2005, p. 21.

“Santa Instituição” acabava também por pressionar o Estado em desfavor das *uniões informais*.

Muitas foram as normatizações com intuito de impedir proteção às *relações extramatrimoniais* e alavancar o casamento como única estrutura familiar legítima, detentora de todo amparo estatal voltado para a garantia de sua sobrevivência e desenvolvimento no seio da sociedade.

Ao *concubinato*, por sua vez, foi negado abrigo e posto à margem da normatização. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, muitas foram as tentativas em acometer tratamento discriminatório ao instituto, que fora abordado, na grande maioria das ocasiões, como sinônimo de relação efêmera, formada exclusivamente por homem e mulher em adultério.

A doutrina clássica para se opor ao *concubinato* tende a fragilizá-lo e asseverar contra a facilidade de conviventes desconstituírem esse tipo de relação, além de defender falta de assistência ao concubino abandonado quando da ruptura do relacionamento. Assim, “a união livre difere do casamento sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes”.<sup>36</sup>

Esse cenário desfavorável às *uniões informais* não mais vigora em tempos atuais, embora ainda haja muito a evoluir. Somente com a modificação paradigmática introduzida pela promulgação da Constituição Federal de 1988, momento de reconhecimento do *concubinato puro* como *união estável* e desta como entidade familiar, dignificou-se, por meio de codificação, a real proteção dos Poderes Públicos à convivência *more uxorio*, concedida anteriormente com exclusividade ao casamento.

A preocupação até o presente momento foi expor a evolução da família ao longo do tempo, mas sem esgotá-la, visto sua ampla grandeza e complexidade. Paralelamente foram trazidas características e conceituações que facilitarão a compreensão do estudo da *união estável* no ordenamento jurídico pátrio.

Cabe, a partir de agora, aprofundar o estudo em relação à *convivência more uxorio* no ordenamento jurídico brasileiro, expondo sua origem como mera *união livre*, restrita a classes inferiores como no período colonial, até o atual entendimento sob a perspectiva de entidade familiar e sob a nomenclatura de *união estável*, digna de plena proteção pelo Estado.

---

<sup>36</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, Vol.VII, 2007. Pág. 603.

### 1.2.1 Tendências do Direito Brasileiro a cerca da União Estável antes da Constituição Federal de 1988.

A disseminação de *uniões informais* no ambiente da sociedade sempre se revelou como fato social. Os maiores problemas foram a falta de normatização e o tratamento discriminatório, ensejadores de faltas de proteção e de reconhecimento desses arranjos, que, embora deixassem de receber status de família ao longo do tempo, vislumbram-se como importantes núcleos familiares na atualidade, dignas de pleno asilo pelo Direito pátrio.

Em termos de Direito de Família, o casamento manteve-se como entidade familiar legítima, detentora de todas as vantagens e proteções possíveis auferidas pelo Estado. Já, às *uniões extramatrimoniais*, embora integrassem a realidade social brasileira, restavam discriminação e repúdio face ao casamento.

Desde o Brasil colônia, as *uniões informais* entre homem e mulher possuíram papel fundamental nas classes menos favorecidas, constituindo principal meio de composição familiar entre os escravos, por não ser-lhes concedido o direito da união matrimonial. Fato que fomentou a crescente proliferação de relacionamentos livres entre os integrantes da classe em questão.

Embora as uniões sem matrimônio fossem repudiadas pelas castas superiores, por conta da influência dos dogmas eclesiásticos, nada e ninguém as impediam. Suas realizações, até certo ponto, representavam lucro para os senhores das terras.

Como a economia era preponderantemente agrária, as terras eram a principal fonte de riqueza. Os filhos advindos das uniões entre escravos representavam aumento do número de criados e, conseqüentemente, acréscimo de mão-de-obra para trabalhar na terra. Logo, não importava para o senhor o tipo de relação que geraria sua mais nova fonte de trabalho, desde que não fosse por meio do matrimônio, restrito aos brancos.

Nas camadas detentoras do poder, marcadas por famílias proprietárias de terras, prevalecia a *união matrimonial*, que era utilizada como forma de aquisição de novas propriedades e de alavancamento do status social, devido ao tratamento da família como unidade socioeconômica.

Era comum, à época, a utilização de dotes, valores acertados entre famílias para garantia de futuro casamento entre descendentes de cada uma delas. Assim, atrelava-se a formação do matrimônio ao patrimonialismo.

Como resultado, os casamentos eram arranjos e visavam somente o enriquecimento patrimonial e manutenção do *status* das famílias. A união dos nubentes estabelecia-se independente de existência de afeto, que poderia surgir ou não com o convívio.

A falta de afinidade entre os cônjuges vislumbrou novo fator para a proliferação de relacionamentos informais e espúrios. Muitos eram os casos de homens casados que mantinham relacionamentos extraconjugais, seja por afeto ou pelo simples fato de saciarem seus desejos carniais. Essas relações eram temporárias e não tinham ânimo de constituírem famílias.

O casamento inter-racial também não era bem aceito perante as classes mais poderosas da sociedade, visto os brancos serem considerados raça superior às demais, o que obrigavam os casais de raças distintas constituírem uniões fora do matrimônio.

Os valores apregoados à época eram por demais distintos dos almejados em tempos atuais. O casamento moldava-se a uma sociedade contratual, de cunho preponderantemente patrimonial, instituída pelas famílias sem qualquer preocupação com a afetividade.

Já na classe dos escravos, as *uniões extramatrimoniais* firmadas entre seus membros apresentavam características bem próximas do *concubinato puro*, pois, na maioria das vezes, eram formadas com ânimo de constituírem família e dividirem as canseiras da vida.

As codificações reguladoras dos direitos das famílias no período colonial eram precárias e subsistia a vontade da classe detentora do poder, que oficialmente imperava com seus valores no meio social, abominando, assim, o reconhecimento das relações informais, por não representarem meio hábil de acúmulo patrimonial, por restringirem-se às classes inferiores e às “escapadas” dos maridos fora do casamento, além de serem rigidamente condenadas pela Igreja Católica.

Assim, fomentou-se a proliferação de relações informais no meio social, bem como a crescente estigmatização dessas uniões em terras *brasilis*, associando-as sempre a relações adúlteras e indignas de quaisquer proteções pelo Estado.

Somente com o fim do período colonial começou a despontar codificações que regulassem os interesses das famílias, mesmo assim, preponderaram as origens lusitana e canônica. O Decreto nº 181/1891, no artigo 56, parágrafo 1º, previu a família legítima formada exclusivamente pelo casamento indissolúvel.

Em 1917 foi publicado o Código Civil, com vigência formal até a publicação do atual Código em 2002. Diz-se formal por que materialmente, em termos de Direito de

Família, sua efetividade faleceu com o *neoconstitucionalismo* de 1988 (assunto que será abordado em item próprio).

O contexto instaurado à época da criação do *Code* de 1916 ainda era preponderantemente liberal, patrimonialista, conservador e individualista, conduzindo a criação dos dispositivos civis sob a égide católico-jurídica dos legisladores e doutrinadores pátrios e portugueses.

O diploma assumira papel importante no ordenamento pátrio, inaugurando o centralismo jurídico enquanto cerne do Direito. Contudo, não trouxe muitas inovações, a essência da família continuou a mesma do Decreto nº 181/1891.

A família legítima permaneceu àquela formada exclusivamente pelo matrimônio solene e indissolúvel. Embora houvesse previsão do desquite, o instituto não propunha o fim do matrimônio, mas, tão somente, a separação de corpos.

Os ex-cônjuges não podiam contrair novo matrimônio, sob o risco de incorrerem em bigamia, tinham então que recorrer às relações mantidas em *more uxorio*, fato que contribuiu ainda mais para o crescente aumento desse tipo de relação no meio social.

Embora o Estado não propusesse alternativas para as pessoas contraírem novas famílias, acabava por dificultar ainda mais suas vidas, impondo às *uniões extramatrimoniais*, denominadas pelo Código como *concubinatos*, marginalização normativa, excluindo-os do albergue do Direito de Família e das Sucessões.

Muitas foram as privações impostas pelo Diploma civil às uniões livres, ignorando direitos básicos aos conviventes à luz do Direito de Família, tais como, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina e a sua inclusão como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Nem mesmo os filhos provenientes dos *relacionamentos extramatrimoniais* escaparam das restrições impostas pelo Código, pois não tinham sua filiação assegurada pela lei, independentemente se fossem filhos naturais, os nascidos de pais sem impedimentos matrimoniais, ou espúrios, aqueles havidos em injustas núpcias por pais impedidos de casarem entre si.

Dentre os havidos fora do casamento, somente os naturais podiam ter a filiação reconhecida, embora não se assegurasse igualdade de condições com os filhos legítimos enquanto não se consumasse o casamento entre os pais (Art. 352 e 353). Aos filhos espúrios, sequer se coadunava possibilidade de reconhecimento (Art. 358), proibição que perdurou até 1989, com a publicação da Lei nº 7.841.

A diferenciação de tratamento entre os filhos representou, à época, uma tímida admissão de uniões *more uxorio* formadas sem a presença do adultério. Fato que serviu para posterior diferenciação entre o *concubinato puro* e o *impuro*.

No mesmo sentido, o Código, no Art. 361, I, permitiu ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubinada com o pretendido pai. Nesse caso, “já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro e, por isso, presumia, *juris tantum*, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino”<sup>37</sup>.

Embora já se admitisse algum direito ao filho ilegítimo e natural, a concubina ainda estava em desamparo, visto a possibilidade da doação feita pelo cônjuge adúltero à sua cúmplice poder ser anulada pelo cônjuge enganado ou por quaisquer dos herdeiros necessários, no prazo prescricional de até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.

O dispositivo reforça a tese combativa aos relacionamentos efêmeros, os quais eram repugnados pela falta de moralidade e pela ofensa aos bons costumes, longe de quaisquer proteções pelo Estado, bem como forma protetiva do patrimônio da família.

Aos poucos “leis esparsas e entendimentos jurisprudenciais começaram a vislumbrar direitos ao *concubinato puro*”<sup>38</sup>, com o intuito de complementar e, em alguns casos, revogar dispositivos do Código Civil, que não mais se coadunavam com a realidade social.

Em termos previdenciários, com o advento do Decreto-Lei nº 7.526/45, concedeu-se à concubina, desde que existisse dependência econômica da mulher ao homem no relacionamento, direito à pensão previdenciária por morte.

Em 1962, com a publicação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), houve uma crescente tomada de espaço pela mulher na sociedade, culminando na gradativa conquista de direitos ao longo dos anos.

Nesse ínterim, a mulher adquiriu maior autonomia em relação ao homem, conquistou o mercado de trabalho e passou a decidir sobre o próprio destino. Não foi um processo rápido, longa tem sido a luta da mulher por melhorias de condições junto ao homem. Mas, sem perder o foco, é importante enfatizar que todo o processo de independência da mulher estremeceu a tradicional conjuntura familiar.

---

<sup>37</sup> Concubinato puro: união livre formada entre homem e mulher sem os impedimentos para constituírem matrimônio. O concubinato para ter amparo dos Poderes Públicos deveria, e ainda deve, atender os mesmos requisitos do casamento.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Vol. 6. Pág. 256.

A mulher não mais se submeteu ao homem e coube-lhe decidir qual arranjo familiar melhor se enquadrava em sua vida, pois passara a ter que conciliar vida profissional com os afazeres domésticos.

Muitas não aceitavam esse tipo de jornada e optavam por suas vidas profissionais face à formação de uma família, preferindo manter *relacionamentos livres*, sem quaisquer formalidades e, muitas vezes, nem mesmo coabitando com o parceiro sobre o mesmo teto.

Diante dos inúmeros acontecimentos que assolavam a sociedade, os dogmas da Igreja Católica gradativamente perderam força, ensejando cada vez mais espaço para as convivências do tipo *more uxorio*.

Não que o casamento tenha deixado de ser a forma tradicional e legítima de constituição da família, o matrimônio ainda continuou objeto de desejo de muitas pessoas, mas outros arranjos ganharam importante vulto social. As pessoas e as autoridades estatais passaram a aceitar, como forma de respeito à liberdade de cada indivíduo, diversos arranjos familiares, todos com plena capacidade de garantir a felicidade.

Em 1973 foram publicadas as Leis 5.890 e 6.015, que concederam, respectivamente, à concubina o direito de vigorar como dependente do segurado, desde que convivessem mais de cinco anos juntos, e de adicionar ao seu nome o sobrenome do companheiro.

O ano de 1977 foi muito importante para o Direito de Família, como resposta à ineficácia e à falta de efetividade do Desquite, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 9, que, no mesmo ano, fez surgir a Lei nº 6.515, a qual, dentre outras providências, regulou a dissolução do casamento pelo Divórcio, instituto hábil a por fim ao matrimônio.

A codificação do novo instituto no âmbito do Direito de Família trouxe modificações significativas, tais como, minou ainda mais as influências eclesiásticas no mundo jurídico e jogou por terra, em definitivo, a ideia de indissolubilidade do matrimônio.

A ruptura da relação conjugal sempre foi fato comum no meio social, não é a intenção culpar o advento do divórcio pelo aumento de separações na sociedade, mas, tão somente, demonstrar a importância do instituto imbricado na possibilidade das pessoas dissolverem seus matrimônios com a devida partilha patrimonial e estarem livres para constituírem novas famílias, independente do arranjo que escolherem.

O divórcio impulsionou ainda reconhecimento às famílias fragmentadas, que antes, embora já despedaçadas pela separação de corpos do casal, não se conseguia vislumbrá-

las por causa da indissolubilidade do “sagrado” matrimônio, ou seja, para todos os efeitos ainda viviam como se casais fossem.

Embora o divórcio tenha sido criado com o objetivo de atender o casamento, teve grande impacto na sobrevivência das *uniões extramatrimoniais*, enquanto relações formadas com ânimo de durabilidade (*concubinato puro*).

Na medida em que os cônjuges saíam de seus falidos casamentos e recebiam status de divorciados ficavam aptos a constituírem nova família. Como não havia mais restrições em decidirem por um novo matrimônio, como ocorria na vigência do desquite, a opção por uma convivência *more uxorio* tornara-se fruto da mais pura liberdade da vontade do indivíduo, sejam por questões sociais, econômicas, jurídicas, morais ou até religiosas.

Feito o adendo ao divórcio com suas implicações no *concubinato puro* e demais institutos do Direito de Família, importante ressaltar a intensificação do zelo dos Poderes Públicos sobre as *uniões informais* conforme se proliferavam no seio da sociedade.

A normatização do *concubinato puro* ainda era muito precária, e coube ao julgador brasileiro compreender os possíveis efeitos patrimoniais da longa duração desse tipo de relacionamento.

Foi preciso criar meios protetivos à concubina, para que não ficasse desprovida de recursos em face de parentes distantes por força de herança; ou por ruptura de um longo concubinato de forma unilateral ou por mútuo consentimento, que acabava criando uma situação extremamente injusta para a concubina, porque, em regra, os bens amealhados com o esforço comum eram adquiridos somente em nome do homem.

Voltando um pouco mais no tempo, em 1964, o Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer os possíveis efeitos patrimoniais da ruptura de uma longa convivência *more uxorio* editou o Índice de Súmula nº 380, nos seguintes termos: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O entendimento da egrégia Corte foi um grande avanço na esfera protetiva das uniões informais, mas ainda bastante aquém ao tratamento conferido ao casamento. Os efeitos restringiam-se à esfera patrimonial e ainda faltava o reconhecimento da essência do concubinato enquanto entidade familiar, olvidando o Pretório Excelso do cunho emocional da relação.

Além do mais, o dispositivo trouxera muitas inquietações sobre o que seria a expressão “esforço comum”. Num primeiro momento entendeu-se pela necessidade da concubina exercer atividade laborativa fora do lar para configurar o esforço comum.

Outra corrente defendeu a configuração do esforço comum com o simples envolvimento da concubina com os afazeres domésticos para ter direito à partilha do patrimônio formado durante a vida com o convivente, pois a organização do lar conferiria a base sólida para o concubino exercer sua atividade profissional e seu enriquecimento.

A interpretação da súmula foi alterada, e uma terceira linha doutrinária, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, apregou a distinção entre concubina (proveniente de relações adúlteras) e companheira, essa detentora do direito de partilha do patrimônio construído na vigência do companheirismo.

A orientação da Corte seguiu-se da seguinte maneira:

Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência *more uxorio*, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e consequente direito à partilha proporcional”<sup>39</sup>.

Essa última corrente, embora ainda não alavancasse o concubinato puro como entidade familiar, sendo tratado no âmbito da sociedade de fato, foi de suma importância para o atual entendimento da *união estável*. Contribuiu diretamente para a diferenciação de relacionamentos informais adúlteros e aqueles formados por homem e mulher sem quaisquer impedimentos, com o intuito exclusivo de compartilharem um teto em *more uxorio*.

As jurisprudências dos Tribunais Superiores seguiram nesse sentido, e logo as nomenclaturas foram modificadas, começou-se a tratar o concubinato adúltero ou impuro como simples “*concubinato*”, digno de todas as restrições do antigo Código Civil, e o concubinato puro como “*companheirismo*”, em que pesem todos os reconhecimentos e direitos aos conviventes, legitimados à partilha do patrimônio poupado durante a convivência.

Embora a jurisprudência já tendesse a conceder cada vez mais direitos aos companheiros, como forma de proteção aos efeitos da sociedade de fato, o clímax do reconhecimento do companheirismo ocorreu com a promulgação da Constituição da República de 1988, em que as uniões informais duradouras e não adúlteras alavancaram status de “entidade familiar”.

---

<sup>39</sup> REsp 1.648-RJ, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU, 16/4/1990; REsp 183.718-SP, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 1/10/1998.

Desde então, não coube somente reconhecimentos jurisprudenciais, as novas leis deveriam ser criadas nos moldes neoconstitucionais, e as antigas adequadas ao novo contexto, sob pena de revogação por incompatibilidade ao Texto Maior.

Cabe então análise pormenorizada da união estável à luz da principiologia da vigente Constituição para aferir os atuais contornos do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

### 1.2.2 Proteção constitucional da União Estável.

Durante grande parte do século XX o Código Civil de 1916 e as leis subsequentes regularam a legitimação da família por meio do casamento, de modo a desprestigiar as uniões informais como modelos familiares. À época, o cerne do Direito de Família era o patrimonialismo e o conservadorismo, com forte interferência dos dogmas eclesiásticos.

Todavia, muitas foram as transformações no seio da sociedade, como foi dito, que ensejaram no enfraquecimento do conservadorismo e do patrimonialismo incidentes sobre o ordenamento jurídico pátrio.

Paralelamente fortaleceu-se a credibilidade nas convivências *more uxorio*, ao passo que o moderno enfoque trouxe na essência novos elementos para a composição das unidades familiares, com aguda relevância dos “vínculos afetivos”.

Em outras palavras, aos poucos, a família deixou de ser vista como núcleo econômico e de reprodução, para assumir espaço de afeto, auxílio mútuo, amor e caridade. Nessa seara, as uniões livres foram quebrando barreiras morais, religiosas, jurídicas, dentre muitas outras, o que propiciou a decrescente estigmatização do instituto.

Como resultado, abandonou o ranço do preconceito para galgar espaço e reconhecimento como sociedade de fato (*concubinato puro*), e, em 1988, com a promulgação da Constituição da República, foi dado o grande passo, ascendeu ao status de entidade familiar (*união estável*).

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

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

Com a promulgação da Carta Política, o diploma assumiu o centralismo jurídico do Direito Brasileiro, condicionando toda criação normativa e jurisprudencial ao seu extenso rol de dispositivos e princípios, sejam estes explícitos ou implícitos. Em contrapartida,

sepultou materialmente muitos dispositivos do antigo Código Civil, os quais perderam a efetividade por incompatibilidade com os novos valores introduzidos pelo Texto Maior.

O novo viés constitucional foi materializado em um diploma digno às aspirações da sociedade, com plena observância das transformações e valores vigentes ao tempo da promulgação, de modo a preservar e enaltecer a família como base essencial do Estado, digna de plena proteção pelos Poderes Públicos.

Nesse sentido, a *família socioafetiva*, marcada pela intensa afinidade entre seus membros, ganhou vulto e passou a ser priorizada no âmbito do Direito de Família, tornando prescindível o vínculo de parentesco ou consanguíneo na estrutura familiar.

Os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana foram enraizados em definitivo no Direito de Família, de modo a promover a pluralidade de formas na estruturação familiar; a isonomia entre os filhos, independente da origem, inibindo ao mesmo tempo quaisquer discriminações; a equiparação definitiva entre homem e mulher em direitos e deveres no seio familiar; a filiação responsável, com observação especial ao planejamento familiar; a função social da família; e, dentre outras, responsabilizou o Estado pela confecção de políticas públicas, não coercitivas, voltadas para garantia do pleno desenvolvimento das famílias e de seus membros.

Salutar o pioneirismo da Constituição em tratar a relação *more uxorio* com vínculo duradouro como entidade familiar, contudo restaram muitas inquietações quanto à real intenção do legislador originário ao redigir o Art. 226, § 3º, que, mesmo sendo um primor sociológico, a redação apresenta contradição em sua essência, fomentando diversas formas de entendimento.

O caput do artigo em nada inovou, como já foi exposto desde o início do presente trabalho, a família há muito tempo constitui base da sociedade e é digna de plena proteção do Estado. A inovação ficou a cargo do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Porém, muito se discute sobre a parte final do parágrafo 3º do Art. 226, (“devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”), pois ensejou articulação à doutrina contrária ao reconhecimento da *união estável* como arranjo familiar, no sentido de defender a união estável como um tipo de casamento de segunda classe, ou seja, como se fosse um matrimônio sem as formalidades pertinentes ao instituto, suprimidas pelo decurso do tempo.

Francisco Pizzolante defende a diferença entre os institutos:

não se pode aceitar que a convivência, por qualquer período de tempo, ainda que capaz de criar direitos na orbe civil, possa facilitar o casamento, para o qual existem requisitos que não podem ser suprimidos, sob pena de descaracterização desse instituto. Misturou assim o referido artigo de nossa Constituição todas as teorias que

se batiam a respeito do tema, criando, todavia, insofismável confusão terminológica<sup>40</sup>.

Acreditam ainda que o legislador acabou dizendo mais do que realmente queria dizer com o dispositivo. Talvez, se mantivesse somente a primeira parte, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, que é a alma do dispositivo, símbolo maior das aspirações sociais, teria tido melhor êxito na codificação, dando margem a julgadores e legisladores definirem quais direitos seriam concedidos ao novo modelo familiar, se os mesmos auferidos ao casamento ou outros quaisquer.

Já os doutrinadores neoconstitucionalista, aqueles capazes de extrair do dispositivo a sua essência sociológica, esvaziam quaisquer hierarquia, preferência e precedência entre os institutos do casamento e da união estável. Nessa esteira, expõe Zeno Veloso,

não tem base histórica ou sociológica e se choca com os fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna. O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que este objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem esta condição<sup>41</sup>.

Pelo menos o dispositivo constitucional definiu de uma vez por todas qual o foro competente para dirimir possíveis questões advindas da *união estável*, ao elevá-la ao status de entidade familiar, direcionou a competência para a esfera do Direito de Família, acabando com antigas discussões enquanto eram tratadas como sociedade de fato.

Como muito bem evidencia Maria Helena Diniz,

O Direito de Família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela **união estável** ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e da curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, **em razão de sua afinidade**, nítida conexão com aquele<sup>42</sup>. (grifos próprios)

O referido conceito, da forma como ilustrado pela autora, é bastante amplo e está em perfeita consonância com o viés neoconstitucionalista empreendido desde 1988, traduz os valores vigentes na sociedade e evidencia a afetividade como cerne das relações familiares.

<sup>40</sup>PIZZOLANTE, Francisco Pires. **União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo, Editora Atlas, 1999. Pág 62.

<sup>41</sup>VELOSO, Zeno. **Família e Cidadania – o Novo CCB e a Vacatio Legis..** In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Belo Horizonte: IBDFAM. Editora: Del Rey, 2002. Pág. 271.

<sup>42</sup>DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 17ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2002. Vol. 5. Págs. 3 e 4.

O marco inicial da união estável é outro ponto bastante discutido, não há uma data objetiva que configure o seu início, como ocorre com o casamento. Indaga-se sobre a necessidade de uma ação judicial declaratória ou qualquer outro documento cartorial delimitando o início da relação e, conseqüentemente, os respectivos efeitos patrimoniais.

Não há consenso sobre o assunto, certo é que em muitas ocasiões, como por exemplo, em repartições públicas, em regra, para reconhecerem direitos aos companheiros exigem documento cartorial que explicita o início da relação *more uxorio*. Mas o documento é pura formalidade burocrática, pois pode representar uma fraude para gerar benefícios a pessoas que nunca coabitaram sobre o mesmo teto.

O que realmente configura a *união estável* é a forma como os companheiros se apresentam no meio social, ou seja, têm eles que se exporem como casal, como se casados fossem. Nesse sentido, não há como confundir um namoro prolongado com uma *união estável*, ponto imprescindível para descaracterizar possíveis obrigações patrimoniais. Não que a namorada não faça *jus* a indenizações, mas não há como confundir os institutos, outro ponto bastante discutido na atualidade.

A prestação de alimentos entre ex-companheiros já foi assunto de muito controvertido na doutrina pátria, principalmente no período em que o relacionamento *more uxorio* era entendido como sociedade de fato. Com o reconhecimento do instituto como entidade familiar muito se esperou, especialmente quanto ao fim das recusas de pedidos de alimentos ao término das uniões.

Todavia, diante das diversas interpretações sobre o parágrafo 3º do Art. 226, surgiram muitas outras inquietações, na medida em que julgadores se perguntavam sobre a melhor explanação do dispositivo, se julgariam como entidade familiar, assim conferindo tratamento isonômico ao casamento e deferindo os alimentos, ou como matrimônio de segunda classe, resultando, na maioria das vezes, na negativa do pedido.

A Lei Maior não pacificou em definitivo as mazelas jurídicas referentes ao companheirismo na esfera do Direito de Família, o que obrigou, a partir da aludida previsão, a edição de diversas leis, com a finalidade de regulamentar a união estável. Entre as principais, a Lei nº 8.971/94, responsável pela regulamentação dos direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei nº 9.278/1996, que normatizou a aplicação do artigo 226, § 3º da CF/88 e assegurou aos companheiros o direito de herdar.

### 1.2.3 Das Leis 8.971/94 e 9.278/96

Muito se discutiu sobre a efetividade do artigo 226, parágrafo 3º da CF/88 até a publicação em nível infraconstitucional das Leis 8.971/94 e 9.278/96. O simples reconhecimento da *união estável* como entidade familiar não lhe garantiu os mesmos efeitos patrimoniais conferidos ao casamento, fato que, por muitas vezes, fez a jurisprudência continuar aplicando-lhe a Súmula 380/STF.

Diante dos constantes embates sobre o dispositivo constitucional, o legislador não se manteve inerte à necessidade de regulamentação. Em 1991, na Câmara dos Deputados surgiu o Projeto de Lei nº 1.888 que ensejou na edição da Lei 8.971 no ano de 1994.

O Projeto foi encaminhado para o Senado Federal para votação, onde sofreu modificações e foi substituído pelo Projeto de Lei nº 84. Em Regresso à Casa de origem, foi examinado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, resultando no Projeto de Lei nº 1.888-F, sendo convertido, em 1996, na Lei 9.278, a qual derogou parcialmente a Lei 8.917.

As mencionadas leis foram alvo de muitas críticas, como afirma Carlos Gonçalves,

A entrada em vigor da Lei nº 9.278/96 e a manutenção das previsões da Lei nº 8.971/94 não revogadas, acabaram por conferir, em determinadas situações, mais direitos à companheira do que à cônjuge. Por exemplo, enquanto a esposa, a depender do regime de bens adotado, poderia gozar do usufruto vidual ou do direito real de habitação, a companheira poderia valer-se de ambos os benefícios<sup>43</sup>.

A Lei 8.971/94 foi a primeira norma a regulamentar a aplicação do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição de 1988, mas se limitou a tratar dos direitos a alimentos e à sucessão dos companheiros, além de conter má técnica legislativa em sua redação, causando problemas de interpretação e tornando controvertidos alguns pontos.

Apesar de toda a atecnia do legislador, é indiscutível o pioneirismo do diploma em abordar o tema, que durante muito tempo foi desprezado e estigmatizado como relação imoral, ensejador de um ambiente desprovido de codificações favoráveis aos companheiros. A Lei conferiu ao companheiro sobrevivente, desde que atendidos os requisitos presentes em seus dispositivos, direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado por ocasião da morte do outro, variando o percentual conforme tenha o *de cujus* herdeiros descendentes ou ascendentes.

---

<sup>43</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, Vol.VII, 2007, Pág. 169.

A Lei, no *caput* do artigo 1º, trouxe em seu bojo os requisitos para a relação informal alcançar status de união estável: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de junho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

Mas, no parágrafo único, com a redação, “Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”, gerou inquietações de julgadores e doutrinadores tendenciosos à interpretação literal da norma, pois o emprego da expressão companheira no *caput* e de companheiro no parágrafo único, fez com que defendessem a bandeira da existência de direitos distintos para homem e mulher conviventes.

Esse posicionamento não prevaleceu, visto que a norma infraconstitucional deveria ser interpretada conforme os mandamentos da Carta Magna, em que homens e mulheres já alcançavam isonomia de tratamento em direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. Adotar qualquer interpretação distinta representaria risco de retrocesso normativo diante do clamor da sociedade.

A codificação dos impedimentos dirimentes, como requisitos impeditivos da tutela jurídica e do reconhecimento da relação enquanto união estável, foi por bastante salutar, mas não suficiente. O legislador esquecera-se de coibir as relações imorais, àquelas repudiadas no seio da sociedade, como, por exemplo, o enlace entre parentes de até segundo grau, considerado como incestuoso. Dessa forma, pais e filhos poderiam, pela falta de previsão legal e atendidos os requisitos do *caput*, lograr êxito em relacionamentos ruinosos à moralidade e aos bons costumes da sociedade.

Assim, não há como entender o artigo de forma restritiva, como *numerus clausus*, sendo os requisitos meramente exemplificativos. No mesmo sentido, não se pode afastar a *separação de fato* como elemento de validade para o reconhecimento jurídico da união. Embora não conste codificada, sob a égide *neoconstitucionalista* é plenamente aceitável seu reconhecimento como forma legitimadora para formação da *união estável*.

No âmbito da afinidade, caso resulte a relação antiga em separação de corpos, é sinal que não mais existe *affectio maritalis* entre o casal, estando ambos aptos a novo relacionamento. O problema surge quando há casamento, pois, como defendem alguns doutrinadores, a união entre homem e mulher com mera separação de fato dos seus antigos cônjuges consuma-se proibição do reconhecimento juridicamente tutelado da nova união

estável, com base na impossibilidade da dissolução da sociedade conjugal anterior<sup>44</sup>, evitando de impedimento o reconhecimento da nova relação.

Notório um dos principais objetivos do diploma, o reconhecimento de direito a alimentos aos companheiros em necessidade, mas o artigo sequer reconheceu explicitamente tal direito, restou mero apontamento a outro dispositivo jurídico, como demonstrado em parágrafos anteriores, vislumbrando a falta de técnica legislativa e a dificuldade em transmitir clareza na interpretação.

Quanto ao lapso temporal, muitos afirmam que cinco anos de convivência ininterrupta seria suficiente para tornar a relação estável, e antes de atingir o final desse período, o relacionamento ainda estaria na fase de instabilidade. Embora a lei não traga de forma clara a obrigação de continuidade da relação dentro dos cinco anos, difícil imaginar uma entidade familiar com convivência esporádica.

A intenção não é questionar a definição do legislador em estabelecer os cinco anos como prazo razoável para estabilidade da relação, mas tão somente evidenciar a preocupação legislativa em conceder o direito a alimentos aos companheiros que convivam em relacionamentos ligados por *more uxorio* perenes, duradouros, notórios e sérios.

O legislador previu também a existência de prole como elemento autossuficiente para constituição da união estável. Porém, nada impede que nasça uma criança de um relacionamento passageiro, incestuoso, adúlterino ou qualquer outro não condizente com a moralidade social, nem por isso a relação deve ser considerada como *união estável*, com as consequentes obrigações de alimentar entre os pais.

Caso os pais permaneçam separados após o nascimento da criança, o que surge é outro tipo de família, a monoparental (Art. 226, parágrafo 4º), e não há de se cogitar na expressão companheiros, surgindo obrigação de alimentos somente dos pais para com o filho, e, nesse sentido, a lei deve assegurar os direitos básicos do infante. Contudo, se os pais conviverem e atingirem os requisitos legais para constituição da união estável cria-se a reciprocidade entre o homem e a mulher do direito em questão.

O artigo 2º da Lei em estudo define o direito à sucessão, que teve por princípio a divisão dos bens adquiridos durante a vida em comum na vigência do companheirismo. Porém, é questionável a concessão do direito por existência de prole, pois, como já tratado, a simples paternidade não é suficiente para caracterização da notoriedade e estabilidade da relação *more uxorio*, devendo então vigorar no âmbito sucessório apenas o filho.

---

<sup>44</sup> A sociedade conjugal termina: com a morte de um dos cônjuges; pela anulação do casamento; pela separação judicial ou extrajudicial; ou pelo divórcio.

Os incisos I e II do artigo em estudo trouxeram a novidade do usufruto vidual pelo companheiro supérstite de parte dos bens do *de cuius*, enquanto não constituir nova união, fazendo jus a usufruir da quarta parte dos bens do companheiro falecido se houver filhos deste ou comuns; e da metade, não existindo filhos, mas se sobreviverem ascendentes do *de cuius*.

O artigo III posicionou o companheiro na ordem sucessória à frente dos colaterais e passou a ocupar a terceira colocação, logo após dos descendentes e dos ascendentes. Fato bem parecido com a trajetória percorrida pelo cônjuge desde a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas até o advento do Código Civil de 1916<sup>45</sup>.

Notória a proximidade do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge, que se explica pela única base disponível ao legislador ao tempo da necessidade da codificação e diante do reconhecimento da *união estável* como entidade familiar.

Apesar da falta de precisão legislativa do artigo 2º, III quando analisado em concorrência com o artigo 3º, que ensejava dúvida quanto ao tempo de ingresso do companheiro na ordem sucessória, se seria antes ou depois da partilha da meação dos aquestos, os dispositivos modificaram o art. 1603 do CC/1916, então em vigência, para incluir o companheiro sobrevivente no rol dos herdeiros legítimos, desde que o falecido não houvesse deixado herdeiros descendentes ou ascendentes e não afastado o convivente da sucessão do patrimônio por testamento.

Após muitas discussões sobre os dispositivos da Lei 8.971/94, editou-se a Lei 9.278/96, que, embora tenha sanado alguns assuntos controvertidos com a revogação parcial da primeira lei, não acabou em definitivo com as distorções doutrinárias e jurisprudenciais, visto que os diplomas coexistiram no ordenamento jurídico brasileiro até o advento do Código Civil de 2002.

A nova legislação, com a mesma finalidade da antiga, a regulamentação do art. 226, § 3º, da CF/88, logo de início modificou a antiga concepção de *união estável*, que prescindiu para sua caracterização o decurso de prazo mínimo de cinco anos de comprovada convivência ou de existência de prole, bem como tornou desnecessário os requisitos pessoais outrora previstos.

---

<sup>45</sup> A Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, em fidelidade às Ordenações Filipinas, trouxeram o cônjuge depois dos parentes até décimo grau do falecido na ordem sucessória. Em 1907, com o Decreto 1.839, popularmente conhecido como Lei Feliciano Penna em homenagem ao autor, o cônjuge passou a ser chamado antes dos parentes de sétimo grau. O Código Civil de 1916, no artigo 1.603, manteve o entendimento da Lei Feliciano Penna, mas no artigo 1.611 previu que, à falta de descendentes ou ascendentes fosse deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se não estivesse desquitado ao tempo da morte (após a publicação da Lei do Divórcio, o cônjuge não poderia estar divorciado para suceder).

A partir de então, considerou-se como união estável – reconhecida como família – e, portanto, digna da proteção estatal, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de vida em comum (artigo 1º da Lei nº 9.278/96).

Para a configuração da família por convivência *more uxorio*, o artigo 2º trouxe os direitos e deveres inerentes aos conviventes, dentre os quais, respeito e consideração mútuos (inciso I), assistência moral e material recíproca (inciso II) e guarda, sustento e educação dos filhos comuns (inciso III). Note-se que tais previsões aproximaram ainda mais a *união estável* do *casamento*.

O artigo 5º da lei em estudo tratou da presunção de existência de contribuição de ambos os companheiros sobre os bens onerosamente adquiridos na constância da relação, afastando a incidência do Índice de Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, o qual necessitava de comprovação do esforço comum.

Estipulou ainda o dispositivo, em sua parte final do *caput* e parágrafos, a existência de presunção relativa de administração comum e de condomínio em partes iguais dos bens em aquestos, salvo previsão em contrário por contrato escrito, como se fosse um pacto antenupcial, firmado entre os conviventes ou se o patrimônio houvesse sido adquirido por sub-rogação de bens anteriores ao início da relação *more uxorio*.

O artigo 8º, por sua vez, não acrescentou muito, o legislador resolveu não se aprofundar sobre a conversão da *união estável* em *casamento*, simplesmente repetiu a redação do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição da República de 1988, estabelecendo que o requerimento para a conversão devesse ser apresentado ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do domicílio do casal, e manteve os ares de diferença entre os institutos.

A Lei em questão, em seu artigo 9º, extinguiu a antiga controvérsia sobre qual seria o foro para discutir os assuntos advindos das uniões *more uxorio*, fomentadas principalmente antes do reconhecimento como entidade familiar. Estabeleceu que toda a matéria relativa à *união estável* seria de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

A dissolução da união estável, por força do artigo 7º da Lei nº 9.278/96, consagrou o já existente direito a alimentos, como forma de assistência material, ao companheiro necessitado. Introduziu, ainda, na orbe jurídica sucessória, quando da morte de um dos conviventes, direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família ao companheiro sobrevivente, enquanto em vida e não constituísse nova união ou casamento.

Como pode ser observado, a publicação da Lei 9.278/96 não ab-rogou totalmente a Lei 8.971/94, sendo aplicados concomitantemente dispositivos das leis que não fossem incongruentes entre si. Como resultado, ao final das duas publicações, o companheiro sobrevivente passou a suceder em

propriedade, usufruto e habitação, copiando-se o regime do Código Civil de 1916 para o cônjuge supérstite, com uma importante diferença, todavia: o companheiro sobrevivente pode cumular os direitos de usufruto e de habitação; já viúva ou viúvo terá um benefício ou outro, não podendo soma-los, tudo dependendo do regime de bens do casamento<sup>46</sup>.

Em matéria sucessória, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 foram de extrema importância para o reconhecimento de direitos ao companheirismo, mas todas as inovações mencionadas até o presente momento ensejaram na aprovação do Código Civil de 2002, que revogou parcialmente as aludidas leis com a inclusão material de seus princípios básicos. Porém, o novo Código Civil não esgotou totalmente os assuntos tratados nas antigas leis, concedendo, assim, vigência aos antigos dispositivos não tratados e que não forem incompatíveis com a nova ordem legislativa.

---

<sup>46</sup> VELOSO, Zeno. **Família e Cidadania – o Novo CCB e a Vacatio Legis**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Belo Horizonte: IBDFAM. Editora: Del Rey, 2002. Pág. 272.

## 2 UNIÃO ESTÁVEL: A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL

### 2.1 O tratamento no Código Civil de 2002

O atual Diploma Civilista, em consonância com o Art. 226, parágrafo 3º da Carta Maior, concedeu espaço à *união estável* no Livro IV, destinado à família, mas ao tratar o tema, prescindiu da devida profundidade, regulando o novo instituto familiar em poucos dispositivos (artigos 1.723 a 1.727) e não o adaptando a contendo com as normas constitucionais.

Peceu o legislador ordinário, ao disciplinar a *união estável*, em não esgotar as críticas doutrinárias e jurisprudenciais sobre as legislações até então vigentes (Leis 8.971/94 e 9.278/96), mas que foram parcialmente revogadas com a entrada em vigor do novo Código em 1º de janeiro de 2003.

O tratamento dado à conceituação do instituto, no *caput* do artigo 1.723, preservou a essência constitucional, bem como acolheu com primor a base principiológica da Carta Maior, tratando a união estável como convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, embora atualmente já se admita a convivência homossexual, configurada e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Corroborando com os elementos trazidos pelo legislador ordinário, a convivência *more uxória* deve ainda ser notória, com existência de *affectio maritalis* entre os companheiros e consubstanciar a teoria da aparência, de forma que os conviventes se apresentem socialmente como marido e mulher. Além do mais, a união, para alçar status de entidade familiar, prescinde de existência de prole.

Note-se que o legislador não tratou no artigo 1.723 sobre a necessidade de coabitação sob o mesmo teto, o que poderia originar diferentes entendimentos em face da teoria da aparência. Então, coube ao julgador suprir tal lacuna, e, nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela dispensa da necessidade de coabitação,

Não exige a lei específica a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável. Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. O que se mostra

indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento<sup>47</sup>.

Em atendimento ao clamor social, o Código coibiu, no parágrafo 1º do aludido artigo, a caracterização da união estável, se persistirem quaisquer dos impedimentos existentes no Art. 1.521, ressalvado o inciso VI, impossibilitando, assim, o albergue legislativo de convivências nocivas à moralidade e aos bons costumes, por exemplo, relações incestuosas entre pais e filhos, independentemente se o parentesco for natural ou civil.

Com a remissão ao artigo 1.521, houve proibição ainda do reconhecimento juridicamente tutelado de relações: entre os afins em linha reta, visto o companheiro se tornar aliado aos parentes do seu convivente pelo vínculo de afinidade, que se mantém mesmo após a dissolução da convivência (Art. 1.595); entre irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; e entre companheiro sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Ainda no parágrafo 1º do artigo 1.723, o Código acabou com antigo questionamento sobre a impossibilidade de reconhecimento de convivência *more uxorio* entre pessoas casadas (Art. 1521, VI), mas separadas de fato dos antigos cônjuges ao tempo do novo relacionamento, e passou a admitir essas relações como uniões estáveis. Do mesmo modo, assegurou tutela jurídica às relações formadas por homem e mulher separados judicialmente.

O parágrafo 2º do artigo 1.723 contribuiu para a caracterização da convivência como unidade familiar, no sentido de, assegurar seu reconhecimento mesmo permanecendo quaisquer das causas suspensivas previstas no Art. 1.523.

Agiu bem o legislador, visto que o único efeito que provocam no âmbito matrimonial é a adoção obrigatória do regime da separação total de bens, por força do Art. 1.641, inciso I, e, nesse sentido, em nada afetaria à formação da união estável, salvo quanto à adoção do regime patrimonial, que será abordado em momento oportuno.

O artigo 1.724, ao tratar das relações pessoais dos conviventes, não apresentou novidade, repetiu os deveres e direitos recíprocos entre os companheiros e destes para com os filhos no interior do relacionamento, anteriormente codificados no artigo 2º da Lei 9.278/96, dentre os quais, respeito, lealdade e assistência e, de guarda, sustento e educação dos filhos.

A lealdade está diretamente atrelada à ideia de fidelidade, que, por sua vez, é o requisito que impõe necessidade da manutenção de uma única relação, impossibilitando o

---

<sup>47</sup> STJ, REsp 474962/SP, Rel. Ministro Sálvio de F. Teixeira, j. 29-03-2003.

companheiro de estabelecer, em paralelo, outro relacionamento juridicamente tutelado, sob o risco de insurgir em concubinato (Art. 1.727).

Os elementos presentes no corpo do artigo 1.724 são dignos da relação familiar e, da mesma forma, imprescindíveis à manutenção da convivência *more uxorio*. O legislador, ao propor à união estável os mesmos requisitos impeditivos aplicados ao casamento, estabeleceu maior aproximação entre os institutos, principalmente no caso da lealdade, o que acaba por forçar a aplicação, por analogia, dos dispositivos direcionados ao casamento à união estável.

Não haveria como pensar diferente, pois, para atender o preceito constitucional de facilitar a conversão da união estável em casamento, necessário que os elementos de validade sejam os mais próximos possíveis entre os institutos, senão de nada adiantaria a previsão do Artigo 1.726, “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Ou poderia ser ainda pior, caso os companheiros não detenham o mínimo dos requisitos necessários para a composição do matrimônio, na hipótese de optarem pela conversão, poderiam encontrar lacunas na lei, de modo que relacionamentos adúlteros ou mesmo incestuosos, repudiados pela moralidade social, galgassem status de união estável e, posteriormente, os concubinos requeressem a conversão em casamento.

Contudo, o Código Civil, que seria o meio jurídico hábil para definir de vez a parte final do Art. 226, parágrafo 3º da Constituição, a fim de reger a conversão da união estável em casamento de forma clara e precisa, restou apenas em codificar a possibilidade de pedido dos companheiros ao juiz para assento da relação no Registro Civil, “falhando, e muito, em não estabelecer os critérios, os requisitos, as formalidades e os efeitos desse pedido, tornando, assim, inócua a previsão”<sup>48</sup>.

A tutela jurídica à entidade familiar formada pela união estável não abrange somente o conjunto de direitos e deveres de cunho pessoal, mas também o legislador ordinário desprende espaço no corpo normativo para tratar dos efeitos patrimoniais, com destaque aos alimentos, à meação e à herança.

Em consequência à codificação dos deveres de respeito, lealdade e assistência e, de guarda, sustento e educação dos filhos, surge a obrigação de alimentar no âmbito da convivência *more uxorio*, que, embora tratado fora do título destinado à *união estável*, nos termos do artigo 1.694, deve atender a proporção entre o estado de necessidade do reclamante e a possibilidade do reclamado.

---

<sup>48</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, Vol.VII, 2007, Pág. 611.

Todavia, não há de remanescer confusão entre o direito a alimentos, proveniente da oportuna convivência, geradora de obrigação de alimentar recíproca entre os companheiros, da existente por geração de prole, que obriga somente os pais para com o filho, não entre aqueles, salvo se, após o nascimento da prole e inexistindo impedimentos, constituírem relação ligada por *more uxorio*.

Como prova de existência da união estável, para garantia do aludido direito, o requerente pode e deve lançar mão de todos os meios de prova juridicamente previstos, embora haja ênfase à modalidade documental. Entretanto, conforme já exposto, não constitui obrigatoriedade para configuração da convivência *more uxorio* a existência de escritura pública ou qualquer outro documento escrito, visto ser uma relação formada por sucessões de fatos ao longo do tempo.

Já à prole, desde que devidamente reconhecida, é suficiente a certidão de nascimento para sustentar o pedido de alimentos. Porém, tal documento não constitui prova suficiente como fundamento ao referido pedido pelo suposto companheiro necessitado em seu próprio nome, pois, não é fato autossuficiente para configuração da união ligada por *more uxorio* a simples existência de filho, o qual pode ter sido originado em mera conjunção carnal de relação esporádica, fugindo assim dos parâmetros de conceituação civil-constitucional da união estável.

Ponto de extrema importância é quanto ao rito processual a ser adotado nas ações de alimentos no âmbito da união estável, que seria o rito especial da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos).

Tal entendimento pode derivar da simples busca à codificação do Artigo 1º da Lei nº 8.971/94, mesmo que a lei esteja parcialmente revogada com a publicação da Lei 9.278/96 e do Código Civil de 2002; ou do emprego da analogia, fomentada pela forte semelhança entre o fim da união estável e a separação judicial do casamento; ou, ainda, de interpretação em *latu sensu* do artigo 1.694 do vigente Código Civil, o qual trouxe equiparação dos direitos e deveres do companheiro ao do cônjuge no âmbito dos alimentos.

O legislador ordinário codificou também as possibilidades de perda e de restrição do direito em comento. Uma vez concedidos os alimentos ao companheiro necessitado, se este contrair nova união estável ou casamento, nos termos do artigo 1.708, não mais fará *jus* ao benefício, no mesmo sentido, se agir contra o devedor dos alimentos com procedimento indigno, em ofensa aos deveres recíprocos de lealdade, respeito e assistência.

Como forma de restrição ao direito, mas sem sua supressão total, o novo Código Civil, no artigo 1.694, previu restrição do direito a alimentos a apenas o indispensável à subsistência, quando resultar a situação de necessidade de culpa de quem os pleiteia.

Assim, se o companheiro, por exemplo, abandonar seu lar e dessa atitude subsistir estado de necessidade, não conseguindo manter seu próprio sustento, fará *jus* ao que for imprescindível à sua subsistência, desde que esteja configurada sua culpa pelo fim do relacionamento. Mas, se o abandono do lar for conjugado a algum procedimento indigno à pessoa do seu convivente, por exemplo, na hipótese de traição, aquele que seria devedor dos alimentos – o companheiro traído – fica desobrigado a arcar com tal obrigação, perdendo o companheiro indigno total direito ao benefício.

Em suma, subsistindo as hipóteses de culpa e de indignidade, cessar-se-á o direito a alimentos do companheiro indigno, sem que prevaleça direito ao mínimo de subsistência. Mas, não significa o desamparo total do companheiro indigno, pois, fora da esfera dos alimentos, em nada afeta na meação dos bens adquiridos na constância da convivência.

No plano material, quanto aos efeitos patrimoniais, o Código, no artigo 1.725, estabeleceu aplicação à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo se persistir disposição diferente por contrato escrito entre os companheiros.

O artigo fomenta inspiração para inúmeras críticas, seja por constituir mais um dispositivo tendente a aproximar a convivência *more uxorio* ao casamento, seja pelo tolhimento da liberdade dos conviventes pelo excesso de intervenção estatal na seara dos interesses individuais.

A preocupação com a divisão dos bens adquiridos na constância da união estável já existia antes mesmo da previsão no Código Civil de 2002. A partir de 1996, com a publicação da Lei nº 9.278, em seu artigo 5º, vigorou no ordenamento jurídico brasileiro a presunção de colaboração de ambos os companheiros nas aquisições dos bens a título oneroso durante a vida em comum, desde que não houvesse estipulação contrária em contrato escrito e não fossem os bens adquiridos por sub-rogação de bens anteriores à convivência.

A inovação trazida pelo artigo 1.725 foi a adoção do regime da comunhão parcial de bens à união estável, introduzindo no âmbito da convivência *more uxorio* mais um dispositivo equiparador ao instituto do casamento. Contudo, vale ressaltar que adoção do regime em codificação torna-se dispensável, caso os conviventes estabeleçam regras distintas para seus patrimônios por pacto de convivência.

Os companheiros, ao exteriorizarem suas vontades por meio de contrato, em disciplina ao regime patrimonial e aos demais efeitos da união, devem atentar, em face das liberdades formal e material concedidas pela lei, para não ferir a ordem pública e os bons costumes.

A única imposição formal exigida para confecção do instrumento é que seja escrito, mesmo assim, diante da informalidade admitida, o acordo prescinde, inclusive, de registro em Cartório de Títulos e Documentos<sup>49</sup>. Todavia, deverá apresentar todos os elementos exigidos para validade negocial, e ser levado a assento no Cartório de Títulos e Documentos para produzir efeitos *erga omnes*<sup>50</sup>.

Quanto ao teor material, como ensina Zeno Veloso,

Os protagonistas da união estável estão autorizados, explicitamente, a celebrar contrato – por escritura pública ou instrumento particular – estabelecendo, por exemplo, que suas relações patrimoniais regem-se pelo regime da separação – excluindo totalmente, a comunhão – e que cada companheiro é dono exclusivo do que por ele foi adquirido, a qualquer título; ou que os bens adquiridos onerosamente, durante a convivência, são de propriedade de cada parceiro, em percentual diferenciado; ou que algum bem ou alguns bens são de propriedade de ambos e que outro ou outros, de propriedade exclusiva de um dos companheiros<sup>51</sup>.

Contudo, o contrato de convivência não tem força para criar a união estável, e, assim, tem sua eficácia condicionada à caracterização, pelas circunstâncias fáticas, da entidade familiar em razão do comportamento das partes. Vale dizer, “a união estável apresenta-se como *condicio juris* ao pacto, de tal sorte que, se aquela inexistir, a convenção não produz os efeitos nela projetados”<sup>52</sup>.

Não basta a existência de contrato de convivência para que o companheiro pleiteie os direitos e deveres ali codificados contra seu convivente ou terceiros, é de suma importância subsistir os requisitos indispensáveis para caracterização da convivência ligada por *more uxorio*, seja convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Quanto ao momento de criação do contrato entre os conviventes, ao contrário do pacto antenupcial que deve ser *a priori* ao casamento, pode ser produzido a qualquer momento, inclusive modificado durante a vigência da relação se for a vontade dos

<sup>49</sup> CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, Pág. 211.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, Vol.5, Pág. 431.

<sup>51</sup> ZENO Veloso. **Código Civil comentado**. São Paulo. Editora Atlas, 2002, Vol. XVII, Pág. 150.

<sup>52</sup> CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, Pág. 306.

companheiros, pois não há como precisar o início da união estável, que, por ser uma sucessão de fatos, não é imediato o alcance da notoriedade e estabilidade necessárias para sua caracterização do instituto enquanto entidade familiar.

Na mesma esteira, não se vislumbra a possibilidade de o instrumento outorgado pelos conviventes ter força suficiente para descaracterizar a união estável, uma vez presente a *affectio maritalis* e demais elementos norteadores da convivência *more uxorio*, que, enquanto relacionamento fático, prescinde de qualquer documento que lhe forneça eficácia.

Foi exposto até agora a possibilidade da realização do contrato de convivência entre os companheiros, porém, nos termos do artigo 1.725, podem, ainda, optarem pela não realização do aludido instrumento, e, desta forma, aplicar-se-á à relação, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Conforme já mencionado há alguns parágrafos, a aplicação na esfera patrimonial do regime da comunhão parcial à união estável tendeu a conceder maior aproximação do instituto ao casamento, em que os cônjuges, se não fizerem pacto antenupcial, aderem obrigatoriamente ao regime de bens em questão.

É bastante discutida por doutrinadores e julgadores a adoção obrigatória da comunhão parcial pelos companheiros na falta de pacto de convivência, visto que, a imposição legislativa pode representar excesso de intervenção estatal e tolhimento da liberdade individual daqueles que decidiram não se casarem para evitar as amarras matrimoniais e seus respectivos efeitos patrimoniais.

Em tese, nos termos do artigo 1.528, os cônjuges, ao decidirem pela não realização do pacto antenupcial, são orientados pelo oficial do registro onde se realiza o matrimônio sobre todos os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico. O que leva a crer na existência de uma escolha consciente dos nubentes.

Mas, na grande maioria das vezes, a imposição legislativa de esclarecimento sobre os regimes matrimoniais disponíveis aos consortes não é observada pelos cartórios, e, na prática, a escolha acaba sendo tácita pela falta de esclarecimento, como acontece no âmbito da união estável, o que resulta na adoção do regime da comunhão parcial.

Maria Berenice Dias expõe brilhantemente sobre o tema,

Não se pode afirmar que na união estável há algum regime de bens vigente. O que se tem são regras patrimoniais idênticas as do regime da comunhão parcial. A exceção ocorre no caso de existir convenção expressa das partes por meio de um contrato de convivência. O fato é que surge um estado de propriedade condominial. O acervo construído durante a vida em comum é de ambos os companheiros. Já os bens

particulares que cada um tinha antes do início da união e os recebidos por doação ou herança pertencem ao seu titular<sup>53</sup>.

O posicionamento da autora supracitada extrai perfeitamente a essência do artigo 1.725, que trouxe em seu escopo a expressão “no que couber”, com referência à aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável. Da exposição conclui-se aplicação direta ao companheirismo os Artigos 1.659, 1.660 1.661 e 1.662 do CC/02.

Mas nem todas as disposições normativas do Código sobre o regime patrimonial aplicado ao casamento se adequam às particularidades da convivência *more uxorio*, que “apresentará obstáculos fáticos de difícil solução na prática, em que pese a boa intenção do legislador, a principiar pela definição da data exata em que começou a convivência com contornos de união de fato”.<sup>54</sup>

Pela falta de precisão cronológica em determinar o início da união estável, surgem indagações, quanto ao instituto, sobre a aplicação do parágrafo 2º do artigo 1.663, “A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns”.

Embora as demais disposições do artigo 1.663, no tocante à administração dos bens comuns e particulares, sejam plenamente aplicável à união estável, Gustavo Tepedino é contrário à aplicação da exigência da outorga uxória ao instituto, “devendo somente ser invocado a disciplina da comunhão parcial no que concerne exclusivamente à divisão dos aquestos, não já no que tange aos demais aspectos do regime patrimonial atinentes”<sup>55</sup>.

Em sentido diverso caminha Zeno Veloso ao defender a necessidade da outorga uxória, nos termos seguintes:

Tratando-se de imóvel adquirido por título oneroso na constância da união estável, ainda que só em nome de um dos companheiros, o bem entra na comunhão, é de propriedade de ambos os companheiros, e não bem próprio, privado, exclusivo, particular. Se um dos companheiros vender tal bem sem a participação no negócio do outro companheiro, estará alienando – pelo menos em parte – coisa alheia<sup>56</sup>.

Diante da dificuldade cronológica em determinar o momento da consumação da convivência *more uxorio*, a exigência da outorga do companheiro poderia causar um ambiente de insegurança jurídica, visto que, para cada alienação de patrimônio comum realizada por um

<sup>53</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 68.

<sup>54</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. 5ª Ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2005, Vol. VI, Pág. 448.

<sup>55</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Nº 2, Pág. 7.

<sup>56</sup> VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. São Paulo. Editora Atlas, 2002, Vol. XVII, Pág. 273.

dos conviventes sem o consentimento do outro, necessitaria averiguar a existência à época da transação dos requisitos caracterizadores da união estável.

Contudo, não pode o ordenamento jurídico se calar quanto ao tema, da mesma forma, não pode uma alienação unilateral causar prejuízo a um dos companheiros enquanto o outro se beneficia, sob o risco de ensejar enriquecimento ilícito em favor do companheiro alienante.

Nesse sentido, considerando a não adoção da outorga uxória no âmbito da união estável, como defende Gustavo Tepedino, não poderá o companheiro lançar mão do artigo 1.650 do Código Civil para decretar invalidade de alienação do patrimônio comum. Porém, cabe o acolhimento da possibilidade de o companheiro lesado compor ação de perdas e danos contra seu convivente, devendo vigorar, ainda, no polo passivo da ação, o terceiro de má-fé que adquirir o bem em conluio com o companheiro faltoso.

Outro ponto merecedor de destaque é a adoção do regime da comunhão parcial de bens para conviventes com idade superior a sessenta anos. Diante da tentativa de equiparação pelo Código Civil entre união estável e casamento, pelo menos no que for possível e respeitadas as peculiaridades de cada instituo, questionam-se os estudiosos do Direito de Família sobre a aplicação do artigo 1.641, inciso II do *Code*, à relação com vínculo *more uxorio*.

Antes de questionar o mérito do tema, mister breve comentário sobre a imposição legal do regime da separação de bens às pessoas maiores de sessenta anos que decidirem se casar, bem como o respectivo efeito. É difícil estabelecer uma explicação plausível para a atitude do legislador ordinário, que provavelmente supôs falta de capacidade desses indivíduos em conduzirem as próprias vidas.

Como bem define Sílvio Venosa, o regime de separação de bens tem por característica “a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”<sup>57</sup>.

Adotar tal obrigatoriedade a qualquer arranjo familiar, seja instituído pelo matrimônio ou pela convivência *more uxorio*, é jogar por terra a visão ontológica empreendida pela Carta da República de 1988, em que as normas regulamentadoras do Direito de Família devem ser criadas com o objetivo prestigiar o indivíduo e sua felicidade no convívio familiar, assegurando-lhes condições para manutenção da entidade familiar.

---

<sup>57</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. 5ª Ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2005, Vol. VI, Pág. 196.

Ao suprimir a vontade dos nubentes maiores de sessenta anos, o vigente Código Civil faz com que o Estado adentre em demasia na seara da liberdade individual dos consortes, vislumbrando flagrante inconstitucionalidade pela supressão de importantes princípios constitucionais: da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III CF/88), da Igualdade jurídica e da Intimidade (Art. 5º, I e X), da solidariedade familiar, da proibição do retrocesso social, da afetividade, dentre outros.

Porém, nomes consagrados da doutrina pátria defendem a manutenção na esfera da união estável o aludido regime patrimonial, como faz Zeno Veloso,

O artigo 1.725 não se aplica aos companheiros se eles estiverem na mesma situação dos nubentes, consoante o artigo 1.641, incisos I, II e III, aplicando-se a eles, por lógica, necessidade e similitude de situação, o disposto no aludido dispositivo, ou seja, a união estável fica submetida ao regime obrigatório da separação de bens<sup>58</sup>.

Em igual rumo tem caminhado a jurisprudência, mesmo diante de flagrante inconstitucionalidade da imposição legal do artigo 1.641, inciso II. O Superior Tribunal de Justiça<sup>59</sup> tem decidido pela aplicação do referido dispositivo, em detrimento do artigo 1.725, ao tratar de convivência *more uxorio* constituída por companheiro sexagenário, bastando apenas que um dos dois conviventes tenha idade superior a sessenta anos para adotar o regime de separação de bens.

Em suma, quando dissolvida a convivência *more uxorio* e inexistindo pacto de convivência, caberá meação sobre os bens adquiridos durante a vida em comum dos conviventes, desde que não tenham mais de sessenta anos de idade. O fundamento para a regra da meação não é a determinação legal para adoção do regime de comunhão parcial de bens, mas tão somente respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, segundo o qual, consubstanciaria forte ofensa a quaisquer dos conviventes, se ao final de uma vida de esforço conjunto, um deles perdesse tudo e ao outro restasse todo o patrimônio até então conquistado.

Para finalizar a exposição dos efeitos patrimoniais da união estável codificados no Código Civil de 2002, uma vez já tratados os alimentos e a meação, que, como observado, seguiram as mesmas bases concedidas aos cônjuges, respeitadas as peculiaridades de cada instituto. Resta então a sucessão hereditária dos companheiros e o direito real de habitação, os quais serão discutidos em momento oportuno, pois cabem antes algumas considerações gerais sobre o Direito das Sucessões.

---

<sup>58</sup> VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. São Paulo. Editora Atlas, 2002, Vol. XVII, Pág. 147.

<sup>59</sup> REsp 646.259, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 24-8-2010; REsp 1.090.772, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda.

## 2.2 A abertura sucessória e o Princípio da *Saisine*

Atualmente, não há como entender o Direito Sucessório apartado da perspectiva dos Direitos Humanos, para tanto, se instaura necessária uma interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil vigente e demais legislações esparsas, sob a égide da Constituição Federal; do contrário, assume-se o risco de suprimir a tutela jurídica de fenômenos importantes no meio social, com destaque à união estável enquanto entidade familiar.

O direito de suceder, como efeito *causa mortis*, consiste na substituição do autor da herança, denominado como *de cuius*, no âmbito jurídico, referente à transmissão dos bens, direitos e deveres, antes atinentes ao falecido. A totalidade do patrimônio constitui, na esfera hereditária, a herança, que deve ser angariada por meio de inventário, realizada pelo inventariante, que não necessariamente é um dos co-herdeiros.

Tem legitimidade concorrente para requerer o inventário, nos termos do artigo 988 do CPC: o cônjuge supérstite; o herdeiro; o legatário; o testamentário; o cessionário do herdeiro ou do legatário; o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite; o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes; e a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Note-se que não aparece a figura do companheiro supérstite, que pode ter legitimidade por ser herdeiro, mas, como será tratado em item próprio, em alguns casos o companheiro não será herdeiro e talvez nem se enquadre nas demais hipóteses acima descritas. Assim, surge a necessidade de renovação do dispositivo, para que se adeque às novas realidades sociais. Vale ressaltar que já vige estudo de um novo Código de Processo Civil, basta então aguardar, com esperança de que o artigo seja modificado.

Em linhas gerais, no que tange os efeitos patrimoniais, com a morte de uma pessoa abre-se a sucessão. Então, a herança, pelo Princípio da *Saisine*, é imediatamente transferida a título universal aos herdeiros legítimos, que, até a realização da partilha, não possuem a posse e a propriedade de quaisquer dos bens integrantes do acervo patrimonial, estabelecendo-se condomínio entre todos os sucessores.

Pode ainda o falecido, enquanto em vida, ter estabelecido testamento, caracterizando a sucessão a título singular. Nesse caso, por ato de última vontade, o testador deixa para alguém estipulado patrimônio, que deve ser certo e determinado, da universalidade

dos bens disponíveis. Esse bem testamentado, pelo Princípio da *Saisine*, é imediatamente transferido ao legatário (pessoa aquinhoadada pelo testamento), que pode ou não constituir o rol dos co-herdeiros.

Feita rápida apresentação do procedimento pelo qual se instaura a sucessão, compete apresentar o objetivo do Direito Sucessório, que nas palavras de Sílvio Venosa, constitui-se em duas ideias centrais: “uma inerente ao corpo social, que é o sucessor”; e “outra que decorre da ideia de propriedade”<sup>60</sup>.

A dicotomia estabelecida entre indivíduo e propriedade, segundo parte da doutrina, deve ser entendida à luz da principiologia constitucional, respeitadas a igualdade jurídica e a dignidade do indivíduo, de forma que, o afeto, enquanto elemento imprescindível à formação da família contemporânea, nos moldes do artigo 226 da Carta Magna, deve ser o norte para a definição dos sucessores na esfera hereditária.

Nessa esteira preceitua Maria Berenice Dias,

Ainda que a transmissão da herança se trate de direito individual, o que fundamenta o direito sucessório nos dias atuais é o afeto. A lei civil faz presumir esses laços de amor quando não são determinados por escolha em disposição de última vontade. Como tem por finalidade garantir a segurança familiar, o direito sucessório tem dimensão social. Assim, não só no âmbito da família, mas também quando se fala em direito sucessório, é impositivo invocar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (...). O campo sucessório é terreno fértil para o reconhecimento de garantias e direitos fundamentais<sup>61</sup>.

Diante das inquietações até agora mencionadas, incumbe análise do tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros no direito de suceder estabelecido pelo Código Civil de 2002; bem como, averiguar se as transformações promovidas pela Carta da República foram recepcionadas pelo Código Civil de 2002; além de verificar se cumpre a equiparação total entre os institutos do casamento e da união estável a nível sucessório.

### 2.3 Do Direito Sucessório dos Cônjuges

Antes de ingressar na sucessão do cônjuge, propriamente dita, necessário adendo à meação dos bens a que faz *jus*, a qual surge quando da dissolução matrimonial, que pode ocorrer por todos os modos previstos no ordenamento jurídico (Art. 1.571, CC/2002), não necessariamente pela morte de um dos cônjuges.

<sup>60</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. 5ª Ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2005, Vol. VI, Págs. 20 e 21.

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 30.

Todavia, para o presente estudo, importará a meação no âmbito da sucessão, ou seja, aquela originada com a morte de um dos consortes. A meação não se confunde com a herança e deve ser excluída o quanto antes do acervo patrimonial a ser dividido entre os sucessores do *de cuius*, sob o risco de o cônjuge supérstite ter seu patrimônio exclusivo repartido.

A meação é constituída pela metade dos bens do casal existentes quando da morte de um dos integrantes, podendo recair sobre os bens comuns e particulares, se adotado o regime da comunhão universal, ou exclusivamente sobre os bens comuns, quando da adoção dos regimes da comunhão dos aquestos ou da comunhão parcial de bens. Podem ainda ser adotadas disposições diversas por pacto antenupcial.

Com a publicação do Código Civil de 2002, os cônjuges receberam um tratamento privilegiado no âmbito do direito sucessório, quando comparado com legislações anteriores. Nítida foi a preocupação do legislador ordinário em melhorar a posição do cônjuge na ordem sucessória, tornando-o herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e os ascendentes do *de cuius* (Art. 1.845).

Ao cônjuge sobrevivente, desde que não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos ao tempo da morte do outro e não tenha por sua culpa tornado impossível a convivência (Art. 1.830 CC/02), será assegurada a legítima, metade dos bens que compõem a herança, nos termos do artigo 1.846, independentemente do regime patrimonial. Como consequência, não podem os cônjuges disporem da totalidade do acervo patrimonial por meio de testamento, restando-lhes testamentar o patrimônio que sobrar após a retirada da meação e da legítima.

O legislador em total coerência com o Princípio da Afetividade previu a separação de fato como situação autossuficiente para extinguir o direito de suceder do ex-cônjuge, visto que, instaurada a separação fática, pressupõe-se o fim da relação de afeto entre o casal, requisito norteador das normas do Direito de Família, mas que ainda deixa de vigorar com força constitucional no Direito das Sucessões.

Porém desnecessária a estipulação de prazo pelo Código para extinção do aludido direito, uma vez que, esgotado o afeto fomentador do casamento, seja um dia, um mês, um ano ou dois anos, como codificado, não cabe mais ao cônjuge fazer *jus* aos bens do *de cuius*. Até mesmo, por que podem os cônjuges constituir união estável após a separação de fato (Art. 1.723, parágrafo 1º), o que dificulta o estabelecimento da concorrência sucessória entre ex-cônjuge e companheiro sobreviventes.

Na verdade, não há de restar dúvidas sobre o estabelecimento do direito sucessório do ex-cônjuge e do novo companheiro. O fundamento para tal divisão patrimonial deve ser a afetividade, ou seja, uma vez esgotado o afeto com o fim do matrimônio, não mais se deve falar compartilhamento de vida. Assim, os bens adquiridos após a separação de corpos não ensejam em divisão, exceto se novos bens forem adquiridos em sub-rogação àqueles que o ex-cônjuge faz *jus*.

Na mesma esteira deve ser definida a sucessão do companheiro supérstite, com uma pequena dificuldade, determinar o início da sociedade com ligação *more uxorio*, pela particularidade de ser constituída por uma série de fatos, que se renovam e se validam com a continuidade do tempo. Cabe, então, ao convivente comprovar pelos meios probatórios existentes, que ao tempo da aquisição patrimonial vivia com o falecido em união estável para fazer jus ao acervo patrimonial do *de cujus*.

O Código promove ainda a manutenção do elemento culpa (parte final do Art. 1.830) no âmbito do direito das sucessões, também, por demais, dispensável, o que torna o dispositivo digno de críticas. Tal disposição acaba por transferir ao julgador demasiados direito e dever de investigar a fundo a vida íntima do casal, em busca do motivo que conduziu o matrimônio à dissolução, fato que, muitas vezes, nem mesmo o casal poderia assegurar.

O dispositivo representa notável retrocesso legislativo, não incumbe ao magistrado eliminar o direito sucessório com base em atitude culposa do cônjuge supérstite, que, além de ser altamente complexa e subjetiva tal investigação, representa excesso de ingerência do Estado na vida do casal.

Não encontra amparo civil-constitucional a necessidade de comprovação da culpa na esfera sucessória, bastando o fim da sociedade conjugal pela falta de afetividade, anterior à morte do *de cujus*, para por fim à participação do cônjuge supérstite na sucessão do falecido.

Ao estabelecer a ordem sucessória do cônjuge, o novo Código Civil, no artigo 1.829, incisos I e II, vislumbrou posição hereditária favorável ao viúvo ou à viúva, além de conceder-lhe o terceiro lugar na ordem vocacional, como já ocorria em legislação anterior, permitiu-lhe ainda concorrer diretamente com os descendentes e ascendentes do *de cujus* (Art. 1.829, I e II).

O direito concorrencial com os descendentes depende do regime matrimonial, não persistindo nos regimes da comunhão universal e da separação obrigatória de bens (inciso I). Entretanto, é plenamente possível nos regimes da separação convencional, da comunhão parcial e da participação final nos aquestos, bem como em qualquer outra disposição

estabelecida pelos cônjuges por pacto antenupcial (Art. 1.639), mesmo que diversa das contempladas no Diploma Civil.

O inciso I, como acima mencionado, apresenta problemas de redação quando trata do regime da comunhão parcial de bens, impondo dificuldade de interpretação quanto ao direito de concorrência estabelecido entre cônjuge e descendente.

Assim, cabe aferir as hipóteses em que o cônjuge é excluído da concorrência: na existência de bens particulares do *de cuius* ou na falta desses; e se o direito concorrencial deve incidir sobre os bens comuns, sobre os particulares ou ainda sobre todos (comuns e particulares).

A dicotomia pode ser analisada pelo ângulo constitucional, com prevalência do consagrado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, prevalecendo uma interpretação sistemática do ordenamento civil-constitucional brasileiro. Mas, cabe também exegese essencialmente civilista do dispositivo, de modo a preservar a qualquer custo a manutenção da essência do regime da comunhão parcial de bens.

Caso adotada a primeira vertente interpretativa, compete análise da seguinte hipótese: suponha-se que durante toda uma jornada de vida, um casal não tenha conquistado patrimônio comum, restando somente um imóvel resultante de herança recebida pelo falecido, portanto bem particular e incomunicável. Nesse caso, injusto descartar a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, em face da ausência de meação, que seria o meio hábil a fornecer-lhe patrimônio.

Embora tal posicionamento não encontre fundamento jurídico nos dispositivos reguladores do regime de comunhão parcial de bens, devido a concorrência instaurada sobre os bens particulares, há intensa preferência pela função social do direito sucessório, de modo a privilegiar a afetividade entre os consortes e salvaguardar a entidade familiar, sem nunca deixar em desamparo quaisquer de seus membros. Esse tem sido o entendimento predominante como afirma Lia Pallazzo Rodrigues,

É amplamente majoritária a tendência de assegurar o direito de concorrência quando existem bens particulares: os adquiridos antes do casamento, os recebidos por doação ou por herança e todos os demais que são excluídos da comunhão (Art. 1.659). Assim, quando o casal se divorcia, são partilhados apenas os bens comuns. Cada um fica com metade, a título de meação, e com os seus bens particulares. No entanto, se a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, o outro participa da sucessão como herdeiro. Concorre com os descendentes ou os ascendentes sobre os bens particulares (...) o legislador conferiu ao cônjuge

supérstite um prêmio, um benefício, uma vantagem, por ter permanecido casado até a dissolução da sociedade conjugal pela morte do outro<sup>62</sup>.

Zeno Veloso se posiciona na mesma esteira e, de forma ímpar, sustenta: “o direito de concorrência do cônjuge incide exclusivamente sobre os bens particulares do finado. Quanto ao patrimônio adquirido durante a vida em comum, como o cônjuge tem direito à meação, não concorreria com os herdeiros”<sup>63</sup>. Percebe-se que o autor interpreta totalmente em contrariedade ao regime da comunhão parcial de bens, se opondo inclusive à concorrência dos bens comuns, por ter recolhido patrimônio através de meação.

Já a segunda vertente, a qual põe o viés constitucional em segundo plano, sobressaindo o respeito à natureza do regime da comunhão parcial: “comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento” (Art. 1.658, CC/02), excluindo-se “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” (Art. 1.659, CC/02).

Nesse sentido, defende Maria Berenice Dias,

O direito à concorrência só pode ser deferido se não houver bens particulares. Outra não pode ser a leitura do artigo. Não há como contrabandear para o momento em que é tratado o regime da comunhão parcial a expressão “salvo se”, utilizada exclusivamente para excluir a concorrência nas duas primeiras modalidades: o regime da comunhão e o da separação obrigatória (...) Exclusivamente no caso de não haver bens particulares é que o cônjuge concorre com os herdeiros”<sup>64</sup>.

Empasse semelhante subsiste quanto à interpretação sobre a exclusão dos consortes do direito concorrencial ao adotarem, por imposição legal, o regime da separação de bens (Art.1.829, I c/c Art.1.641, II), de modo a poder ser sustentada exegese com viés constitucional ou com fundamento nas diretrizes civilistas do Código de 2002.

Conceder interpretação de modo a enaltecer o sentido civilista do artigo 1.829, inciso I, coibindo a participação sucessória do cônjuge sobrevivente em concorrer com os descendentes seria penalizar demais os consortes, uma vez que sequer podem exteriorizar suas vontades quanto à escolha do regime matrimonial.

Diante de flagrante inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, fomentada pela supressão da autonomia da vontade dos nubentes e pelo excesso de ingerência do Estado na vida privada, uma boa opção seria a adoção de uma exegese mais humanista, nos moldes

<sup>62</sup> Apud, DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 158.

<sup>63</sup> ZENO Veloso. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 235.

<sup>64</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 160.

da Carta Maior, concedendo direitos ao cônjuge supérstite, de modo a guiar sua vida com dignidade, sem restar-lhe desamparo patrimonial.

Quanto ao regime da separação convencional, pela não inclusão no inciso I do artigo 1.829, o Código mais uma vez suprimiu a vontade dos nubentes, que, ao decidirem pelo referido regime, em regra, optam por excluir a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes, priorizando a incomunicabilidade dos bens. Em contrapartida, o legislador definiu que a morte de um deles, o viúvo ou a viúva acaba por adquirir parte do patrimônio do *de cujus*, o que não representa a vontade de ambos.

Certamente o legislador ordinário atenderia melhor aos anseios sociais se, em vez de excluir o cônjuge sobrevivente da concorrência com os descendentes quando adotado o regime patrimonial da separação obrigatória, tivesse o excluído diante do regime da separação convencional de bens, pelo menos seria mais coerente com a dignidade do casal, em respeito à autonomia da vontade.

Cabe então estabelecer a quota a que faz jus o cônjuge supérstite no direito concorrencial com os descendentes. O artigo 1.832 do Código reserva ao consorte quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com quem concorre.

O dispositivo deve ser interpretado de forma a buscar a equidade patrimonial entre cônjuge e descendentes, com divisão da herança em partes iguais, mas sem deixar de observar e respeitar as previsões do artigo 1.829, inciso I, como já abordado.

Contudo, a garantia imposta pelo legislador, do quinhão mínimo da quarta parte da herança ao consorte sobrevivente, deve ser atendida, mesmo que importe em divisão patrimonial não equânime. Como ocorre quando da existência de mais de três descendentes, assim, primeiro retira-se a quarta parte da herança, em benefício do cônjuge, para então, diante do que sobrar, repartir entre os descendentes.

Entendimento diverso ao aqui exposto, respeitados os demais, pode resultar em ofensa aos ditames constitucionais, em que se busca equalizar equidade entre os membros da família, sem que se ofenda o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana do cônjuge supérstite, de modo a não desampará-lo patrimonialmente no resto da vida.

O inciso II do artigo 1.829 traz os ascendentes como segundos na ordem de vocação hereditária, garantido ao cônjuge supérstite direito de concorrência, independente do regime matrimonial, nas proporções estabelecidas no artigo 1.837: se concorrer com os pais do *de cujus*, caber-lhe-á um terço da herança; na concorrência somente com um daqueles, o

sogro ou a sogra, terá direito a metade da herança; concorrendo com um ou vários ascendentes de segundo ou maior grau, fará jus a metade da herança.

Mister ressaltar que os ascendentes somente são chamados a suceder na falta de descendentes do *de cujus*, e todos concorrem com o cônjuge sobrevivente, que na falta de descendentes e ascendentes tem deferida a sucessão por inteira, independente do regime de bens adotado (Arts. 1.829, inciso III c/c 1.838, ambos do CC/02).

Foi assegurado ainda, no novo Código, direito real de habitação ao consorte sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, independente do regime patrimonial e sem qualquer interferência nos demais direitos sucessórios e na meação. Em contrapartida, o legislador inibiu do ordenamento civil o direito de usufruto, antes previsto no artigo 1.611, parágrafo 1º do CC/1916), assegurado ao cônjuge supérstite que não tivesse adotado o regime da comunhão universal.

Quanto aos colaterais, ficaram restritos ao quarto grau, que já é demais, e ocuparam a última colocação na ordem sucessória. Agiu bem o legislador, pelo menos com coerência à realidade social, visto que, no âmbito da afetividade, em regra, encontram-se em último lugar quando comparados a descendentes, ascendentes e ao cônjuge. Assim, os colaterais, mesmo que detenham direito hereditário sobre o acervo patrimonial, em nada interferem na sucessão do cônjuge sobrevivente, pois somente herdaram na sua falta.

Incontestável o tratamento protetivo destinado ao cônjuge supérstite no Código Civil de 2002, que, mesmo apresentando algumas atecnias legislativas e de redação, suprimidas por atuações competentes de doutrinadores e julgadores, conseguiu sustentar direitos básicos ao cônjuge, garantindo-lhe posição de destaque na ordem de vocação e direito inafastável à legítima enquanto herdeiro necessário (Art. 1.845, CC/2002), de modo a ter uma vida digna e coerente com os ditames constitucionais após a morte de seu consorte.

### **2.3 Do Direito Sucessório dos Companheiros**

No intuito de contextualizar o Direito Sucessório dos companheiros ao longo do tempo, necessária uma breve regressão. Legislações anteriores à Constituição da República de 1988 insistiram durante um extenso período temporal em tratar o casamento como única estrutura familiar aceita pelo Estado. O companheirismo era tratado como sociedade de fato e pressupunha ausência de ânimo para constituir família. Os companheiros eram denominados

concubinos, restando-lhes minguido amparo do Direito de Família e nenhum no Direito Sucessório.

Na medida em que o concubinato ganhou vulto no seio da sociedade, se tornando uma realidade social, tornou-se necessário sua codificação e reconhecimento pelo Direito Pátrio. De início, os efeitos patrimoniais do concubinato ficaram restritos ao campo dos Direitos das Obrigações, sendo a companheira indenizada a título de serviços domésticos prestados para a manutenção do lar.

Entretanto, aos poucos novos direitos foram sendo concedidos ao companheirismo, até a promulgação da Carta de 1988, que configurou o ápice da proteção estatal, pois alavancou a relação *more uxorio* ao patamar de entidade familiar. Como resultado, abandonou o rótulo de concubinato, que se tornou sinônimo de relação efêmera, e assumiu o status de união estável, que, como o próprio nome diz, pressupõe a existência fática de estabilidade, além de notoriedade e durabilidade do relacionamento.

A partir de 1988, todas as normas tiveram que se adequar ao novo Diploma Constitucional, sob pena de revogação tácita por ofensa à Lei Maior. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 já se tornara ultrapassado, seus dispositivos não se coadunavam à nova realidade neoconstitucional, fomentando a necessidade de um novo Diploma Civil.

No âmbito do Direito das Sucessões, o antigo Código Civil não tratava os companheiros como herdeiros. Podia o fim do companheirismo gerar efeitos patrimoniais, mas não a título de herança. Nesse ínterim, o problema já havia sido identificado e, estudiosos do Direito já desprendiam esforços para publicação de um novo Código Civil.

O Projeto do Código Civil aprovado pela Câmara dos Deputados, em 1984, data anterior à promulgação da atual Carta Política, não trazia nenhum dispositivo regulador da sucessão entre companheiros. O desprestígio com o companheirismo desapareceu quando do envio do Projeto ao Senado, onde a redação passou a vigorar da seguinte forma:

**Projeto do CC. Art. 1802.** Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I- se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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 um terço da herança;

IV- não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Todavia, como o Senado Federal fizera alterações no texto original, o diploma ainda precisava retornar à Casa iniciadora (Câmara dos Deputados), por força do Art. 65, parágrafo único<sup>65</sup>, da já promulgada Constituição de 1988, então o retorno ocorreu em 1997.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, inseriu novas mudanças no texto. Dentre tantas, alterou a numeração e a redação do *caput* do artigo produzido pelo Senado, o qual passou a vigorar assim, “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”. Não houve qualquer modificação nos incisos, que vigoraram da forma codificada pelo Senado Federal.

Longo foi o trâmite do Projeto do Código Civil no Congresso Nacional. Nesse ínterim, legislações esparsas foram publicadas para remediar a falta de codificações eficazes para proteção dos direitos hereditários na esfera da união estável, principalmente após a entrada em vigor do artigo 226, parágrafo 3º da CF/88, visto que, a herança do companheiro falecido acabava indo para as mãos dos seus parentes, em vez de contemplar o convivente, acabando por ofender o Princípio da Afetividade instituído pelo aludido dispositivo constitucional.

Logo, com o advento do artigo 226, parágrafo 3º da CF/88, o legislador infraconstitucional precisou atuar de forma proativa, a fim de assegurar direitos básicos aos membros da união estável, assegurando-lhes tratamento mais humanizado e compatível com as demais estruturas familiares, sem priorizar um ou outro arranjo e com observação aos princípios constitucionais, de modo a prevalecer a visão ontológica<sup>66</sup> do Direito de Família.

A necessidade de leis eficazes foi corroborada pela falta de autoaplicação do artigo 226, parágrafo 3º da CF/88, que ensejou dúvidas quanto aos efeitos almejados pelo legislador constituinte ao inserir o dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, deixando margem a diferentes interpretações sobre o real posicionamento da união estável em relação ao casamento – se consistiria entidade familiar de segunda classe, portanto indigna dos mesmos tratamentos concedidos ao casamento, ou, se caberia equiparação total entre os institutos.

---

<sup>65</sup> **CF/88. Art. 65:** “O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”. **Parágrafo único:** Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

<sup>66</sup> **CF/88. Art. 226, § 8º -** “O Estado assegurará a assistência à família **na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Não basta proteção da entidade familiar em si, deve-se assegurar assistência e dignidade do indivíduo formador da família.

Então foram publicadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96 com a finalidade de suprir a lacuna infraconstitucional. A primeira lei assegurou o direito sucessório entre os companheiros; a segunda, sem revogar a primeira, mas em corroboração, previu o direito real de habitação ao convivente supérstite.

Embora já tenha sido objeto de estudo do presente trabalho, insurge ressaltar as bases criadoras das supracitadas Leis, que, diante da eminência de ambas pelo pioneirismo legislativo, tiveram como inspiração o direito sucessório dos cônjuges, seja por comodismo do legislador, como único modelo sucessório existente à época, ou pela vontade de promover a equiparação entre os institutos, visando um acolhimento mais humanista, fundado no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição, à luz dos Princípios da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

Somente em 2002, foi publicado o novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), revogando parcialmente as leis 8.971/94 e 9.872/96. Mas, no que concernem os direitos sucessórios, o legislador ordinário, ao contrário das duas leis anteriores, com base preponderantemente equiparativa entre os institutos da união estável e do casamento, não conferiu aos companheiros o mesmo tratamento concedido aos cônjuges no novo Diploma Civil.

O Código de 2002 abordou o direito sucessório dos companheiros no artigo 1.790, inserido no Livro V, Título I, Capítulo I, nomeado por “Disposições Gerais”, o qual é a parte do diploma jurídico voltado para tratar da sucessão em geral. Atitude do legislador causadora de discussões entre doutrinadores.

Falha do legislador, pois o dispositivo, em questão material, em nada versa sobre disposições sucessórias gerais, pelo contrário, é bastante específico, aborda exclusivamente a ordem de vocação hereditária dos companheiros. Caso fosse deslocado para o Capítulo II do mesmo título, responsável pela codificação da ordem de vocação hereditária, traria maior harmonização ao Código.

Certamente, esse deslize legislativo seria facilmente superado se o conteúdo não fosse materialmente tão prejudicial aos conviventes, quando posto em confronto com os dispositivos das leis anteriores (8.971/94 e 9.872/96), que deferiram “tratamento igual em matéria sucessória a cônjuges e companheiros”<sup>67</sup>.

O atual Código Civil claramente suprimiu a antiga equiparação sucessória ao cônjuge, com cerceamento do direito real de habitação e de usufruto viual, além de restringir

---

<sup>67</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 66.

o direito sucessório “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (Art. 1.790, *caput*), sem descartar a concorrência com descendentes, ascendentes e colaterais do *de cuius*.

Entretanto, o legislador não revogou expressamente as Leis 8.971/94 e 9.872/96, como fez com o Código Civil de 1916 (Art. 2.045, CC/2002). Assim, os antigos dispositivos, que não forem materialmente incompatíveis com o novo Código, continuam a surtir efeitos no mundo jurídico, como acontece com o Art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96, que previu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

Conforme Sílvio Venosa, o aludido direito existirá para os conviventes “quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”<sup>68</sup>.

Da mesma forma, mas com distintos argumentos Maria Helena Diniz defende a sobrevivência do direito real de habitação no âmbito da união estável nos dias atuais,

Por força do art. 7º, parágrafo único (c/c art.5º), da Lei n. 9.278/96, o convivente terá direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família e onde morava com o de cuius, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento em decorrência do direito de condomínio, pois, em regra, tal imóvel advém de fruto de trabalho conjunto, tendo sido adquirido na constância da união estável. porém, pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente; mas por ser norma especial, o art. 7º da lei acima referida está vigente e pode ser aplicado ao companheiro sobrevivente (...) um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (Lei n. 9.278) e norma posterior geral (CC, art. 1.831), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.<sup>69</sup>

Em caminho divergente, mas não menos importante, estão Cahali e Hironaka ao defenderem a revogação das antigas Leis Especiais ao tratarem do tema: “Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira ‘participará da sucessão do outro (...) nas condições seguintes’. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro”<sup>70</sup>.

Notória a falta de consenso dos doutrinadores sobre o tema, poderia o legislador de 2002 ter facilitado a vida do intérprete ao tratar o assunto com a profundidade esperada, seja por revogar expressamente o direito real de habitação no âmbito da união estável, como

<sup>68</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2005, Vol. VI, Págs. 158.

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, Vol.5, Pág. 421.

<sup>70</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, Vol. 6, Pág. 525.

fez com o antigo Código Civil (Art. 2,045, CC/2002), ou desprendendo espaço entre os demais dispositivos para a sua manutenção.

Mas, os efeitos sucessórios causa *mortis* na união estável tem como cerne o artigo 1.790, já anteriormente mencionado, cumprindo antes de sua aplicação, estabelecer os contornos da herança, com a devida retirada patrimonial a que faz *jus* o companheiro supérstite, por conta da meação, nos termos do artigo 1.725, “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

A aplicação do artigo 1.725 não induz aplicação do artigo 1.829, inciso I, à união estável, que possui, como já exposto, dispositivo próprio para tratar das questões sucessórias (Art. 1.790). Da mesma forma, não se aplica por via de contrato escrito aquinhoamento patrimonial mais amplo do que o previsto no artigo 1.790. “O contrato escrito que define eventual regime patrimonial entre os companheiros não pode substituir o testamento”<sup>71</sup>.

Também, em princípio, não incumbem as regras do regime parcial de bens sobre a aplicação do *caput* do artigo 1.790, que trata da participação sucessória do companheiro supérstite nos limites dos bens adquiridos na vigência da união estável.

Embora tenham a mesma essência, a divisão dos aquestos, são dispositivos distintos e não representa a vontade do legislador a aplicação do aludido regime patrimonial na esfera sucessória da união estável, caso fosse, teria codificado expressamente ou feito remessa a alguns dos artigos que tratam do regime (Arts. 1.658 a 1.666), como fez com o casamento (Art. 1.829, inciso I).

No *caput* do artigo 1.790, o legislador, com receio de provocar as mesmas indagações sustentadas quanto ao artigo 1º da Lei nº 8.971/94, em que não se sabia se o direito a alimentos deveria ser concedido somente à companheira ou a ambos, por ter codificado somente a companheira no *caput* do dispositivo, decidiu então utilizar as expressões “companheira” e “companheiro”.

Salutar a preocupação, todavia, dificilmente ocorreriam as mesmas indagações diante das diretrizes do artigo 226, parágrafo 5º da Constituição<sup>72</sup>, em que constam superadas quaisquer distinções por sexo no âmbito do Direito de Família e das Sucessões. Bastava a expressão “companheiro”, que pode ser usado para comportar ambos os sexos.

---

<sup>71</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. 5ª Ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2005, Vol. VI, Págs. 156 e 157.

<sup>72</sup> **CF/88. Art.226, Parágrafo 5º**: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

No tocante à herança, excluída a meação, que não deve ser confundida com direito hereditário, cabe então estabelecer a porção que tem direito o companheiro sobrevivente sobre o acervo hereditário. Entretanto, mister ressaltar o tratamento discriminatório concedido ao companheiro sobrevivente no artigo 1.790 do CC/2002, de forma a restringir-lhe a sucessão sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência.

Em mera conjectura, se os conviventes não adquirem bens durante a constância do relacionamento, mas ao fim de uma longa união, causado pela morte de um dos companheiros, restarem somente bens particulares do falecido, os quais foram mantidos ao longo da jornada vidual pelo esforço conjunto do casal, superando todos os entraves do cotidiano enquanto membros de uma família, se torna injusta, pelo viés da afetividade, a exclusão do direito sucessório do companheiro supérstite.

Notória a injustiça trazida pela previsão do artigo 1.790 do CC/2002, pois não dignifica o convivente supérstite com o direito de participar da herança dos bens que lutou para a manutenção e, ainda, se admite a destinação dos bens para parentes afastados.

Mantida a distorção legislativa do *caput* do artigo em comento, os incisos I e II tratam da concorrência sucessória do companheiro sobrevivente com os descendentes comuns e com os descendentes exclusivos do autor da herança, respectivamente.

Assim, quando concorrer com descendentes comuns, embora o dispositivo trate de “filhos”, defeito de redação já superada por vias de jurisprudência e de doutrina, fará jus a quota equivalente à que por lei for atribuída ao descendente. E, ao concorrer com descendentes só do *de cujus*, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um dos concorrentes.

Os incisos III e IV do aludido artigo em nada melhoraram as condições sucessórias no âmbito da união estável. Injustificavelmente concederam ao companheiro sobrevivente o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, somente fazendo jus à totalidade dos bens deixados pelo convivente falecido se não houver parentes sucessíveis – até quarto grau (Art. 1.839 CC/2002) – do *de cujus*. Caso reste algum parente sucessível, incluindo os ascendentes do falecido, ao convivente será concedido somente um terço da herança (inciso III).

Há discussão sobre o que seria a “totalidade dos bens a que faz jus”, se caberia ao companheiro todo o acervo patrimonial (bens comuns e particulares do autor da herança) ou exclusivamente os bens comuns, pela restrição imposta no *caput* do artigo 1.790, condicionando a participação sucessória do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Sobre o tema e de forma bastante construtiva, a fim de conceder contorno mais humanizado às disposições do artigo 1.790, assevera Maria Berenice,

A saída para essa tormentosa questão é interpretar o inciso IV do art. 1.790 como fazendo referência à totalidade dos bens do de cujus, amealhados a qualquer tempo e a qualquer título, e não apenas aos aquestos, como parece sinalizar ao *caput* do artigo. Esta é a forma de assegurar ao companheiro a totalidade da herança, na hipótese de o falecido não ter nenhum parente. É o que se consegue extrair da lei (CC 1.844): não sobrevivendo cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível, a “herança” é devolvida ao ente público em que se localizam os bens<sup>73</sup>.

A interpretação sugerida pela autora enaltece e prioriza o Princípio Constitucional da Igualdade entre cônjuge e companheiro, na medida em que ao cônjuge, na falta de descendentes e ascendentes do *de cujus*, cabe a totalidade do acervo patrimonial (bens comuns e particulares do autor da herança), e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valorizando o esforço despendido pelo companheiro ao convivente falecido durante toda a vida do casal.

A visão da autora, ao analisar o Art. 1.790 c/c o Art. 1.844, ambos do Código Civil, pressupõe que o inciso IV tenha uma abrangência maior que o *caput* do próprio dispositivo que o regula (Art. 1.790), evitando, assim, um imenso mal-estar, de forma que, inexistindo parentes sucessíveis, mas restando o companheiro sobrevivente, os bens particulares do falecido não sigam para o Estado. Tal interpretação propicia um caráter mais social e humanista ao ordenamento jurídico familiar, apontando incongruências no dispositivo que o destoa das diretrizes constitucionais.

Mas, parte da doutrina é contrária à interpretação como acima demonstrada. Quando utilizada pelo julgador pode representar distorção à vontade do legislador, sob o risco de usurpação de competências entre Poderes, como apregoa Zeno Veloso,

O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do art. 1.790, *caput*, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto entendimento que desdobre a interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo<sup>74</sup>.

Em regra, o *caput* do artigo tem a função de expor o tema a ser abordado pelo dispositivo. Já os incisos detalham a matéria apresentada no *caput*. Nesse sentido, Zeno

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 134.

<sup>74</sup> ZENO Veloso. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 284.

Veloso é bastante coerente com o raciocínio técnico-jurídico, mesmo discordando materialmente.

Assim, se a cabeça do artigo 1.790 pressupõe o direito sucessório do companheiro condicionado aos bens em questo, os incisos devem seguir a mesma linha, as referidas quotas – sejam de equivalência (inciso I), de metade (inciso II) ou de um terço (inciso III) – incidem exclusivamente sobre o patrimônio comum, o que torna muito pior o tratamento sucessório no âmbito da união estável.

Outro ponto digno de críticas é a previsão do artigo 1.839, que introduziu na orbe sucessória os “colaterais até o quarto grau”, constituindo mais um entrave legislativo, pois, sob a égide neoconstitucional, em que pese a afetividade como elemento imprescindível para a formação e manutenção da família brasileira, garantir qualquer direito no âmbito das sucessões a colaterais além do segundo grau pode significar transferência patrimonial a indivíduos, que jamais contribuíram para formação do acervo sucessório, e de repente se veem contemplados com bens oriundos do esforço de outrem, admitindo-se, assim, o enriquecimento ilícito de parentes afastados.

No âmbito do matrimônio, os colaterais, mesmo que detenham direito hereditário sobre o acervo patrimonial, em nada interferem na sucessão do cônjuge supérstite, pois somente herdam na sua falta. Porém, na esfera sucessória da união estável o prejuízo é imenso. Nos termos do artigo 1.790, inciso III, se o convivente supérstite “concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”, ou seja, há uma inversão de valores, jogando por terra toda evolução já alcançada pelas relações *more uxorio*, com descaso total à ligação socioafetiva em prol da consanguinidade.

Constitui o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 grave retrocesso social na esfera sucessória, substanciando flagrante afronta à dignidade do convivente supérstite, que, além de ter seu patrimônio comum consideravelmente reduzido às quotas previstas nos incisos do dispositivo, a depender da concorrência; pode ainda restar-lhe total desamparo, na hipótese de sobrar exclusivamente bens particulares do falecido, destinando a totalidade do acervo patrimonial para um parente afastado, por exemplo, um tio-avô ou um sobrinho-neto (colateral de quarto grau).

O tratamento concedido pelo novo Código Civil à união estável no âmbito do Direito das Sucessões ficou muito aquém ao já previsto anteriormente em legislações esparsas (Leis 8.971/94 e 9.278/96).

A nova legislação civil necessita de maior esforço interpretativo da parte de doutrinadores e julgadores, que a todo o momento precisam lançar mão de análises sistemáticas do ordenamento civil-constitucional para suprir evidentes deficiências da norma codificada, por destoar das diretrizes do legislador originário.

### **3 A EQUIPARAÇÃO ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

#### **3.1 União Estável e Casamento: à luz dos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana;**

O Direito de Família brasileiro teve como marco divisor a promulgação da constituição Federal de 1988. Em momento anterior à Carta Política, o Direito era regido pelo Código Civil de 1916, em que prevaleciam os contornos privados da Lei. A família estava intrinsicamente ligada ao matrimônio e ao modelo patriarcal, possuindo como principais características a hierarquização e o patrimonialismo.

O afeto estava em segundo plano, como a família era entendida como unidade econômica e de produção, à época da publicação do antigo Código Civil, a ligação entre seus membros era preponderantemente patrimonial, regida pela força de trabalho e voltada para a subsistência da família. Esses elementos adequadamente contaminaram o Diploma jurídico, visto que, deve a norma sempre buscar inspiração na realidade social para ter eficácia e efetividade.

A família matrimonializada do século passado era a única legítima e protegida pelo Estado, os demais arranjos familiares eram estigmatizados e indignos de proteção na concepção do legislador ordinário de 1916. Assim, o concubinato, mesmo constituindo uma realidade social, prescindia de proteção jurídica, “o parceiro sobrevivente não fazia jus a direitos sucessórios. No máximo, identificava a presença de uma sociedade de fato, a dar ensejo à divisão do patrimônio amealhado durante a vida em comum”<sup>75</sup>.

Entretanto, muitos foram os acontecimentos na sociedade pátria, como abordado ao longo do presente trabalho, os quais ensejaram mudanças fundamentais na concepção do Direito de Família. Nesse ínterim, na busca de coadunar o ordenamento jurídico aos novos contornos sociais, muitas leis esparsas foram publicadas para suprir as deficiências do antigo Código Civil, incluindo a falta de reconhecimento e de tutela jurídica das relações ligadas por *more uxorio*.

---

<sup>75</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 26.

O auge da transformação paradigmática ocorreu em 1988, com a promulgação da Carta Magna, que introduziu novos parâmetros na estruturação da família brasileira. Desde então, conforme leciona Paulo Lôbo,

A família passou a ter proteção especial a partir da Constituição tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a garantia de realização dos potenciais do indivíduo, reconhecendo a importância do princípio jurídico da afetividade (...) projetando-se para o campo jurídico-constitucional a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.<sup>76</sup>

Com a nova Constituição, no que diz respeito ao Direito de Família, o antigo Diploma Civil fora materialmente revogado, pois não mais se coadunou com a nova realidade legislativa neoconstitucional, que, alicerçada numa importante base principiológica, reconheceu o pluralismo das entidades familiares.

O artigo 226 da Constituição alavancou o reconhecimento de outros arranjos familiares, além do tradicional casamento. No parágrafo 3º reconheceu a união estável como entidade familiar e no parágrafo 4º foi a vez da família monoparental, todas contendo em seus respectivos núcleos a afetividade, a estabilidade e a notoriedade, como elementos imprescindíveis para a formação e manutenção enquanto famílias.

Entretanto, diante a redação utilizada pelo legislador originário no artigo 226, parágrafo 3º, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, deu margem a questionamentos sobre possível hierarquização entre união estável e casamento, com prevalência deste instituto sobre aquele.

Admitir a primazia do casamento sobre a união estável, com base na parte final do parágrafo 3º, “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, enseja o afastamento do princípio da igualdade e no reconhecimento da tutela jurídica limitada à união estável, por ser apreciada como família de segunda classe.

Assim, promover uma interpretação literal do dispositivo pode inibir o reconhecimento de direitos fundamentais aos companheiros no âmbito familiar, como apregoa Paulo Lôbo,

Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere. Com efeito, a norma do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador

---

<sup>76</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. Jus Navegandi, Teresina, Ano 4, nº 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 18 out. 2011.

infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar (...) Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra<sup>77</sup>.

Em contrapartida, promover a equiparação total entre união estável e casamento, como pretende Maria Berenice: “O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações”<sup>78</sup>, pode ensejar tolhimento da liberdade do indivíduo em escolher o arranjo familiar que mais se identifica, além de, desprezar as peculiaridades estruturais de cada tipo de entidade familiar.

Na mesma esteira leciona Paulo Lôbo,

Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio de liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponde à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada<sup>79</sup>.

A atual concepção neoconstitucional da família brasileira, diante de uma realidade social engajada na pluralidade familiar, tem em sua essência, constituindo o alicerce da estruturação, a dignidade da pessoa humana, que, enquanto princípio, está intrinsecamente atrelado ao fenômeno da afetividade.

Da mesma forma, não há como entender a família moderna apartada do Princípio da Igualdade, que norteia o legislador originário em diversas passagens da Lei, independente da estrutura familiar: a) Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (Art. 226, § 3º); b) Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – família monoparental (Art. 226, § 4º); c) Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Art. 226, § 5º); c) Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227, § 6º).

<sup>77</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 93.

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, Pág. 66.

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 93.

Notória a diferença entre propagar à união estável o Princípio da Igualdade e a equiparação por completo ao instituto do casamento, são coisas distintas e assim devem permanecer. Assim, a união estável não deve, em momento algum, ser entendida em apartado dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. Já, quanto à equiparação ao casamento, dependerá das peculiaridades de cada estrutura e do respeito à autonomia da vontade dos indivíduos, para não infringir a dignidade humana.

No âmbito das sucessões houve uma forte tendência de aproximação entre união estável e casamento, quando da necessidade infraconstitucional de codificar o artigo 226, parágrafo 3º da Carta da República. As Leis 8.971/94 e 9.278/96 instituíram inicialmente a base sucessória dos companheiros sobre os mesmos fundamentos da sucessão dos cônjuges. Todavia, o Código Civil de 2002 concedeu tratamento diferenciado ao tema, promovendo direitos completamente distintos.

### **3.2 Da (in)constitucionalidade do Código Civil de 2002 ao regular o direito sucessório no âmbito da união estável**

Como exposto no item anterior, o artigo 226, parágrafo 3º não condiciona o legislador ordinário a priorizar uma ou outra estrutura familiar, não há sequer “a pretensão de substituir o casamento pela união permanente ou de equiparar ambos”<sup>80</sup> em toda a plenitude de direitos. Deve, tão somente, facilitar a conversão da união estável em casamento, se for a vontade dos companheiros, caso não seja, deve a legislação infraconstitucional conceder condições dignas aos membros da união estável.

Para tanto, deve o Código priorizar o Princípio da Afetividade como elemento imprescindível na estrutura familiar, vedada existência de quaisquer normas ofensivas à integridade da família. Além de ser defeso deixar de assegurar assistência e condições suficientes ao pleno desenvolvimento de seus membros, independente da estrutura familiar adotada, sob o risco de atentar contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O antigo Código Civil não trazia previsão de direito sucessório ao concubinato em seus dispositivos. Ao término de uma longa jornada de vida em conjunto, instituída por uma relação *more uxorio*, após a morte de um dos companheiros, o sobrevivente não tinha direito hereditário sobre o acervo patrimonial deixado pelo falecido, embora restassem outros direitos sem cunho hereditário.

---

<sup>80</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, Vol.5, Pág. 434.

O projeto do Código Civil de 2002, iniciado em 1984, originalmente também não trazia previsão sucessória aos companheiros, sendo suprida tal deficiência após passagem do aludido Projeto pelo Senado Federal, com a intervenção do senador Néelson Carneiro. Com o retorno do Projeto à Câmara dos Deputados, o novo Código Civil recebera os contornos finais, com os quais fora publicado.

Muito se esperou do novo Código Civil, principalmente que albergasse com primazia os fundamentos da Constituição da República relativos à nova acepção da família brasileira.

No âmbito do Direito de Família, ressalvadas algumas atecnias (legislativa e redacional) já mencionadas neste trabalho, o *Code*, no Livro IV, embora tenha desprendido somente cinco artigos para tratar da união estável (Arts. 1.723 a 1.727), prescindindo de devida profundidade, não lhe trouxe retrocesso social.

Acolheu, ainda, a isonomia entre união estável e casamento ao abordá-la sobre uma base preponderantemente fundada na família matrimonializada, em atendimento ao preceito constitucional do artigo 226, paragrafo 3º, afastando a possibilidade de hierarquização entre os dois tipos de família.

Pode-se então afirmar, nas palavras de Carlos Gonçalves, que o atual Código Civil, pelo menos na seara do Direito de Família,

procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais<sup>81</sup>.

Mas tal afirmação prescinde de veracidade quanto à esfera do Direito das Sucessões. Levando em consideração as condições sucessórias já conquistadas pelos conviventes nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, o novo Código Civil introduziu grave retrocesso social referente ao direito sucessório na união estável.

A começar pela injustificável falta de previsão do direito real de habitação, antes codificado no artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96, auferindo considerável prejuízo ao convivente supérstite. Entretanto, tal omissão legislativa foi contornada com base no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução do Código Civil: por não haver revogação expressa e não ter o novo diploma esgotado materialmente o tema, além da não incompatibilidade entre os dispositivos legais, foi mantido o aludido direito aos companheiros nos termos antes estabelecidos.

---

<sup>81</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, Vol.VII, 2007, Pág. 21.

Outro ponto merecedor de críticas é a condição vantajosa auferida ao cônjuge supérstite enquanto herdeiro necessário (Art. 1.845, CC/2002), com a exclusão do companheiro, mantido somente como herdeiro legítimo. Nesses termos, é permitido ao autor da herança, por disposição de última vontade, repartir o acervo patrimonial (Art. 1.789, CC/2002), após excluir a meação quando for o caso, destinando-o às pessoas, conforme melhor lhe convir, não necessariamente ao convivente.

Como resultado, pode o companheiro sobrevivente ser excluído da concorrência sucessória dos bens deixados pelo falecido, por não lhe ser assegurada a legítima (metade dos bens da herança que não pode ser objeto de testamento). A não inclusão do companheiro no artigo 1.845 constitui real ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa humana, na medida em que o legislador deixa de priorizar o Princípio da Afetividade presente no artigo 226 da CF/88 e fundamento de toda família constitucionalizada.

O artigo 1.832 assegura ao cônjuge supérstite quota mínima da herança ao concorrer com descendentes comuns, não podendo ser inferior à quarta parte do acervo patrimonial. Já ao companheiro sobrevivente nada foi assegurado, podendo restar-lhe o total desamparo a depender dos bens que restar quando da morte do convivente.

Tal situação, como proposta pelo novo Código Civil, constitui interpretação equivocada da Lei maior pelo legislador ordinário, o qual “não pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram”<sup>82</sup>, sob o risco de retirar do companheiro supérstite o mínimo patrimonial necessário à vida com dignidade.

Importante ressaltar que o artigo 1.832 não constitui dispositivo discriminatório pela simples ofensa ao Princípio da Igualdade, até por que este não condiciona o legislador ordinário à obrigatória equiparação entre união estável e casamento, como mencionado no início deste item; mas, tão somente, pela possibilidade de ofensa direta à dignidade pessoal do membro sobrevivente da união estável, ignorando a prescrição constitucional de assegurar-lhe assistência e pleno desenvolvimento.

A situação se agrava quando o companheiro sobrevivente se encontra com idade avançada (idoso), que, em regra, é o que acontece, tornando mais difícil vislumbrar o direito à vida com dignidade e, até mesmo, sua sobrevivência diante das necessidades impostas pelo desgaste natural do corpo humano.

---

<sup>82</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Família e cidadania – O Novo CCB e a *Vacatio legis* –. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 93.

O artigo 1.790 é o dispositivo civil responsável por conduzir as regras sucessórias na união estável. Injustificavelmente é o que propõe maior retrocesso social, além de inserir o companheiro na quarta colocação na ordem de vocação hereditária (inciso III), depois dos colaterais, impõe-lhe, ainda, limitação do direito concorrencial exclusivamente aos bens adquiridos de forma onerosa ao longo do relacionamento (*caput*).

É mais um dispositivo do atual Código Civil que foi criado à margem da realidade social. Por ensejar várias possibilidades de ofensa à dignidade do companheiro supérstite, retirando, da orbe da convivência permanente, direitos fundamentais antes já garantidos pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96. O inciso III do aludido artigo sequer aventou o princípio básico do Direito Sucessório: “os mais próximos afastam os mais distantes”.

Parece que o legislador do atual Código Civil, ao codificar o direito sucessório na união estável, “teve rebuços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária”<sup>83</sup>, tornando os dispositivos falhos e dependentes de complexas interpretações sistemáticas do ordenamento civil-constitucional.

Notória a distinção de tratamento entre o Direito de Família e o das Sucessões, enquanto aquele conduz a uma equiparação entre os institutos da união estável e do casamento, a sucessão tende a conceder tratamento cada vez mais distinto.

Nada impede que o legislador infraconstitucional imponha distinção sucessória entre os diversos tipos de famílias brasileiras, entretanto deve atentar para os preceitos e princípios constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a afetividade e o não retrocesso social, pois

Tanto é entidade familiar a que se funda no casamento como é entidade familiar a que resulta da união estável, quanto é entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art.226, 3º e 4º). As famílias constituídas por essas formas têm a mesma dignidade, a mesma importância, são merecedoras do mesmo respeito, consideração, acatamento. Acabou-se o tempo em que, com base em preconceitos aristocráticos, concepções reacionárias, passadistas, e argumentos repletos de hipocrisia, as famílias eram classificadas – em famílias de primeira classe, de segunda classe e, até, de classe nenhuma<sup>84</sup>.

Dessa forma, a essência da inconstitucionalidade está no tratamento indigno do companheiro supérstite, ao conceder-lhe direito sucessório aquém do necessário a ter uma

<sup>83</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2005, Vol. VII, Pág. 156.

<sup>84</sup> VELOSO, Zeno. **Família e cidadania – O Novo CCB e a *Vacatio legis* –. Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords), 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 286.

vida digna após a perda de seu companheiro, não, necessariamente, pela falta de equiparação entre a união estável e o casamento.

Aliás, adotar a total equiparação entre os referidos institutos familiares pode ensejar em ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que, ao indivíduo deve ser garantida a plena liberdade de escolha da estrutura familiar que melhor lhe aprouver. Ao ensejar a total equiparação, o Estado acaba intervindo em demasia no âmbito particular do indivíduo, pois, se decidiu não aderir ao matrimônio, é porque também não quer seus efeitos patrimoniais e sucessórios. Mas, se assim, desejar, deve o legislador infraconstitucional facilitar a conversão da união estável em casamento.

### **3.3 Do tratamento jurisprudencial sobre o tema**

A jurisprudência sempre teve papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, suprindo as lacunas das leis e estabelecendo interpretações de modo a compatibilizar a legislação com a ordem social.

Diante das modificações instauradas na sociedade e do engessamento legislativo promovido pela égide do Código Civil de 1916, em momento anterior à vigência do divórcio (Lei nº 6.515 de 26 de Dezembro de 1977), em que as relações *more uxorio* não adulterinas e não incestuosas se proliferaram, consumando-se como realidade social, coube aos Tribunais pátrios, em especial, o Supremo Tribunal Federal, impedir as frequentes tentativas de lesões a esse tipo de família, principalmente pela falta de reconhecimento e de abrigo jurídico.

O histórico jurisprudencial do Supremo sempre teve viés vanguardista. Seus julgados, ao longo dos anos, concederam direitos que sequer estavam previstos em leis. Suas inovações no mundo jurídico propiciaram que muitas famílias desmatrimonializadas alcançassem eminentes direitos, produzindo efeitos diretos sobre o legislador, que acabava se motivando a produzir normas, em regra, mais coerentes com a realidade social.

Em 1963, o Supremo emanou o índice de Súmula nº 35, que conferiu direito à indenização decorrente da morte do concubino em acidente de trabalho ou de transporte, contanto que não houvesse entre os concubinos impedimentos para matrimônio, aventando, assim, importante progresso no âmbito do reconhecimento do concubinato.

Logo em seguida, em 1964, o Egrégio Tribunal publicou o índice de Súmula nº 380, conferindo abrigo judicial à dissolução do concubinato, com a devida partilha do

patrimônio adquirido pelo esforço comum, desde que, comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos.

No sentido de conceder maior dignidade aos conviventes, mesmo que ausentes bens comuns ao fim do relacionamento, como efeito *causa mortis*, previu a jurisprudência indenização à concubina pelos serviços domésticos prestados ao companheiro falecido para manutenção do lar ao longo do convívio.

Assim, legitimou-se, após a dissolução do concubinato, como efeito *causa mortis*, à companheira sobrevivente requerer na esfera judicial, com base no Direito das Obrigações, sua parte sobre o acervo patrimonial deixado pelo *de cujus*, atendidos os requisitos das Súmulas acima tratadas.

Entendimento diverso começou a vigorar após a promulgação da Constituição da República de 1988, em que os tribunais brasileiros passaram a identificar o concubinato como união estável e entidade familiar. Contudo, na prática, os entendimentos ainda oscilavam, ora concedendo direitos na esfera indenizatória, nos termos da Súmula 380, ora equiparados ao casamento.

Com a publicação das Leis 8.971/94 e 9.278/96 inaugurou-se, na esfera legislativa, a concessão de direito sucessório à união estável. A jurisprudência seguiu as mesmas diretrizes das aludidas legislações especiais e dos mandamentos constitucionais, de modo a equalizar a sucessão dos companheiros a dos cônjuges.

Desde então, o tratamento conferido ao direito sucessório dos companheiros pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte competente<sup>85</sup> para tratar do tema por orientação constitucional, deixou de ser a Súmula 380, “por incompatibilidade com a nova acepção do Direito de Família”<sup>86</sup>, estabelecendo: “Nas questões que versam acerca de direito sucessório, aplica-se a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão”<sup>87</sup>.

O tratamento concedido à união estável pela jurisprudência, antes da publicação do Código Civil de 2002, era no sentido de equipará-la ao casamento, tanto que o STJ<sup>88</sup> estendeu o entendimento da Lei 8.009/90, em toda a sua plenitude, ao imóvel destinado à moradia dos companheiros, afastando a penhora sobre esse bem.

---

<sup>85</sup> **CF/88. Art. 105:** Compete ao Superior Tribunal de Justiça. III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

<sup>86</sup> REsp 988.090/MS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 22/02/2010.

<sup>87</sup> REsp 79.511/GO publicado no DJ 22/04/1996.

<sup>88</sup> REsp 103011/RJ publicado no DJ 16/06/1997.

Após a publicação do novo Código Civil, questão que passou a suscitar muita discussão no ordenamento jurídico brasileiro foi o tratamento prestado pelo artigo 1.790 ao direito sucessório dos companheiros, diante da previsão constitucional do artigo 226, parágrafo 3º, que elevava a união estável à entidade familiar.

As jurisprudências dos tribunais estaduais passaram a sustentar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por ofensa ao artigo 226, parágrafo 3º da Lei Maior, “ao apregoarem a não concorrência do companheiro com parentes colaterais do falecido”<sup>89</sup> ou, em alguns casos, “por entenderem que o companheiro não pode ter situação de privilégio em relação ao cônjuge e, portanto, se o cônjuge tiver a meação, não terá concorrência sucessória com os descendentes, o mesmo deve ocorrer com relação ao companheiro”<sup>90</sup>.

Em contrapartida, o TJDFT já sustentou a não equiparação total entre união estável e casamento, como ocorreu ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2010.00.2.004631-6: “embora o legislador tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório”. Essa tese teve fundamento na parte final do artigo 226, parágrafo 3º da CF/88, haja vista a necessidade de lei infraconstitucional facilitar a conversão da união estável em casamento.

No âmbito do STJ, perfaz-se aplicação do artigo 1.790 do CC/2002 sobre a sucessão hereditária do companheiro, não sobrevivendo a total equiparação ao cônjuge. Assim, “com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária (...) há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável”<sup>91</sup>.

A Egrégia Corte de Justiça tem se pronunciado quanto ao direito de meação do companheiro sobrevivente, que seja formado por,

todos os bens móveis e imóveis adquiridos por ambos os conviventes na constância da união estável, excluído de tal monte o percentual atinente aos valores representados pelos bens próprios e anteriores à união, que foram alienados pelo autor para a compra dos primeiros imóveis e demais bens de consumo para uso comum do casal<sup>92</sup>.

<sup>89</sup>TJ/RS – 7ª Câmara Cível. Ag.I. nº 70.020.389.284. Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel. DJ, 24/09/2007.

<sup>90</sup>TJ/SP – 9ª Câmara Civil, Ag.I. nº 467.591-4/7-00, Rel. Des. Grava Brazil. Julgado em 16.01.2007.

<sup>91</sup>REsp 736.627/PR. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. DJe 01/07/2008.

<sup>92</sup>REsp 1.027.220/BA. Rel. Ministro Sidnei Beneti. DJe 30/06/2010.

Uma vez estabelecida a meação, devem então ser aplicadas as diretrizes patrimoniais do artigo 1.790 do CC/2002,

Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC) <sup>93</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça definiu ainda o *caput* do artigo 1.790, ao estabelecer o patrimônio que não deve ser incluído no acervo sucessório do convivente supérstite: “Viola o § 1º, do artigo 5º, da Lei 9.278/96 a determinação de partilhar frutos e/ou rendimentos advindos de bens herdados e/ou doados antes do reconhecimento da união estável” <sup>94</sup>.

Entendimento similar deve ser dado aos bens que, por ventura, tiverem sido objeto de compra e venda entre o casal, ou seja, caso o convivente supérstite tenha adquirido onerosamente patrimônio de seu companheiro na constância da união estável. Neste caso, o referido bem deve ser excluído da partilha e mantido em exclusividade como acervo particular do sobrevivente, assim, entendeu o STJ,

Imóvel alienado pelo varão à companheira, no período de vida em comum, não é bem sujeito à partilha (...) É que, havendo compra e venda do imóvel, com o respectivo pagamento das parcelas ao réu, como apontado pelas instâncias ordinárias, a manutenção do bem no inventário de partilha implicaria o enriquecimento ilícito da parte, que já recebera o valor correspondente ao imóvel ao aliená-lo à companheira <sup>95</sup>.

Sobre a controvertida manutenção do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente entendeu o STJ, que, especificamente neste caso, deve haver equiparação de tratamento entre conviventes e cônjuges,

O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens (...) A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento (...) A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de

<sup>93</sup> REsp 1.090.722/SP. Rel. Ministro Massami Uyeda. DJe 30/08/2010.

<sup>94</sup> REsp 775471/RJ. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). DJe 31/08/2010.

<sup>95</sup> REsp 738.464/DF. Rel. Ministro Lis Felipe Salomão. DJe 02/02/2010.

habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002<sup>96</sup>.

Em suma, abordando as disparidades de tratamento entre a união estável e o casamento no STJ, vislumbra-se existência de dois institutos distintos, sendo plenamente plausível, em regra, a concessão de tratamento não isonômico, fato que fica melhor identificável nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp nº 1.117.563/SP:

É importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para (sic) as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra de sucessão seja mais vantajosa ao companheiro, isso não significa que o *regime da União Estável* seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do *ponto de vista global*. Há diversos benefícios conferidos pela lei ao casamento que não se estendem à união estável. Basta pensar, por exemplo, que a prova do casamento é direta, decorrendo meramente do registro (art. 1.543 do CC/02), ao passo que a união estável deve ser demonstrada caso a caso; que o cônjuge é herdeiro necessário, contando com a garantia da legítima que, em princípio, não assiste ao companheiro; que, protegendo o patrimônio do casal, a Lei condiciona a autorização do cônjuge a prática de determinados negócios jurídicos; que a ordem de vocação hereditária coloca o cônjuge antes dos colaterais na sucessão exclusiva; e assim por diante.

A essência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode ser sintetizada pela notável passagem de Zeno Veloso ao tratar dos direitos sucessórios dos companheiros,

O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do art. 1.790, *caput*, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto entendimento que desdobre da interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo.<sup>97</sup>

Mesmo adotando o discutível artigo 1.790 do novo Código Civil para tratar da sucessão na união estável, o STJ tem como fundamento de suas decisões a afetividade e a dignidade da pessoa humana, elementos norteadores dos efeitos patrimoniais *causa mortis*, como notório no julgamento do REsp 1.157.273/RN, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi (DJe 07/06/2010), a respeito do paralelismo de uniões afetivas,

Sob a tônica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos (...). A análise dos requisitos ínsitos à união estável

<sup>96</sup> REsp 821.660 / DF. Rel. Ministro Sidnei Beneti. DJe 17/06/2011.

<sup>97</sup> ZENO Veloso. **Família e cidadania – O Novo CCB e a *Vacatio legis* –. Do direito sucessório dos companheiros.** In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 284.

deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. (...) Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na *dignidade da pessoa humana*, na solidariedade, na *afetividade*, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

Diante dos argumentos expostos até o momento, pode-se afirmar que a jurisprudência dos tribunais estaduais é mais tendenciosa a tratar o direito sucessório dos companheiros à luz da base matrimonial, proporcionando maior equiparação ao casamento e sustentando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, enquanto guardião da interpretação do ordenamento jurídico federal, responsável por dirimir os conflitos de exegese, entende que não cabe a total equiparação entre os aludidos institutos familiares e promove a aplicação das leis à luz dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

No âmbito do Direito Sucessório codificado no vigente Código Civil, cada entidade familiar tem seu próprio dispositivo responsável por delinear os respectivos direitos patrimoniais de cônjuges (Art. 1.829) e companheiros (Art. 1.790), não competindo à supracitada Corte ponderar se um ou outro artigo é mais vantajoso.

Assim, no âmbito da jurisprudência formada pelo STJ, vige a proteção da família brasileira formada pela diversidade estrutural, com base na afetividade e na dignidade pessoal de seus membros, sem, contudo, apregoar a total isonomia legislativa. Da mesma forma, não se admite a hierarquização entre os diversos arranjos de famílias, cada qual tem suas peculiaridades e com leis específicas e adequadas às suas necessidades.

## CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado no decorrer do presente trabalho, muitos foram os fatores contribuintes para revolução do termo família ao longo da história, proporcionando, paralelamente, eminentes evoluções no âmbito do Direito de Família e das Sucessões.

A atual concepção de entidade familiar foi moldada pela Constituição Federal de 1988, que legitimou o *pluralismo familiar* no ordenamento jurídico brasileiro. Desde então, se passou a valorizar a dignidade pessoal do ser humano e a ligação afetiva entre os membros de cada família, independente do arranjo adotado, seja pelo casamento, pela união estável, por um dos pais e seu filho, ou qualquer outro modelo de família que satisfaça a vontade do indivíduo, até mesmo tem-se admitido a família singular.

O Direito de Família com o atual viés neoconstitucional deixou de ser conservador, autoritário, hierarquizado e discriminador, adaptando-se à realidade social e recebendo forte carga principiológica, com destaque aos princípios da dignidade da pessoa humana; da afetividade; da proibição do retrocesso social; da tutela especial à família e da igualdade ou isonomia entre os seus membros (entre os cônjuges ou companheiros, independente do sexo, e entre os filhos); do pluralismo familiar; da paternidade responsável; da lealdade; entre inúmeros outros.

A Norma Maior, ao instituir o artigo 226, parágrafo 3º, vinculou as demais normas publicadas com a finalidade de regular os direitos da união estável e do casamento, entretanto, deixou espaço para codificações e interpretações diversas, pois prescindiu o dispositivo constitucional de aplicação imediata, dependendo de norma infraconstitucional para lhe conferir aplicabilidade.

O legislador originário codificou, no aludido dispositivo constitucional, a necessidade de facilitar a conversão da união estável em casamento, assumindo assim a distinção entre os institutos e afastando o império da equiparação total, mas sem fomentar hierarquização entre as entidades familiares, cujos membros devem receber tratamento à luz da dignidade da pessoa humana.

Assim, as leis infraconstitucionais devem ser criadas de forma a facilitar tal conversão, sem, contudo, produzir tratamento discriminatório aos companheiros e aos cônjuges. Para tanto, o atual Código Civil regulou a formação e existência da união estável de forma a dar contornos bem próximos ao matrimônio, pois de nada adiantaria codificá-la como

instituto completamente distinto do casamento, pois quando os companheiros quisessem realizar a conversão, não estariam aptos para tal.

No tocante ao Direito de Família, o legislador ordinário concedeu tratamento à união estável em relação ao casamento com base no Princípio da Igualdade. Mas, no Direito Sucessório, o Código Civil de 2002 em nada equiparou a sucessão do companheiro a do cônjuge, pelo contrário, problematizou, em muito, a questão, de modo a promover grave retrocesso social ao tema, antes abordado pelas Leis Especiais 8.971/94 e 9.278/96.

A nova abordagem concebida à sucessão dos companheiros ficou muito aquém a já historicamente conquistada pela união estável, foram suprimidos importantes direitos, tais como, o direito real de habitação e ordem de vocação anterior aos colaterais – na Lei nº 8.971/94 faltando descendentes e ascendentes o companheiro sobrevivente tinha direito à totalidade da herança.

Atualmente, nos termos do artigo 1.790, incisos III e IV – o companheiro sobrevivente somente herda a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento se não houver colaterais do *de cujus* “até o quarto grau” (Art. 1.829, CC/2002), enquanto o cônjuge supérstite tem direito a todo o acervo sucessório na falta de descendentes e ascendentes (Art. 1.838, CC/2002).

Notória a discriminação do vigente Código Civil a respeito dos direitos sucessórios dos companheiros, por ofenderem o Princípio da Dignidade pessoal dos conviventes, o Princípio da Afetividade e demais princípios constitucionais e por usurparem o princípio básico da sucessão hereditária, na medida em que, se admite a primazia dos colaterais sobre o companheiro sobrevivente no momento de receber o acervo patrimonial deixado pelo autor da herança, enquanto os mais próximos deveriam afastar os mais distantes.

Ainda há muito a se percorrer até a proteção ideal da união estável, enquanto fenômeno social e entidade familiar. Não há como entendê-la enquanto família de segunda classe, mas, tão somente, como mais um distinto arranjo familiar, digno de toda a proteção estatal. Da mesma forma, é perigoso defender sua equiparação total ao casamento, sob o risco de tolher a liberdade do indivíduo com excesso de intervenção do Estado na vida privada.

O pluralismo familiar é uma realidade social e merece pleno reconhecimento jurídico, nos termos da Lei Maior, que funciona como lei geral, de observação obrigatória para a criação das normas infraconstitucionais. Os direitos sucessórios de cada modelo familiar não precisam atender à isonomia plena entre si, mas devem ser construídos sobre os mesmos pilares constitucionais: dignidade da pessoa humana, afetividade e não retrocesso

social, qualquer manifestação legislativa que ofenda esses elementos deve ser entendida como inconstitucional, como ocorre com o artigo 1.790 do CC/2002 ao tratar da sucessão do companheiro sobrevivente.

Diante de tudo já abordado, se a constitucionalidade do direito sucessório do companheiro no Código Civil de 2002 suscita controvertidos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, é assente a necessidade de iminente reformulação do *Code* sobre o assunto, sob o risco de manter a vigência de um diploma jurídico incompatível às aspirações sociais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em:

<[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

<[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=LuisRobertoBarroso.pdf](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=LuisRobertoBarroso.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 15 out. 2011.

BRAUNER, Marai Cláudia Crespo. **O Pluralismo no Direito de Família Brasileiro: realidade social e reinvenção da família**. In: WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen (coordenador). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, Vol. 6.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo. Ed. Saraiva, 24ª edição, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Família, direitos e uma nova cidadania**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Editora: Del Rey, 2002.

FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Editora: Del Rey, 2002.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Editora: Del Rey, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Ed. Saraiva, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Família e cidadania – O Novo CCB e a *Vacatio legis* –. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª Ed. Belo Horizonte. Editora: Del Rey, 2005, Pág. 93.

\_\_\_\_\_. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. Jus Navegandi, Teresina, Ano 4, nº 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 18 out. 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n.29, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sucessão legítima à luz do novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo07.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2011.

PIZZOLANTE, Francisco. **União estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo. Ed. Atlas, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Vol. 6.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Direito das Sucessões. Propostas de alteração**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, V. 7, n. 29, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Nº 2.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. São Paulo. Editora Atlas, 2002, Vol. XVII.

\_\_\_\_\_. **Família e Cidadania – o Novo CCB e a *Vacatio Legis***. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Editora: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo. Ed. Atlas S. A., 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo. Ed. Atlas S. A., 5 edição, v. 6, 2005.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de Família**. São Paulo, Ed. Saraiva, 14 Ed. Revista, 2002.