



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MÉRCIA MAIA MEDEIROS

ASPECTOS DIFERENCIAS ENTRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS
CÔNJUGUES E OS DOS COMPANHEIROS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA - PB
2010

MÉRCIA MAIA MEDEIROS

ASPECTOS DIFERENCIAS ENTRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS
CÔNJUGUES E OS DOS COMPANHEIROS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Petrócia Marques Sarmiento Moreira.

SOUSA - PB
2010

Mércia Maia Medeiros

ASPECTOS DIFERENCIAS ENTRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES E
OS DOS COMPANHEIROS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a.: Esp. Petúcia Marques Sarmiento Moreira

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa – PB
Junho-2007

Dedico:

Primeiramente a Deus, que me tem dado força para perseverar nesta caminhada bastante árdua, de renúncias e dificuldades e a minha mãe Maria Lourdes Maia Medeiros, por ser a maior expressão e exemplo de ser humano que já conheci. Mulher de garra e possuidora de um enorme coração, a pessoa que mais lutou e me incentivou, apesar da distância, para que eu concluísse o ensino superior.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, em especial, aos meus pais Pedro Rocha de Medeiros e Maria de Lourdes Maia de Medeiros, que diariamente batalham a sol e a chuva para o sustento do nosso lar e da minha formação humana e profissional; aos meus irmãos pela confiança e o apoio que sempre me proporcionaram sem medirem esforços; aos meus sobrinhos queridos, os quais são hoje um dos meus maiores motivos de alegria; aos meus cunhados, em especial, a Igor e San pelo incentivo dado ao longo desta caminhada.

A todos os mestres da faculdade de Direito, pelas lições inesquecíveis, pelo empenho em desperta-mos o amor aos estudos, o respeito ao próximo e a busca do justo.

À professora orientadora Petrócia Marques Sarmiento Moreira, meu muito obrigada, pela atenção e solicitude, pelo tempo despendido na correção das imperfeições técnicas deste trabalho, sobretudo, por ter me proporcionado recursos didáticos para a produção desta pesquisa.

Aos companheiros de turma, em especial, a Fernanda, Kallyne e Rogério pelos momentos de felicidade e luta durante este quinquênio.

Às minhas amigas Alanna, Érica, Mayara, Mariana e Virgínia, por terem me dado guarida e por se mostrarem verdadeiras irmãs, sempre prestativas e companheiras, humanas e brincalhonas, fazendo dos meus momentos de tristeza e saudade eternas alegrias.

“Se continuássemos a vislumbrar o casamento como um celeiro de moralidade e estabilidade ainda teríamos indissolúvel. Se ainda o víssemos como o único meio para a geração da familiaridade estaríamos agindo de forma hipócrita e desonesta para com os que praticam as formas de família”.

Clóvis Beviláqua.

RESUMO

Como intuito de expor considerações acerca das diferenças existentes entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros no sistema jurídico. A presente pesquisa científica, então traz como tema uma abordagem sobre: “Aspectos diferenciados entre os direitos sucessórios dos cônjuges e os dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro”. Para cumprir esse propósito inicialmente explicam-se os institutos do casamento e da união estável, por serem as formas de entidades familiares protegidas pelo Estado, das quais originam, respectivamente as relações matrimoniais e de parceria, e destas os direitos sucessórios de seus participantes, bem como o instituto da sucessão para ser compreendido como é feita a transmissão dos direitos após a morte no ordenamento jurídico. Os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros passaram por uma evolução legislativa, onde os direitos de suceder dos cônjuges foram conquistados bem mais cedo que os dos companheiros, em razão de que a união estável por muito tempo permaneceu à margem da sociedade. Com o advento da Constituição Federal de 1988 a família brasileira sofreu grandes modificações, pois esta ao reconhecer a união estável como entidade familiar deu oportunidade para o legislador ordinário elaborar leis equiparando os direitos do cônjuge aos dos companheiros, mas não foi o que aconteceu no campo do direito sucessório, visto que, na legislação infraconstitucional encontra-se várias diferenças acerca desta matéria, sendo estas descabidas, uma vez que ferem os preceitos constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Para tanto, desenvolveu-se um estudo ordenado, no sentido de demonstrar as disparidades existentes entre os efeitos sucessórios dos cônjuges em detrimento aos dos companheiros, aplicando-se os métodos exegético jurídico e bibliográfico, no qual conduziu a pesquisa a uma abordagem geral dos institutos jurídicos que implicam no nosso objeto de estudo, para só então, com os conhecimentos adquiridos, ingressar na análise do tema detalhadamente. A reflexão aduzida, tem fundamentação jurídica consistente, revela como resultado que os direitos sucessórios dos cônjuges em muito prevalecem em relação aos direitos sucessórios dos companheiros. Desta forma, o estudo contribuiu com as novas reflexões sobre as questões polêmicas, apontando o entendimento da doutrina atual.

Palavras chave: Casamento; União Estável; Cônjuge; Companheiro; Direitos Sucessórios.

ABSTRACT

As intention of exposing considerations concerning the existent differences among the spouses' rights and the companions in the rights of succeeding in the legal system. This scientific research brings (as theme) an approach on: "The disparities in the rights of succeeding between the spouses and the companions in the Brazilian juridical system". To accomplish this, the institutes of marriage and stable union are explained initially, for being the forms of family entities protected by the State, which originate the matrimonial relationships and partnership respectively, and from these one the participants' rights of succeeding, as well as the institute of the succession to be understood as the transmission of the rights is made after the death in the juridical system. The spouses' and the companions' rights of succeeding went by a legislative evolution, where the spouses' rights of succeeding were conquered much earlier than the one of the companions' ones, in reason that the stable union stayed to the margin of the society for a long time. With the advent of the Federal Constitution of 1988, the Brazilian family suffered great modifications. This one gave opportunity for the ordinary legislator elaborate laws comparing the spouses and the companions rights when it recognize the stable union as family entity, but (there were) no changes in the right of succeeding because there are several differences concerning this matter in the infraconstitutional legislation and they are improper and they hurt the constitutional precepts, such as the principles of human person's dignity and the equality of rights. Then we develop an orderly study, in the sense of demonstrating the existent disparities among the spouses' effects of succeeding to the detriment of the companions ones, applying the juridical exegesis and bibliographical methods in approach of the juridical institutes that implicate in our study object. After that, with the acquired knowledge, we into the detailed analysis of the theme. The adduced reflection has juridical grounding and it reveals as a result that the spouses' right prevails over the companions' rights in succession a lot. So that this study contributed to new reflections on the controversial subjects, pointing to the understanding of the current doctrine.

Key words: Marriage; Stable union; Spouse; Companion; Rights of succeeding.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.	12
1.1 Generalidades do casamento civil.....	12
Natureza jurídica e características do casamento civil.....	14
1.3 Condições necessárias á existência e a validade do matrimônio.....	20
CAPÍTULO 2 O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
2.1 Evolução da união estável na sociedade brasileira.....	27
2.2 Conceito e requisitos concernentes à união estável.....	30
2.3 Formas de dissolução da união estável.....	34
CAPÍTULO 3 ASPECTO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA SUCESSÃO.....	36
3.1 Definição da sucessão hereditária.....	39
3.2 Abordagem jurídica acerca da sucessão legítima.....	41
CAPÍTULO 4 AS DISPARIDADES DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS ENTRE OS DOS CÔNJUGES E OS DOS COMPANHEIROS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	43
4.1 Direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.....	43
4.2 Direitos sucessórios do companheiro.....	49
4.3 Diferenças dos direitos sucessórios dos cônjuges no casamento e na união estável	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Diante do crescente número de pessoas ligadas por uma união de fato, surge a necessidade do direito regulamentar estas relações e por sua vez procurar obedecer aos preceitos constitucionais que busca equiparar a união estável ao casamento, já que ambas são as geradoras das entidades familiares, base da sociedade. Assim o tema proposto: “aspectos diferenciais entre os direitos sucessórios dos cônjuges e os dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro”, demonstra-se relevante o debate acadêmico acerca da pertinência dos institutos: do casamento, da união estável e o da sucessão em face ao novo código civil.

A pesquisa científica tem, portanto, como objetivos precípuos: estudar o instituto do casamento civil em seus aspectos gerais e específicos; examinado acerca da evolução histórica da união estável, observando-a segundo a doutrina e a legislação pertinente; compreender o instituto da sucessão de forma generalizada, e, principalmente, evidenciando como estes direitos sucessórios estão dispostos nas legislações específicas, e, posteriormente fazer uma análise comparativa e apontar as possíveis diferenças, no sentido de esclarecer a matéria ora ventilada, de modo que proporcione a sociedade o seu conhecimento e ao legislador infraconstitucional o desejo de mudança nesta parte do direito, de modo a tornar mais justa a distribuição dos direitos sucessórios dos companheiros, consagrando assim uma equiparação que se consolida na Constituição Federal de 1.988.

É válido ressaltar que a metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho monográfico em comento foi caracterizada como um estudo analítico, desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, tem como base entendimentos doutrinários, trazendo para o bojo do trabalho discussões e posições relativas às divergências doutrinárias, levando em consideração matéria de alta indagação existente no nosso ordenamento jurídico.

De fato, a matéria apresenta-se de grande importância, sobretudo no que diz respeito à necessidade da sociedade ter conhecimento sobre as diferenças existentes entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, uma vez que, muitos desconhecem este fato por trata-se de uma matéria relativamente nova na legislação atual, que provocou grandes modificações na seara dos direitos de família e de sucessões, ora em questão, ocasionado grandes discussões, dotadas de grande valor e saber jurídico.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos. No primeiro realiza-se uma análise jurídica do casamento civil no direito brasileiro, dando-se destaque as suas características, natureza jurídica e condições de existência e validade do matrimônio, visto que é do casamento que se origina os direitos sucessórios dos cônjuges.

O segundo capítulo examinar-se-á o instituto da união estável no sistema jurídico, trazendo à baila a sua evolução histórica na sociedade brasileira, a definição, requisitos e formas de dissolução, tendo-se em vista, que é através da união estável que os companheiros passam adquirir os direitos sucessórios.

O terceiro capítulo enfatiza-se o aspecto histórico da sucessão, definição e a abordagem jurídica de como procede a sucessão legítima no nosso ordenamento jurídico.

No capítulo final aborda-se os aspectos diferenciais dos direitos sucessórios entre os cônjuges e os companheiros, trazendo a princípio como estes direitos sucessórios estão regulamentados na legislação infraconstitucional, e posteriormente verificar as diferenças, através de um estudo comparativo destes direitos.

Desse modo, é importante ressaltar que a pretensão da pesquisa não é esgotar o assunto, e, sim proporcionar um norteamento a pesquisadores que pretendam seguir esta mesma linha de pensamento além do mais a intenção é oferecer embasamento jurídico à sociedade, contribuindo, por meio de reflexões teóricas, ao aprofundamento do tema nos

debates acadêmicos e aumentar o seu conhecimento perante a sociedade para que esta possa ter argumentos para a luta incessante da justiça em meio a uma sociedade tão desigual.

CAPÍTULO 1 ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

A pesquisa ora suscitada faz uma abordagem jurídica acerca do casamento civil, sendo este considerado um dos institutos mais importantes para o nosso ordenamento jurídico, como também um dos principais instituidor da família e da sociedade.

1.1 Generalidades do casamento civil

O casamento foi e continua sendo a base legal e juridicamente reconhecida para a constituição da família, ingressando na história da humanidade como um processo de socialização.

A prática nupcial estava presente na nossa sociedade desde da época primitiva, como uma mera união de forças entre o homem e a mulher para enfrentarem os rigores da natureza com o objetivo de atender as suas necessidades básicas.

No Direito Romano o casamento se apresentava nas seguintes modalidades: *Confarreatio*, grande cerimônia religiosa entre patrícios, onde os nubentes partiam um pão de flor de farinha e pronunciavam palavras sacramentais; O *coemptio*, cerimônia civil bem mais simples que a *confarreatio*, embora solene, representando uma venda ficta; E o *usus*, casamento entre plebeus, que pouco se distanciava do concubinato, pois tinha como idéia central à posse para consolidar a situação jurídica matrimonial pelo decurso de um ano.

O ordenamento jurídico brasileiro instituiu o casamento civil como sendo uma união entre um homem e mulher, perante a lei, que visa uma assistência mútua e uma cooperação para que juntos possam enfrentar a realidade e as expectativas da vida em constante mutação, constituindo uma família.

Nestes termos preconiza Maria Helena (2005; p.39) que: “o casamento é o vínculo jurídico entre homem e uma mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”. Já Sílvia Rodrigues assevera que (2002, p.19): “O casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”

Portanto, percebe-se que o casamento é muito mais que uma mera regularização de uma união sexual entre duas pessoas de sexos opostos é uma integração material e psicológica entre um homem e uma mulher para se completarem e constituírem uma instituição familiar.

Constata-se que na doutrina não há uniformidade em relação à definição de casamento, justifica-se a diversidade de conceitos por tratar de um instituto social, cujos elementos caracterizadores passam por constantes modificações.

Na definição apontada pela doutrinadora Maria Helena, não está presente o elemento da indissolubilidade do vínculo conjugal, presente na primeira definição dada por Modestino no século III, pois este via o matrimônio como uma união entre um homem e a mulher que deveria durar a vida toda.

Em relação à religiosidade do casamento brasileiro, justifica-se esta modalidade de ato nupcial pelo fato de ter se inspirado nos princípios do direito canônico, em virtude do domínio da igreja católica sobre os direitos matrimônias durante todo o Império.

Com o advento da República, o poder temporal foi separado do espiritual e o casamento perdeu seu caráter sacramental, sendo declarado pelo Estado em 1890 o casamento civil como o único a ter valor jurídico.

No que tange a regulamentação legal do casamento civil, o código civil de 1916 não fez qualquer menção ao religioso, apesar de que o povo daquela época ainda mantinha enraizada a prática social da cerimônia religiosa. Diante deste fato social a constituição

federal de 1988 estabeleceu uma nova modalidade de casamento religioso, no qual se atribuem a este os efeitos civis.

O casamento religioso só terá efeitos civis após uma prévia habilitação e posterior registro perante um oficial de registro público, obedecendo a todos os requisitos legais para o casamento civil. Neste sentido afirma: “O eclesiástico equivale ao civil quando os nubentes promoverem o processo de habilitação perante o oficial de registro”. (FERREIRA; CAIO, 2004; p.69).

O atual código civil de 2002 contemplou esta nova modalidade de casamento nos mesmos termos constitucionais, inovando apenas acerca da possibilidade da habilitação ser realizada em um momento posterior as núpcias religiosas.

Do exposto pode-se dizer que, em regra, para o ordenamento Brasileiro o casamento oficial é o civil, mas como ainda está enraizado o caráter religioso do casamento no povo brasileiro, praticam-se as duas cerimônias (a civil e a religioso) ou apenas a religiosa com efeito civil.

1.2 Natureza jurídica e características do casamento civil.

Observa-se que existe divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do casamento civil. Há doutrinadores que defendem o casamento como sendo um contrato, e outros que defendem como sendo uma instituição social.

Para tanto, surgem as seguintes teorias que buscam elucidar a natureza jurídica do casamento, tais quais : As teorias institucionais, contratuais e ecléticas.

A primeira teoria defende o casamento como sendo uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contratantes, mas cujas normas, efeitos e formas encontram-se preestabelecidas pela lei. Sendo as partes livres para

escolherem o seu cônjuge e decidir se vão contrair núpcias. Uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolubilidade, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações, tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, à vontade dos nubentes é impotente, sendo automáticos os seus efeitos, por trata-se de uma instituição regida por normas públicas.

Para os seguidores desta corrente, entre eles, Washington de Barros, reduzir o casamento a um simples contrato significa equipará-lo a uma compra e venda, relegando para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Ademais o contrato repousa principuamente, no acordo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária à intervenção da autoridade civil para atribuir validade e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes.

Corroborando com a linha de pensamento desta corrente, Maria Helena (2005, p.45), afirma que:

No contrato, as partes estipulam livremente condições e termos, o que não se dá no casamento, porque as normas que regulam não só limitam como chegam até a aniquilar toda autonomia da vontade; logo os consortes não podem, de modo algum, adicionar cláusulas, disciplinar as relações conjugais e familiares de forma contrária à estabelecida em lei, salvo no que concerne aos direitos patrimoniais, embora limitadamente.

Diante do exposto ressalta-se que para os defensores da teoria do casamento como uma instituição social, não se deve aceitar, de forma alguma, que o casamento seja comparado aos contratos de modo geral, pois sem dúvida, o casamento não se forma apenas com o acordo de vontades, mas também pela intervenção Estatal.

Além de que não se deve admitir que os nubentes tenham uma livre disposição, para tratar de matéria de casamento e mais absurda ainda seria se os cônjuges pudessem dissolver uma união matrimonial apenas pelo acordo das partes como é permitido em um contrato.

Contrariando a teoria institucionalista tem-se a contratualista que considera o casamento um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores. Esta teoria, portanto, sofreu modificações, pois os seus seguidores passaram a reconhecer que as relações matrimoniais produzem efeitos peculiares e relações específicas bem diferentes das relações patrimoniais, haja vista, ser o casamento um ato bem mais complexo que um simples contrato regulado pelo direito patrimonial.

Seguindo a linha de pensamento desenvolvida pela teoria contratualista Sílvio Rodrigues vê o casamento como um contrato oriundo da vontade, mas reconhece que este é de natureza especial, de direito de família, portanto, dotado de conseqüências peculiares mais profundas e extensas que as conseqüências de efeitos puramente econômicos gerados pelos demais contratos gerais do direito.

Para esta corrente, o casamento não é semelhante na sua totalidade a um contrato comum, mas sim de natureza especial, onde apesar de ser constituído por um ato de vontade livre dos nubentes, não pode ser estendidas as disposições regulamentares de sua relações de forma absoluta, como por exemplo os nubentes se eximirem dos deveres conjugais, previstos de forma cogente pela lei, mediante um simples acordo celebrado entre si, visto ser o casamento uma instituição de ordem pública protegida pelo Estado através de normas obrigatórias.

Paralelamente a estas duas correntes verifica-se uma terceira chamada de eclética ou mista, no qual o une o elemento volitivo ao elemento institucional. Esta teoria é um meio termo, quando considera o casamento simultaneamente como uma instituição (no conteúdo) e um contrato (na forma).

É interessante destacar que a natureza do casamento amolda-se a uma instituição, como também é um contrato, no qual regulamenta as relações jurídicas entre os cônjuges no

que tange aos direitos e deveres oriundos do casamento e institucional pelo fato de que os cônjuges, após a sua cerimônia religiosa, não têm a livre disposição de regularem as suas relações jurídicas.

Depois da análise da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do casamento, é relevante para esta pesquisa apresentar as finalidades do casamento, pois é preciso que os seus efeitos jurídicos estejam em sintonia com os fins que levam duas pessoas à celebração desse ato. A finalidade buscada pelo casamento deve ser atingida, cujos efeitos deste ato sejam os esperados pelas partes após a sua realização, os fins que ensejam a união entre duas pessoas são os mais variados possíveis, sendo a sua determinação condicionada a uma análise de foro íntimo. Os motivos mais comuns indicados pela doutrina são os seguintes:

A instituição de uma família matrimonial formada pelas inter-relações entre marido e mulher e entre estes e seus filhos protegida legalmente. Com o objetivo de proteger esta família o código civil brasileiro veda a interferência de qualquer pessoa, de direito público e privado, na comunhão de vida desta família. Conforme dispõe o art. 1513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Em decorrência da instituição de uma família matrimonial, tem-se também como finalidade do casamento a procriação. Com relação à constituição da prole na família matrimonial Maria Helena (2005, p.40) afirma que é: “Uma consequência lógico-natural e não essencial do matrimônio”. Esta finalidade não é essencial porque o nosso ordenamento não proíbe o matrimônio entre pessoas de idade avançadas e inférteis, visto que nestes casos, a procriação apriore não é mais possível, no entanto, peca o código quando coloca como requisito para a capacidade matrimonial a puberdade.

Comenta esta disparidade o doutrinador Gomes (apud Diniz, 2005, p.41) ao afirmar que : “A norma, por outro lado, requer aptidão física dos nubentes, já que só permite o

casamento dos púberes e admite a sua anulação se um dos cônjuges for impotente para a prática do ato sexual ”.

É importante frisar a posição dos que defendem a essencialidade da puberdade como requisito para a capacidade matrimonial, entretanto, não parece razoável e nem muito menos moral que seja admitido este requisito de forma absoluta, pois isto significaria a anulação de muitos casamentos realizados por pessoas mais velhas ou com algum problema de saúde que não mais poderiam efetuar relações sexuais.

Uma outra finalidade do enlace matrimonial é a de criar e educar os filhos menores, sendo esta finalidade oriunda do poder familiar exercido pelos cônjuges sobre os filhos menores.

Evidencia-se ainda como finalidade matrimonial a prestação do auxílio mútuo, entre os cônjuges, oriunda da comunhão plena de vida, resultante da ajuda exercida entre ambos para enfrentarem juntos os rigores da vida e atender as necessidades advindas do convívio.

Sobre esta finalidade esclarece Regina Silva (2004, p.27) que:

A mútua assistência tem duplo conteúdo material e imaterial.No aspecto material, tem o significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges.No aspecto imaterial consubstancia –se na proteção aos direitos da personalidade do consorte, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra, e a liberdade.E é nesse aspecto, de ordem imaterial, que merece maior destaque a mútua assistência, por exemplo, configurada na proteção do cônjuge doente ou idoso, no consolo por ocasião do falecimento de um querido, na defesa em suas adversidades com terceiros.

No que se refere a assistência mútua compreende-se que não se trata apenas de um auxílio material, mas principalmente de um auxílio imaterial, pois o que se busca com o casamento é uma integração das relações conjugais com o afeto e carinho, sendo o aspecto material apenas uma conseqüência deste. Quando a causa do casamento for apenas o interesse material, este deve ser evitado porque não é uma finalidade moral.O casamento apenas por interesse material configura o famoso “golpe do baú”.A mútua assistência dentro do

casamento é, portanto, a complementação das limitações e necessidades materiais e imateriais apresentadas pelos cônjuges entre si.

É interessante ressaltar as características peculiares do casamento civil são elas:

- a) ato personalíssimo, pois só se admite a sua realização perante os nubentes, embora a lei abra uma exceção para a modalidade de casamento por procuração em que o nubente é representado na cerimônia por um procurador com poderes especiais, através de mandato, cuja eficácia deste não ultrapassará noventa dias;
- b) solene, a sua validade e eficácia a lei estabelece uma série de regras formais perante a autoridade do Estado, cujo descumprimento ensejará a anulabilidade ou a nulidade do ato;
- c) de natureza pública porque as normas públicas que regulam as suas relações devem prevalecer sobre as normas privadas. Na relação matrimonial os cônjuges não poderão estabelecer normas regulamentares acerca do casamento de forma contrária às previstas em lei, pois o casamento é de interesse público e a lei impõe obediência, independentemente da vontade das partes, sob pena de nulidade das normas dispostas de forma contrária ao que foi estabelecido na lei;
- d) ato puro e simples, não se admitindo qualquer termo ou condição para a ocorrência do casamento;
- e) diversidade de sexos entre os nubentes, pois não se admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, muito embora, existam julgados reconhecendo esta união como uma sociedade de fato e concedendo aos seus participantes alguns direitos, como por exemplo, os direitos aos benefícios previdenciários e o de propriedade do imóvel onde residem. No entanto, esta união ainda não é reconhecida como uma entidade familiar, pelo menos no estágio atual legislativo;

f) a dissolubilidade do vínculo inserida no nosso ordenamento jurídico depois da abolição do princípio da indissolubilidade do matrimônio pela emenda constitucional nº 9, de 18 de junho de 1977, ensejando a edição da lei nº 6515/77 que regula o divórcio.

1.3 Condições necessárias á existência e a validade do matrimônio

É sabido que o casamento é um ato jurídico e para tanto é necessário para a sua validade, eficácia e regularidade, preencher as seguintes condições: consentimento, celebração e diversidade de sexos, sendo imprescindíveis a sua existência.

Entretanto, o código civil não estabeleceu taxativamente as condições indispensáveis á existência jurídica do casamento, por entender desnecessárias uma vez que os elementos do casamento são naturais, e de per si, já são evidentes.

No entanto, a doutrina traz uma disparidade com relação a este assunto, pois existem alguns doutrinadores que aceitam a teoria da inexistência do casamento, outros que não aceitam a inexistência do casamento.

Verifica-se que a teoria do casamento inexistente nasceu com o intuito de justificar as nulidades que não estavam previstas em lei, pois em matéria de nulidades no casamento não se admite a decretação de uma nulidade, ou seja, sem previsão legal. Esta teoria, é criticada sobre o argumento de que não existe diferença entre nulidade absoluta e a inexistência, sendo esta última para os que crítica desnecessária, haja vista, está superada pela teoria dos atos nulos e anuláveis.

Dentre os críticos desta corrente, Sílvio Rodrigues apresenta que o sistema de nulidades no ordenamento jurídico ampara todas as eventuais situações de inexistência, não havendo necessidade desse terceiro gênero de invalidade.

Por outro lado, dentre os que defendem a inexistência do casamento têm Venosa e Maria Helena, os quais afirmam que esta teoria é merecedora de aplausos quando vem em socorro dos aplicadores do direito em situações de extrema perplexidade e o sistema de nulidades não é suficiente para justificar a invalidade do caso.

Asseveram ainda os defensores da inexistência do casamento a insuficiência da teoria da nulidade diante de várias situações concretas as quais não estão previstas em lei como causa de nulidade. Portanto, completando o sistema de nulidades temos a teoria da inexistência.

Para a linha de pensamento seguida pela teoria da inexistência o casamento só deverá existir quando a união for de duas pessoas de sexos diferentes, mediante uma celebração em conformidade com a lei e que nesta celebração os nubentes manifestem um consentimento cabal e espontâneo.

A prática forense demonstra que apesar das críticas, da falta de previsão legal e da não aceitação não unânime pela nossa doutrina, a teoria da inexistência do casamento é utilizada pelos juizes brasileiros nas situações de extrema perplexidade, quando o sistema de nulidades não se amolda perfeitamente ao caso.

Sob o prisma da validade é necessário examinar as suas condições de validade, cuja inobservância acarreta sua nulidade e anulabilidade. Para Maria Helena (2005, p.59): “as causas de validade do ato nupcial referem-se à capacidade matrimonial, a seu status familiar e a sua situação sob a órbita de sua moralidade pública”.

Salienta-se como requisito de validade a capacidade matrimonial, a qual se refere à aptidão física dos nubentes para a realização do ato nupcial, onde deve ser comprovada no momento da habilitação. Percebe-se que a capacidade nupcial difere da capacidade geral para a prática dos atos civis em gerais. Na determinação da idade nupcial específica o legislador

levou em consideração o discernimento e à puberdade. Em relação a estes elementos determinadores da idade nupcial Caio Mário (2002, p.73) Afirma:

O discernimento vem da experiência que o tempo propicia, associa-se à autonomia do espírito. A puberdade vem com o desenvolvimento dos órgãos e glândulas que permitem conceber, e varia de indivíduo a indivíduo, com as condições de meio, de sexo, de saúde, de educação e de alimentação sua comprovação direta difícil, os sistemas jurídicos preferem instituí-la como presunção do fato de haver o indivíduo atingido certo limite de idade.

Compreende-se que a capacidade matrimonial como condição de validade do casamento é adquirida pelo homem e mulher aos dezesseis anos de idade, quando se presume que a partir desta idade os nubentes estão com o discernimento necessário e a puberdade para a realização do casamento. É de enfatizar ainda, a necessidade da autorização do representante legal para a realização do ato nupcial dos maiores de dezesseis e menores de dezoito e a ressalva do casamento dos menores de dezesseis quando resultar este último de gravidez ou para evitar a imposição ou cumprimento de pena.

Como decorrência da possibilidade de anulação de um casamento em razão da incapacidade produtiva, ou seja, da *impotencia coendi* pode-se alencar a puberdade como uma condição de validade para o casamento. Apesar do nosso código não proibir o casamento de pessoas de idade avançadas ou a beira da morte, entende-se que normalmente os nubentes devem ser capazes de praticarem a conjunção carnal, pois esta impotência quando ignorada pelo outro cônjuge antes do casamento pode gerar a sua anulação.

Também como motivo de invalidação em virtude da inaptidão física do casamento, juntamente com a capacidade nupcial e a impotência, tem-se a sanidade física, ou seja, o nubente apto a casar não poderá está com uma doença contagiosa transmissível, ignorada pelo outro nubente, haja vista que a prática do ato sexual após o casamento poderá resultar na contaminação do cônjuge inocente e de sua prole, motivos, que com certeza, ensejarão uma

instabilidade conjugal e uma posterior anulação diante da impossibilidade de uma convivência comum e harmoniosa.

No ordenamento jurídico constata-se que ao lado destas causas de aptidão físicas causadoras da nulidade e da anulabilidade do casamento, vê-se, ainda a causa de aptidão intelectual que está relacionada às capacidades psíquicas de entendimento e maturidade para compreender o grau de complexidade do casamento.

Dentre as causas de aptidão intelectual para a realização do ato nupcial é preciso destacar o grau de maturidade intelectual que é considerado a capacidade de compreender o ato em toda a sua extensão; e a sanidade mental que se refere à ausência de doenças mentais capazes de afetar a convivência entre os cônjuges. No entanto, a lei possibilita a anulação do casamento nesta hipótese quando a doença mental for incurável e desconhecida pelo outro antes do casamento e que a vida em comum se torne insuportável, pois se presume que, neste caso, se o nubente soubesse da doença antes do casamento não teria manifestado o desejo de casar; e ainda como causa tem-se o consentimento íntegro.

Os vícios do consentimento que visa à anulação do matrimônio são denominados por erro e coação, aquele deve incidir em um fato, que repercute na convivência conjugal, tornando insuportável a vida em comum, por dizer respeito às qualidades substanciais, morais ou pessoais, e à identidade civil ou social do nubente, uma vez que o exato conhecimento do defeito teria evitado o casamento, haja vista que existindo o erro sobre a pessoa o consentimento não se teria dado. O código civil considera o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge idôneo para anular o matrimônio: o concernente à identidade civil, a honra, a boa fama, a ignorância de um crime, a de um defeito físico irremediável ou de uma moléstia grave, desde que estes casos sejam de total desconhecimento do outro cônjuge antes do casamento.

Já com relação à coação hábil para anular o casamento o código inclui no rol dos vícios do consentimento todo e qualquer ato captado com o temor de mal considerável e iminente perigo para a vida, saúde, e a honra, sua ou de seus familiares. Nestes casos, o consentimento existiu porque a pessoa foi forçada a casar por está temendo perder a sua vida e a saúde ou da sua família, mas na verdade não é de sua livre espontânea vontade praticar o ato nupcial.

É de ressaltar ainda as de cunho social, haja vista os elementos sociais também interferirem no campo da validade do casamento por ser este um fato social.

Dentre as condições de ordem social que repelem o ato matrimonial pode-se citar: a bigamia, um duplo casamento, infringindo o princípio social da monogamia e a tutela e a curatela antes de cessadas o múnus público e não saldadas as dívidas, sendo a *ratio legis* desta causa de invalidação do casamento a proteção do patrimônio do menor ou do interditado. Deve –se ainda enfatizar, porém, que esta proibição matrimonial entre as pessoas sob tutela e curatela e o seu respectivo tutor e curador é estendida às pessoas da família destes últimos, já que o casamento com as pessoas da família do executor do múnus público poderia ser um meio de burlar a proibição legal.

Em relação às causas de invalidação de ordem moral compreende-se : a proibição do casamento em virtude de parentesco ou de afinidade, tendo-se em vista neste caso de invalidação do casamento os grandes inconvenientes gerados do casamento de pessoas que vivem constantemente juntas, como também merecedor da reprovação moral o casamento do cônjuge com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o consorte, pois o único sentimento que se deve existir entre o cônjuge do falecido e o assassino de seu consorte é o de repugnância.

Outrossim, observa-se que além das causas de existência e os pressupostos de validade ora suscitados serão ainda necessários para a regularidade do casamento a obediência dos

requisitos legais exigidos legais exigidos para a sua celebração, que estão no Código Civil Brasileiro, sob pena de acarretarem a nulidade e a anulabilidade deste.

CAPÍTULO 2 O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A união estável refere-se a um dos institutos do direito civil brasileiro gerador da entidade familiar que tem origem no concubinato, sendo este um instituto antigo que no direito romano apresentou de início uma mera união sem consequência jurídica, posteriormente foi comparado ao casamento entre pessoas de condição social diferente, entretanto, casamento inferior, mas legal, com consequências.

Nesta época o concubinato tinha um sentido amplo e se referia a toda e qualquer união de fato sem casamento, mas com o passar dos tempos, o concubinato foi subdividido em duas modalidades bem distintas: o concubinato puro e impuro, a razão desta divisão decorre das disparidades de efeitos apresentadas respectivamente por cada uma destas espécies.

Em relação ao concubinato impuro, consistia numa união entre um homem e mulher impedidos de casarem. Eram as uniões livres sem qualquer compromisso entre os concubinos, onde não se reconheciam praticamente quaisquer direitos, apenas os juízes concediam uma indenização pelos serviços domésticos prestados da concubina ao seu concubino. Posteriormente a jurisprudência desenvolveu significativos trabalhos em sede patrimonial ao então denominado concubinato, foi reconhecendo o direito de sua participação no patrimônio constituído pelo esforço comum resultando da sociedade de fato, restando, entretanto, que fosse provada a referida sociedade e que dela houvesse resultado patrimônio decorrente do esforço comum. Em contrapartida, o concubinato puro era a união entre pessoas sem qualquer impedimento para o casamento, portanto, é a modalidade merecedora de proteção legal. Com o surgimento das leis 8.971/94 e 9.278/96, a primeira regulando o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão e segunda traçando os direitos e deveres dos companheiros, estabelecem praticamente os mesmos direitos concedidos aos cônjuges na dissolução do

casamento, sendo esta a modalidade de concubinato a que vem evoluindo e conquistando a proteção do Estado como uma entidade familiar, conhecida atualmente como união estável.

Hoje, a regulamentação legal do concubinato está restrita a modalidade impura, disciplinada no código civil de 2002, precisamente no art.1.727, como sendo a união livre e não eventual entre um homem e uma mulher, impedidos de se casarem, seja porque entre eles existam algumas das espécies absolutas de impedimentos para o casamento, seja porque entre eles existam algum parentesco, ainda com relação ao tipo de impedimento o concubinato impuro pode ser dividido em : adúltero e incestuoso.

O concubinato impuro será adúltero quando a união livre entre um homem e uma mulher existir paralelamente ao casamento legal destes com outras pessoas ainda não resolvido por separação judicial, divórcio ou pela morte de um cônjuge ou de ambos.Será concubinato impuro incestuoso quando existir entre os conviventes um grau de parentesco próximo que a lei, apegada a aspectos morais e biológicos, vedá-lhes a união.

Atualmente, o concubinato não é conhecido pelo direito como entidade familiar, mas como mera sociedade de fato, desmerecedora de qualquer proteção legal ou da sociedade, salvo o concubinato gerado por boa-fé.

É mister ressaltar, que o concubinato não pode mais ser utilizado para se referir as duas modalidades, perdendo importância a classificação dada anteriormente ao concubinato de puro e impuro, pois atualmente o termo concubinato só é usado para se referir à união transitória e não eventual, prevista no artigo.1.727 do código civil de 2002.

2.1 Evolução da união estável na sociedade brasileira

É sabido que a família é um fato social preexistente ao casamento, portanto, muito antes do reconhecimento legal do casamento como a única forma de conduta para se instituir

uma família, já existia no Brasil a família oriunda da união estável, entretanto, sem relevância jurídica, e, por muito tempo, esta união de fato continuou à margem da lei.

O código civil de 1916 tratava o casamento como a única forma de instituição legal da família, negando efeitos jurídicos à união estável e não estabelecia direitos a esta, pois o estágio social da época impedia o legislador de reconhecer que a grande maioria das famílias brasileiras eram unidas sem o vínculo do casamento, como também impedia que os estudiosos do direito de família tratassem da união estável ao lado do casamento.

Ressalte-se que os doutrinadores clássicos desta época praticamente lançaram esse tipo de relacionamento à margem da sociedade, em razão da influência exercida pela igreja, através dos preceitos cristãos. Dentre os doutrinadores clássicos que repeliam a união estável, encontra-se Washington de Barros Monteiro, pois este defendia que a aceitação das relações fundadas na união estável concorriam indiretamente para a desagregação da família oriunda do casamento.

Haja vista, no entanto, a repulsa dos legisladores e dos estudiosos do direito de família ao tratar e proteger a união estável, a família constituída fora do casamento há muito já constituía uma realidade inescandível, pois o que se verificava no País naquele período era um largo percentual da população formada de uniões livres sem casamento, data vênha, a omissão legislativa.

Outrossim, diante deste fato social crescente na nossa sociedade a doutrina e a jurisprudência tratou-se de moldar os seus pensamentos a esta nova realidade, deixando de reconhecer a união estável apenas como uma sociedade de fato e passando a reconhecer como uma entidade familiar, além de reconhecer direitos aos companheiros desta união, embora ainda não existisse no nosso ordenamento jurídico um amparato legal. Entretanto, depois de acolhido e pacificado o entendimento em prol da defesa à relação estável na doutrina e na jurisprudência, passam esses direitos a carecerem do reconhecimento legal.

A Constituição Federal de 1988 atendendo aos anseios da sociedade e embasada na nova linha de pensamento seguida pelos tribunais e pela doutrina com relação à união estável, passou a reconhecer como uma entidade familiar, dando a proteção do Estado, conforme dispõe art.226, §3 da Constituição Federal: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Verifica-se que o legislador constituinte trouxe à proteção do Estado a família advinda fora do casamento, apresentando sua condição de entidade familiar, levando em consideração o caminho aberto gradualmente pela jurisprudência e pela doutrina, como ainda pode-se dizer que a constituição abriu margem para as leis infraconstitucionais para que fossem alargados os direitos aos companheiros.

É de significância enfatizar que foi longa a escalada para a assimilação legal da união estável pelo direito pátrio. Pois a jurisprudência, de início, não reconheceu qualquer direito a esta união, mas posteriormente passou a reconhecer direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal formada por uma união livre, determinando a divisão entre os companheiros do patrimônio amealhado pelo esforço comum ou dando uma mera indenização pelos serviços domésticos prestados ao seu parceiro para a concubina, mas depois com o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que esta união ganha novo aparato legal com o surgimento das leis ordinárias disciplinadoras da união estável, sendo conferida a esta vários direitos típicos das relações familiares advindas do casamento, não todos, pois ficou claro que a lei maior não pretendeu igualar a união estável com o casamento, mas possibilitou que lei ordinária facilita-se sua conversão em casamento.

2.2 Conceito e requisitos concernentes à união estável

No que concerne à conceituação da união estável é sem dúvida dúctil, por ser um fato social, cuja definição depende dos vários elementos sociais, econômicos e psicológicos. Contudo apresentam-se as definições da união estável disciplinadas pelas leis ordinárias.

A lei nº 8.971/1994 aduz no art. 1º e seu parágrafo único que para ser configurada a união estável é preciso que o homem e a mulher sejam solteiros, viúvos, divorciados, ou que estejam separados judicialmente, além de conviverem juntos há mais de cinco anos, ou que desta relação tenha resultado prole.

Já a lei 9.278/96 traçando em linhas gerais o que seria união estável, estabelece em seu art.1º o seguinte: “É reconhecida a entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de casar”.

Percebe-se que a lei ordinária de 1996 estabeleceu uma definição mais ampla para a união estável, visto que na definição dada a esta não determinou um lapso temporal e nem limitou a existência da união estável somente quando os participantes forem solteiros, viúvos, divorciados ou separados judicialmente, conforme estabelecido na lei ordinária anterior.

Sílvio Rodrigues (apud Venosa; 2006, p.49) comentado a definição da união estável nestas duas leis ,manifestou o seguinte pensamento:

No cotejo de ambos os diplomas legislativos estão conceituadas duas modalidades de união estável. A primeira pela lei de 1994, representada pela união com mais de cinco anos ou com prole comum, entre pessoas desimpedidas (solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas) e a segunda referente à união sem qualquer restrição, a não ser a exigência de ser provado o animus de constituir família (...).

Portanto, diante da incongruência conceitual apresentada nestas leis ordinárias constata-se uma grande divergência de opiniões acerca do alcance do conceito da união estável na lei de 1996, onde muitos, inclusive Sílvio Rodrigues, defendem a tese de que esta

lei alcança até as uniões impuras, por não apresentar qualquer restrição ao estado civil das pessoas participantes de uma união estável.

No entanto, não parece ter sido esta a *ratio legis* do legislador da lei ordinária de 1996, pois o que se verifica é que esta restrição em relação ao estado civil das pessoas aptas a constituírem a união estável encontra-se de forma implícita na mencionada lei no art. 8º ao estabelecer que a união estável deve ser convertida em casamento. Ora, se, a união estável pode ser convertida em casamento é óbvio que na constituição daquela os seus participantes não devem apresentar qualquer impedimento matrimonial.

Compreende-se, portanto, a definição da união estável apresentada na lei supracitada com restrições de forma implícita e com certeza merecedora de aplausos quando abordou uma definição ampla sem as amarras temporais do passado.

Já o código civil define a união estável no art.1.923 dispondo que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de casar”.

Ao analisar o conceito de união estável nas leis ordinárias e no código civil de 2002, pode-se afirmar que se trata de uma união duradoura, contínua e pública entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família, sem que exista entre ambos, qualquer impedimento para o casamento. Distinguindo perfeitamente do atual concubinato, da união de fato de pessoas do mesmo sexo e do casamento.

É pertinente esclarecer que a união estável difere do concubinato por ser este último formado por pessoas impedidas de casarem, além de que as relações concubinárias geralmente não se perduram no tempo e seu intuito é apenas a satisfação sexual fora do casamento.

É preciso abordar, nesta pesquisa, a diferença da união estável e a união de fato de pessoas do mesmo sexo, chamada no direito como sociedade homoafetiva, pode-se dizer que ao contrário do que ocorre com a união estável, a sociedade homoafetiva não possui *status* de

proteção como entidade familiar, pois a constituição de 1988 é clara em proteger expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher, tendo em vista que a união de pessoas do mesmo sexo além de não atender a um dos principais requisitos da união estável, a constituição de prole, ela não tem uma aceitação social majoritária, muito embora, cresçam os julgados e os movimentos no sentido de que os direitos resultantes desta sociedade de fato ganhem maior amplitude.

Já em relação à diferença entre a união estável e o casamento, observa-se que este é um ato extremamente solene que se inicia com uma cerimônia nupcial, gerando efeitos a partir de então e extinguindo-se pela invalidação, divórcio ou morte. Enquanto aquela é um ato sem qualquer formalidade que se estabelece por um ato único e que se forma com o tempo, rompendo-se com a morte de um deles, abandono ou simples ruptura do convívio.

Em suma, a união estável é uma relação afetivo-amorosa, não adúltera, e não incestuosa entre um homem e uma mulher, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil. Que difere do concubinato, da união de pessoas do mesmo sexo e do casamento, muito embora seja a este último comparado.

Resta ainda delinear que os elementos da união estável caracterizadores da entidade familiar. A jurisprudência juntamente com a doutrina se encarregaram de enumerar esses elementos para que haja uma maior percepção em cada caso concreto, da existência ou não de união estável. Em vista disso, é relevante sintetizar como requisitos, em acepção ampla, pois servem para caracterizar a união estável, como também constituem pressupostos necessários ao seu reconhecimento como entidade familiar.

Maria Helena aborda como elementos caracterizadores da união estável englobando os de ordem objetiva e subjetiva:

- a) convivência: consiste na união diária do homem e da mulher no mesmo lar ou em lares diferentes com o intuito de satisfazer suas necessidades juntos. No entanto, este elemento da coabitação não é visto como elemento essencial para a caracterização da união estável, visto que no próprio casamento pode haver separação material dos cônjuges por motivo de doença, viagem ou profissão, podendo assim a união estável ser configurada mesmo que os companheiros vivam em tetos separados, mas com aparência de casados;
- b) ausência de formalismo: a união estável é tipicamente livre na sua formação e independe de qualquer formalidade, bastando somente o homem e a mulher optarem, por estabelecer vida em comum;
- c) diversidade de sexos : assim como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei, muita embora, haja entendimento jurisprudencial discordando da essencialidade deste requisito;
- d) unicidade de vínculo: como é próprio da união formalizada pelo casamento, também na união estável exige-se que o vínculo entre os companheiros seja único, em vista do caráter monogâmico da relação. Havendo anterior casamento, ou subsistindo anterior união estável, não podem os seus membros participar de união estável extra, que seria caráter adúltero ou desleal, por isso não configurado como entidade familiar;
- e) estabilidade: não há como conceituar uma relação concubinária como estável, se não tiver se protraído no tempo. O decurso por um período mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade na relação do casal. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o *animus* de constituir família;

- f) continuidade: a estabilidade da união exige que, além de duradoura, seja contínua, sem interrupções ou afastamentos temporários que desnaturem a própria essência da vida em comum. O caráter contínuo da relação atesta sua solidez, pela permanência no tempo, os lapsos temporais, muitas vezes com repetidas indas e vindas, tornam a relação tipicamente instável desnaturando sua configuração jurídica;
- g) publicidade: a união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado. Não se caracteriza a união estável as relações sexuais secretas;
- h) objetivo de constituição de família :além dos requisitos de ordem objetiva, a união estável exige o elemento anímico, intencional, consistente no propósito de formação da família, conforme expressamente consta de sua conceituação legal. Esse propósito se evidencia por uma série de elementos comportamentais na exteriorização da convivência *more uxório*, com o indispensável *affectio maritalis*, isto é, apresentação em público dos companheiros como se casados fossem e com a afeição recíproca de um verdadeiro casal.

2.3. Formas de dissolução da união estável

Em relação às formas de dissolução da união estável vê-se que ocorre das seguintes formas: por acordo entre as partes; por morte e por decisão judicial. É preciso abrir um parêntese que antes da dissolução da união estável é necessário que haja o seu reconhecimento perante o Estado.

Acontece a dissolução pelo mútuo acordo das partes quando os companheiros amigavelmente decidem extinguir a entidade familiar por motivos pessoais, cujo rompimento nem precisa ser na forma escrita, já que a união de fato concretiza-se e desfaz-se no plano dos

fatos. Contudo se optarem pela forma escrita, nada impede que o submeta a homologação judicial, inclusive quando se estipular obrigação alimentar para um dos companheiros ou para a prole.

Já por decisão judicial ocorre quando qualquer das partes ajuíza uma ação ordinária para que o juiz declare o término da união, sendo conhecida por rescisão, acontece geralmente quando existe um contrato escrito regulamentando a relação e um dos companheiros desobedece aos deveres previstos no contrato e os de lealdade, respeito e assistência previstos no art. 1724 do vigente código civil.

Esta modalidade de dissolução da união estável por meio judicial ocorre quando existe um conflito de interesses, pois o juiz vai decidir as questões controvertidas referentes à guarda dos filhos, a contribuição de cada um para o sustento da prole, e os alimentos para quem deles necessitar, como também, fará a divisão dos bens comuns, segundo as normas legais do regime de comunhão parcial de bens.

A lei 9.278/96 prever no art.7º a hipótese de rescisão da união estável, por iniciativa de um ou de ambos os conviventes, assim dispõe: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar a título de alimentos”.

E, finalmente, como forma de dissolução natural da união estável vê-se a morte de um dos conviventes ou de ambos, prevista no parágrafo único do mesmo artigo em que se encontra disposto à rescisão na lei supracitada.

CAPÍTULO 3 ASPECTO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA SUCESSÃO

Na Antiguidade, a definição da família era bastante ampla, pois esta correspondia a um conjunto de pessoas que pertenciam a uma mesma tribo e que cultuavam os mesmos deuses, tendo um patrimônio comum, cuja propriedade e administração cabia a o *pater familias*, chefe político e religioso desta entidade familiar. A integração da família era fruto de uma identidade religiosa e a sucessão, por sua vez, também sofreu reflexo desta religiosidade na Antiguidade.

Para que a família e o culto aos deuses lares continuassem a existir era preciso haver a substituição da pessoa do *pater* quando este viesse a falecer, pois a morte deste sem sucessor significava o fim da família e do culto aos deuses lares, diante desta importância religiosa, a sucessão *causa mortis* começou a ganhar amplitude, pois as transmissões sucessórias eram tidas como um prolongamento natural do organismo familiar com a finalidade de preservação do culto.

Segundo Venosa a sucessão seguia a linha masculina porque as mulheres solteiras quando contraiam o casamento *com manu* passavam a cultuar os deuses da família de seu novo marido, ou seja, a filha depois de contrair núpcias deixava de pertencer à linha sucessória originária, tendo em vista que esta linha era definida pelos laços religiosos. Este sucessor sucedia o *pater* em todas as relações jurídicas e religiosas, pois a transmissão do patrimônio da família ocorria na sua totalidade, se o *pater* houvesse designado um sucessor por meio do testamento, automaticamente, excluiria da sucessão todos os demais legitimados estabelecidos na lei, visto que nesta época não podiam existir simultaneamente as duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária.

A sucessão testamentária também surgiu do dever de continuidade dos deveres religiosos, o culto não se podendo interromper, permitiu-se ao *pater familias* designar quem

lhe sucedesse nos bens e nas práticas religiosas. Com esta sucessão o *pater* podia estabelecer quem seria seu sucessor independentemente da ordem de vocação hereditária estabelecida pela lei.

Portanto, da ausência de um testamento deixado pelo *pater* ou de sua caducidade a posse da herança era transmitida obedecendo rigorosamente a seguinte ordem de vocação chamava-se em primeiro lugar os herdeiros que, por ocasião da morte, estivessem sob o pátrio poder. Em sua falta, eram chamados os *agnados* e os *gentiles*, isto é, os membros da mesma família.

Posteriormente, o direito passou a contemplar os *cognatos* (parentes consangüíneos). No entanto, com o desaparecimento da sucessão pela linha masculina e com privilégio dos que estavam sobre o poder do *pater*, a vocação hereditária passou a atender a seguinte ordem : descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau por direito cível, e por último, o cônjuge sobrevivente, cuja ordem permaneceu por muito tempo no nosso ordenamento jurídico.

Modernamente, as transmissões sucessórias não possuem mais o caráter religioso de outrora, esta acontece da seguinte forma: a abertura da sucessão dá-se com a morte, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem. Em nenhum momento o patrimônio permanece acéfalo. Até o instante fatal, sujeito das relações jurídicas era o de *cujus*, ocorrida a morte, no mesmo instante são os herdeiros.

Vê-se que o momento que se dá a transmissão do patrimônio dos *de cuius* aos seus herdeiros é o da própria morte e, sendo o lugar em que se dará esta transmissão o último domicílio do falecido, ainda que o óbito se dê em localidade diversa, ou que os bens sejam sitos em outro lugar. Portanto, se o *de cuius* tiver mais de um domicílio, não se podendo determinar qual deles é o último, considera-se aberta a sucessão no lugar do óbito, caso este

ocorra em local diverso, qualquer dos domicílios pode ser considerado o lugar da abertura da sucessão.

A herança do de cujus é transferida aos herdeiros legítimos e testamentários e requer a sobrevivência do sucessor, por fração ínfima que seja, de tempo, pois a transmissão patrimonial não pode ser transferida sem que exista alguém para recebê-la.

Correlata à indagação a respeito da pessoa a quem a herança se transmite, é a apuração da capacidade sucessória, pois esta corresponde à aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança.

Em relação à capacidade para suceder numa sucessão legítima a lei alenca a ordem da vocação hereditária, na qual obedece a seguinte ordem: os descendentes, em sua falta os ascendentes, cônjuge, colaterais até o quarto grau e Estado.

No que tange a sucessão testamentária, os capacitados para suceder são todas as pessoas físicas ou jurídicas, desde que não se enquadre nas hipóteses do art.1.801 do código civil brasileiro, pois enumera em seus incisos as pessoas incapazes de serem nomeadas herdeiras ou legatárias em um testamento, conforme aduz :

Art.1801 Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I-a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou seus ascendentes e irmãos;

II- as testemunhas do testamento;

III- o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5(cinco) anos;

IV-O tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que se fizer.

No entanto, para suceder não basta ser um dos pertencentes à classe preferencial da ordem de vocação ou ser um aquinhoado no testamento.Há certas condições a serem verificadas.A pessoa além de ser capaz no momento da morte precisa também está viva e não ser indigna, esta refere-se a uma punição dada aqueles que praticaram uma conduta repugnante contra o testador ou alguma pessoa da família deste, portanto, para a exclusão

destas pessoas da herança do testador é preciso antes um processo judicial e que sua conduta praticada enquadre-se em uma das situações do artigo infra mencionado do código civil brasileiro, que assim dispõe:

Art.1814 São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I- que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiros, ascendentes ou descendentes;

II- que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.

III- que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança, de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Outrossim, pode-se dizer que modernamente a transmissão do patrimônio do morto aos seus sucessores acontece no momento da morte do de cujus, no seu último domicílio, e para as pessoas capazes de herdarem, as quais obrigatoriamente terão que estar vivas e não serem indignas ou deserddadas.

3.1 Definição da sucessão hereditária

A sucessão em sentido amplo significa a substituição de uma pessoa em uma relação jurídica por outra, a qual passa a ter os mesmos direitos e obrigações da pessoa substituída.

Nesta linha de raciocínio Vasco Itabaiana (apud Venosa, 2005) afirma: “A sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo em um dos modos, ou títulos, de transmissão ou de aquisição de bens, ou de direitos patrimoniais”. A idéia principal de sucessão é a continuação de uma relação jurídica que mudam os seus titulares de direitos e deveres, mas o seu conteúdo e o seu objeto permanecem os mesmos.

Observa-se que a sucessão pode acontecer tanto por ato *inter vivos* como *causa mortis*, esta refere-se à sucessão legítima e a sucessão testamentária, sendo estas formas de sucessão *causa mortis* o objeto da pesquisa.

Assevera Venosa que o direito sucessório é o instituto que disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareção física da pessoa a seus sucessores. Já o doutrinador Sílvio Rodrigues, por sua vez, o define como conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores.

Desta forma, pode-se dizer que, ocorrendo à morte de uma pessoa, as regras que irão disciplinar a transferência de seu patrimônio a seus sucessores serão regidas pelo direito sucessório.

Verifica-se que os termos patrimônio e herança têm significados importantes e diferentes no campo do direito sucessório, haja vista, a sua importância de também o conceituá-los.

Segundo Marcelo Aquaroli (2003; p.231): “O patrimônio é o conjunto de bens, direitos e obrigações, aplicáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencentes a uma pessoa física ou jurídica e constituindo uma universalidade”. Já em relação ao conceito de herança este mesmo autor dispõe que é um conjunto de bens, direitos e obrigações, deixados por uma pessoa física após a sua morte, aos seus sucessores que irão responder pelas obrigações assumidas pelo falecido na medida de seu quinhão hereditário. Conforme dispõe o art.1.792 do código civil brasileiro.

Verifica-se que a herança seria o patrimônio do morto após a sua morte, deduzida a meação do cônjuge, se for este casado e o regime de bens permita a meação, mais os demais direitos não personalíssimos e as obrigações.

Em relação à extensão do objeto transmitido, pode-se dar a título universal quando transmite-se a totalidade dos direitos e obrigações em uma determinada relação ou a título singular, quando adstrita a uma coisa ou a um direito determinado.

No que tange a extensão do objeto, a sucessão legítima sempre será a título universal, transmitindo-se aos herdeiros a totalidade da herança ou quota ideal desse patrimônio. Já a sucessão testamentária pode ser universal, quando o testador institui herdeiro, que lhe sucede em inteira analogia com o herdeiro legítimo; ou pode ser a título singular, quando o testador deixa para alguém uma coisa certa (legado), e, neste caso, ao legatário se transmite aquele bem ou aquele direito individual.

3.2 Abordagem jurídica acerca da sucessão legítima

No Brasil, quando alguém morre, ao sucessor é deferida a herança em obediência ao testamento ou mandamento legal. No primeiro caso prevalecem as disposições de última vontade manifestada na conformidade das normas que presidem a facção testamentária. No segundo, a lei menciona as pessoas e estabelece as regras da delação da herança, denominada de sucessão legítima.

A sucessão legítima a que é deferida por determinação da lei e será aplicada: a totalidade da herança quando o de cujus morrer sem testamento ou quando este for nulo ou caduco; e parcial restringindo-se à parte não compreendida na liberdade dispositiva, quando o testador não dispuser no ato de última vontade a totalidade da herança ou quando houver herdeiros necessários, obrigando a redução da deixa se não respeitar a quota hereditária.

Em relação às pessoas preferências na sucessão legítima a lei estabelece a ordem de vocação hereditária que será dividida em classes conjugando as idéias de grau e de ordem.

Conforme preceitua o código civil brasileiro no art.1.829:

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

- I. aos descendentes, em com concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal de bens (art.1640, parágrafo único): ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II. aos ascendentes, em consonância com o cônjuge;
- III. ao cônjuge sobrevivente;
- IV. aos colaterais.

Constata-se que quando o de cujus não quiser que a transmissão da herança não obedeça à ordem de vocação hereditária, lhe será permitido dispor de maneira diversa, através de um testamento, no entanto, paralelamente a esta liberdade de dispor de seu patrimônio existe o direito dos herdeiros necessários de lhes ter assegurado a metade da herança do de cujus a legítima, correspondendo esta a parte indisponível do patrimônio do morto. Conforme aduz o art.1.845 do código civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Portanto, quando existir herdeiros necessários o testador só poderá dispor da metade de seu patrimônio, pois a outra parte, a legítima será resguardada a estes herdeiros, desde que estes não sejam deserdados ou condenados indignos.

É mister afirmar que, apesar da existência das duas formas de sucessão, a testamentária é a menos utilizada, isto porque a sucessão realizada por meio do testamento requer muitas formalidades, além do que a ordem de vocação hereditária concede a herança aos parentes mais próximos e segundo Venosa esta forma de sucessão causa mortis atende as vozes do coração.

Nada mais justo ser a sucessão legítima a mais utilizada, visto que o testamento além de exigir atos formais, pode ser objeto de fraude, pois o testador pode ser influenciado a não dispor do seu patrimônio na forma desejada por pessoas que têm interesse na herança no momento da feitura do testamento.

CAPÍTULO 4 ASPECTOS DIFERENCIAIS NOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS

É mister ressaltar que os pontos diferenciais entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros na legislação infraconstitucional, ora suscitados, neste capítulo, constituem o foco principal da nossa pesquisa, haja vista, serem estes causadores de celeumas judiciais e discussões doutrinárias.

4.1 Direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente

No sistema jurídico brasileiro, o cônjuge sobrevivente não tinha uma posição privilegiada na ordem de vocação hereditária e suas chances de herdarem eram remotas, no entanto, muitas críticas surgiram em relação a esta posição desprestigiada do cônjuge na ordem de vocação, em vista disso, vários dispositivos legais foram instituídos para mudarem esta ordem e aumentar as possibilidades dos cônjuges terem uma efetiva participação na herança.

No Brasil, foram significativas as contribuições das leis nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907, denominada Lei Feliciano Pena e a lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada) na evolução do direito sucessório do cônjuge no nosso ordenamento jurídico. O cônjuge estava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais de décimo grau, tornava-se praticamente impossível à sucessão. Apenas com a lei Feliciano Pena foi que o cônjuge passou a herdar após os descendentes e ascendentes, conquistando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

O Código Civil de 1916 manteve o cônjuge na ordem de vocação estabelecida pela lei Feliciano Pena, herdando na totalidade da herança ou uma parte desta, quando não existissem descendentes ou ascendentes, desde que o cônjuge não estivesse separado judicialmente ou

divorciado do de cujus no momento da abertura da sucessão, neste momento a separação de fato não excluía da sucessão o cônjuge, assim como a anulação do casamento posterior à morte do de cujus, estando o cônjuge de boa fé.

No entanto, apesar da mudança da ordem da vocação hereditária de quarto para terceiro lugar estabelecida pela lei Feliciano Penha e mantida pelo código de 1916, esta mudança foi tímida e não se mostrou suficiente para aumentar as chances do cônjuge de ter uma participação na herança, visto que este só participa da herança na falta de descendentes e ascendentes. Diante deste fato social e com o intuito de proteger o cônjuge supérstite para que não fique sem condições materiais para a sua manutenção, após a morte de seu marido, o Estatuto da Mulher Casada modificou o art.1611, do então diploma legal e estabeleceu o direito de usufruto ao cônjuge sobrevivente.

É sabido que o direito de usufruto é dado ao cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens, quando este concorria na herança com descendentes ou ascendentes do de cujus e consistia no direito de fruição de parte da herança de modo que o cônjuge possa tirar do rendimento destes bens o seu sustento. O cônjuge tinha o usufruto de $\frac{1}{4}$ da herança quando concorria com os descendentes e da metade na ausência destes últimos, embora existissem ascendentes, porém, era um direito condicional e temporário, pois este condicionava a morte do de cujus e só prevalecia enquanto durasse a viuvez, cessando de pleno direito casando de novo o cônjuge, e não restabelece mais, pela separação judicial, divórcio direto ou viuvez superveniente.

No propósito ainda de amparar o cônjuge supérstite contra a eventualidade de ser privado de amparo material após a morte de seu marido, o Estatuto da Mulher Casada criou o direito real de habitação, tendo este como objeto o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar e se o cônjuge fosse casado pelo regime da comunhão universal, permanecendo apenas enquanto durasse o estado de viuvez.

Com a vigência do código civil de 2002, verificou-se um grande avanço acerca dos direitos sucessórios dos cônjuges, pois este eleva os cônjuges a herdeiros necessários e permite que estes concorram com os descendentes ou com os ascendentes na herança do de cujus. Quando concorrer com os descendentes a lei impõe restrição e o cônjuge só vai poder participar da herança se o seu regime de bens não for o da separação obrigatória, comunhão universal ou da comunhão parcial de bens, sem que neste último caso o de cujus não tenha deixado bens particulares.

Portanto, tornou-se desnecessária a proteção mediante concessão do usufruto, sendo este abolido do ordenamento, o que não aconteceu com o direito de habitação que se mantém, no qual continua sujeito a uma das restrições do direito anterior “desde que seja o único daquela natureza a inventariar”, mas passa a ser reconhecido em favor do cônjuge em “qualquer regime de bens”, não apresentando a cláusula restritiva de “enquanto viver e permanecer viúvo”, daí extrai que a cessação do estado de viuvez não mais extingue aquele direito. Outrossim, não parece ser justo este direito de habitação permanecer ao cônjuge que contraiu uma nova família e portanto passa a ter uma nova situação jurídica.

Posicionando-se acerca da ausência desta cláusula restritiva, Maria Helena (2005;p.137) assevera que : “Este artigo dará uma lacuna axiológica se aplicado for”. Por tal razão o projeto 6.069/2002 pretende modificar a redação deste artigo para voltar a limitar o direito habitação ao período de viuvez, mas o parecer Vicente Arruda não aprovou tal sugestão.

Portanto, o direito de habitação continua em seu sentido amplo, apesar de ser considerado por parte da doutrina como injusto, como bem assevera Maria Helena sob o argumento do direito de habitação permanecer mesmo não sendo mais necessário salvaguardar este direito ao viúvo, visto que já constitui uma família oriunda de um outro casamento.

É importante abordar a diferença entre a herança e a meação, esta é o direito do cônjuge a metade dos bens do patrimônio adquirido onerosamente na constância do casamento, sendo esta regulada pelo direito de família. Aquela é o patrimônio de uma pessoa após a sua morte, reduzido deste a meação do cônjuge supérstite. Portanto, a herança será constituída dos bens particulares e da parte da meação que pertencia ao de cujus, sendo esta regulada pelo direito sucessório.

Atualmente, o cônjuge é herdeiro do de cujus quando no momento da morte deste, não esteja separado judicialmente, divorciado, ou separado de fato por mais de dois anos, contados da abertura da sucessão do autor da herança, neste último caso, não perde a condição de herdeiro, embora esteja separado de fato, se provar que está separado do de cujus por culpa deste. Portanto, sendo o cônjuge herdeiro este poderá concorrer com os descendentes e os ascendentes.

O cônjuge supérstite para concorrer com os descendentes comuns ou exclusivos do autor da herança terá que preencher além dos requisitos genéricos mencionados no parágrafo anterior deverá ainda obedecer a restrição imposta no art.1829, I, do código civil de não ser casado com o autor da herança no regime da comunhão universal, da separação obrigatória, ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

É mister ressaltar que a participação do cônjuge na herança em concorrência com os descendentes comuns ou exclusivos acontece em conformidade ao previsto no art.1832, caput, do código civil que assim dispõe: “em concorrência com os descendentes (art.1829,I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendentes dos herdeiros com que concorrer”.

Nota-se que este não fez distinção quanto aos filhos comuns e exclusivos nas duas hipóteses o cônjuge terá a mesma parte da herança que couber a estes, nada mais justo, visto

que o cônjuge poderia ser privado da sucessão pela existência de filhos do leito anterior ou extramatrimonial do falecido. No entanto, esta igualdade na sucessão dos filhos comuns e exclusivos não é absoluta, visto que a própria lei faz uma ressalva quando tiver muitos filhos comuns, pois ao cônjuge será assegurada uma quota mínima de $1/4$ da herança, o que não acontece em relação aos filhos exclusivos do de cujus .

A título explicativo Maria Helena (2005; p.126) comenta como se procede a herança nesta hipótese:

Se o de cujus, p.ex., tiver quatro filhos, que não são do supérstite a herança será dividida em cinco partes iguais, cada um receberá $1/5$. Se tais filhos também forem do cônjuge sobrevivente, a participação deles ficará reduzida diante do limite da quota mínima estabelecida legalmente, pois, se a parte do cônjuge não pode ser inferior a $1/4$, eles concorrerão a $3/4$ da herança. Assim, se a herança for de cem mil reais, o cônjuge receberá vinte e cinco mil restantes.

Uma grande lacuna axiológica existe quando o cônjuge sobrevivente concorrer com filhos comuns e exclusivos do autor da herança ao mesmo tempo, visto que esta hipótese não é prevista na lei. A doutrina diverge quanto as possíveis soluções para este problema, boa parte da doutrina, entre estes, Venosa defende que na existência de filhos comuns e filhos exclusivos na divisão da herança, se existir mais de três, ao cônjuge deve ser assegurado um quarto da herança, assim como aconteceria se só existissem filhos comuns, no entanto, contrariando esta posição Maria Helena estabelece que em nome do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos a herança deverá ser dividida igualmente a todos os descendentes e não deverá ser assegurada a quota parte da herança ao cônjuge sobrevivente, pois isto resultaria em porções hereditárias diferentes entre os filhos comuns e exclusivos, já que na concorrência do cônjuge com estes últimos a sua quota não lhe é assegurada.

Observa-se que a jurisprudência brasileira vem decidindo em consonância com o posicionamento de Maria Helena, fundamentando os seus acórdãos no princípio da igualdade

jurídica e no fato de que, só importa, para fins sucessórios a relação de filiação com o de cujus e não a existente com o cônjuge sobrevivente.

Portanto, pode-se afirmar que havendo mais de três filhos comuns ou exclusivos concorrendo com o viúvo, dever-se-á a herança ser dividida igualmente sem a reserva da quota parte ao cônjuge sobrevivente, pois se assim não fosse prejudicar-se-iam os filhos exclusivos que nada têm haver com o viúvo, pois todos são descendentes do de cujus, e, em nome deste parentesco, nada mais justo que o viúvo receba quinhão igual aos deles, para que não haja discriminação entre eles.

Em relação a concorrência com os ascendentes, o código civil no art.1837, caput, assim dispõe: “concorrendo com os ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente e maior for aquele grau”. Percebe-se que o cônjuge terá um terço da herança quando concorrer com os pais do de cujus, sendo a outra parte da herança dividida entre estes, no entanto, quando o de cujus tiver apenas um dos pais vivos no momento da sua morte, ao cônjuge sobrevivente caberá a metade da herança, acontecendo o mesmo se ainda existir ascendente de grau mais distante. Quando não existir descendentes e nem ascendentes ao cônjuge sobrevivente será deferida a sucessão por inteiro. Isso significa que a herança somente vai ser deferida ao demais parentes sucessíveis quando não existirem descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente.

Assim, pode-se afirmar que os direitos sucessórios do cônjuge evoluíram ao longo da jornada legislativa de direitos reais limitados como o usufruto e o direito real de habitação para o direito de propriedade da herança, conquistando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes e antes dos demais parentes sucessíveis, além de continuar com o direito de morar no imóvel destinado à moradia da família e ser um herdeiro necessário.

4.2 Direitos sucessórios do companheiro

Os direitos dos concubinos foram por muitos tempos ignorados, antes da constituição federal de 1988 eram matérias inexistentes. Com o advento da Carta Magna, apesar do reconhecimento da união estável como entidade familiar, amparada pelo Estado, a Lei Maior não trouxe clareza no que diz respeito aos direitos sucessórios do companheiro, ficando estas matérias restritas ao campo doutrinário e jurisprudencial. Entretanto, com o reconhecimento da união estável proporcionada pela Constituição Federal, pode-se dizer que esta abriu as portas para que as leis ordinárias viessem regular os direitos sucessórios dos companheiros.

É pertinente destacar que dois diplomas legais, embora imperfeitos, começaram a esclarecer a situação do companheiro na sucessão. A lei 8.971/94, que o inseriu na ordem de vocação hereditária e a lei 9.278/96 que deu grande avanço a favor dos companheiros, conferindo-lhes o direito real de habitação.

Com o advento do código civil de 2002, muito se discute sobre um possível retrocesso quanto aos direitos sucessórios dos conviventes, consolidados anteriormente pelas duas leis da década de noventa, pois o diploma em vigor, além de alterar a posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária de terceiro lugar (após os descendentes e ascendentes) para quarto lugar (após os demais parentes sucessíveis), tornando-se com isso praticamente impossível a participação do companheiro na sucessão do *de cuius*, omitiu-se quanto aos direitos de usufruto e de habitação, o primeiro previsto nos incisos I e II do art.2º da lei 8.971/94 e o segundo no parágrafo único do art.7º da lei 9.278/96. Como também dispôs sobre a ordem de vocação hereditária dos companheiros em um local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais.

A esse respeito leciona Venosa (2003; p.119):

A impressão que o dispositivo transmite é que o legislador teve rebuços em classificar a companheira ou o companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente, que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio termo entre herdeiro e mero participante da herança.

No cenário legislativo da regulamentação dos direitos sucessórios, verifica-se que as leis ordinárias e o atual código trouxeram vários problemas de interpretações, por serem diplomas legislativos repletos de falhas, contendo pontos obscuros e omissos, acerca dos direitos sucessórios dos companheiros.

Observa-se que na Constituição Federal de 1988, os companheiros não estão inclusos na ordem e vocação hereditária. Mesmo com o reconhecimento da união estável como entidade familiar a ser protegida pelo Estado. Contudo a jurisprudência e a doutrina já reconheciam alguns direitos aos companheiros. Nesse sentido Venosa (2003;p.111) na sua obra direitos das sucessões preleciona :

Porém, em que pese algumas posições doutrinárias e jurisprudências isoladas, tal proteção não atribuiu direito sucessório a concubina ou concubino. Os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, a título de liquidação de uma sociedade de fato (súmula 380 do STF). De qualquer modo, essa divisão podia interferir na partilha de bens hereditários quando, por exemplo, tivesse havido o chamado concubinato impuro ou adulterino e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato. Nesta situação perdurante até a novel legislação, cabe ao juiz, separar os bens adquiridos pelo esforço comum daqueles pertencentes à meação ou herança do cônjuge. Toda a matéria se resolve na prova. Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização á concubina, a *título de serviços domésticos prestados*. Sob esta rotulação há evidente eufemismo, porque se pretende dizer muito mais que a expressão se encerra. Nesta hipótese também ocorria uma diminuição do acervo, pois parte era concedida ao companheiro. Este patamar de direitos relativos à convivência sem casamento foi totalmente modificado com os dois diplomas legais aqui referidos. No que tange á sucessão, a lei 8971/94 inseriu o companheiro na ordem de vocação hereditária.

Verifica-se que em 1994 os companheiros passam a ter direitos sucessórios propriamente ditos, pois antes disso, conforme exposto acima, à jurisprudência e a doutrina, de forma isolada, concediam ao companheiro do *de cuius* parte do patrimônio conquistado pelos concubinos com o esforço comum, como uma mera dissolução de uma sociedade de fato, onde era preciso a prova efetiva de que este patrimônio foi construído também com a sua

colaboração para que a meação do cônjuge ou a sua herança não fosse prejudicada, quando não era possível a prova desta colaboração, os tribunais ainda se mostraram sensíveis ao companheiro e concedia uma indenização pelos serviços domésticos prestados, cabendo ao juiz a conciliação dos direitos dos concubinos e dos cônjuges.

No entanto, este cenário foi modificado pelas citadas leis que regulam os direitos dos companheiros. A primeira lei a regulamentar a união estável foi a 8.971/94 que inseriu o companheiro na ordem de vocação hereditária e possibilitou a participação deste na herança por meio do direito de usufruto quando concorressem com descendentes ou ascendentes. No art.2º e incisos afirma que o companheiro participará da sucessão da seguinte forma:

- I- o(a)companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos destes ou comuns;
- II- o(a)companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora exista ascendentes;
- III- Na falta de descendentes e de ascendentes o(a)companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Inspirando-se na ordem sucessória estabelecida tradicionalmente pela lei civil as relações matrimônias, os companheiros passam a receber a totalidade da herança quando o *de cujus* não tinha descendentes e nem ascendentes, figurando assim em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, ocupando a posição que o código civil reconhece ao cônjuge. Como a lei civil não atribui a herança ao cônjuge quando a sociedade matrimonial estar dissolvida no momento da morte do seu consorte, os companheiros, nesta lei, substituem o cônjuge, assumindo a sua posição, pois só terão direitos os companheiros que forem solteiros, separados judicialmente, divorciado ou viúvo, que vivam juntos a mais de cinco anos ou tenham prole comum.

Assim sendo, os companheiros recebem em usufruto a quarta parte dos bens do de cujus, quando concorrer com os descendentes deste ou comuns, e a metade se, não havendo descendentes, concorrer com ascendentes do falecido. No caso, a lei refere-se à partilha dos

direitos entre o companheiro sobrevivente e os filhos do *de cujus*, sendo que a interpretação sistemática nos leva a concluir que o legislador se referiu, na realidade, aos descendentes de qualquer grau (filhos, netos, bisneto). No particular a lei teria dito menos do que queria (*minus quam voluit*).

Embora não expresso na lei, entende-se que somente tem direito hereditário o companheiro (ou a companheira) quando a união estável ainda existia no momento do óbito. Caso contrário, poderíamos inclusive ter várias concubinas pleiteando os direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com os *de cujus* por mais de cinco anos, ou da qual tenha surgido prole comum, em fases diversas da vida da pessoa que faleceu. Embora esta condição seja lógica, teria sido adequado que o legislador a incluísse de modo explícito na lei.

Apesar da contribuição apresentada pela lei 8.279/94 aos direitos sucessórios dos companheiros inserindo estes na ordem de vocação hereditária, possibilitando aos companheiros concorrer com as demais classes preferências e ter direito a totalidade da herança, esta não foi feliz em sua redação e muitos problemas de interpretação foram surgindo, em face destas falhas apresentadas, e, em consequência das diversas críticas a ela dirigidas por diversos juristas e operadores do direito, por ser omissa e conter pontos obscuros, logo se pensou em modificá-la através de outro diploma legal mais abrangente.

Desta forma, adveio a lei 9.278/96, com o propósito de regulamentar o disposto no art.226,§3º, da Constituição Federal, trançando parâmetros a união estável, no que se refere aos direitos sucessórios dos companheiros. A principal contribuição que se deu em relação aos direitos sucessórios dos conviventes está no parágrafo único do art.7º que prevê o direito real de habitação sobre o imóvel destinado á residência da família, em caso de dissolução da união estável por morte de um dos companheiros, o sobrevivente terá este direito, enquanto viver ou não constituir nova união de fato ou casamento.

Assim, dispõe o parágrafo único, do art.7º da lei 9.278/96: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

A respeito deste direito Cláudia Giéco (1997; p.51) afirma que:

O direito de habitação nasce independentemente do direito de participação do companheiro na sucessão e só tem cabimento quando ao companheiro não cabe a totalidade da herança, porquanto inadmissível a sua constituição quanto a bens que lhe pertença por força da herança.

É preciso elucidar que o direito real de habitação tem como objetivo manter o companheiro que viveu em união estável, após a morte do outro, na residência familiar, no entanto, este direito é temporário e condicional. Temporário porque este só permanece enquanto o companheiro permanece livre sem nenhuma união conjugal e condicional porque como o direito real de habitação tem cunho de amparar os companheiros que não têm condições materiais para se manter sozinho, é óbvio, que se estes já forem possuidor de boa parte dos bens do de cujus adquiridos na meação, inclusive do próprio bem destinado à moradia da família, o direito real de habitação torna-se desnecessário, já que o companheiro sobrevivente já terá um direito maior que é o direito de propriedade sobre o imóvel da família.

Encontrava-se na doutrina uma grande dúvida se com a inclusão da lei 9.278/96 no ordenamento jurídico, a lei 8.971/94 tinha sido revogado, no entanto, hoje, já se mostra pacífico o entendimento que a lei posterior não revogou a anterior porque ambas trataram de pontos específicos acerca da união estável, a divergência que existe hoje é se o código civil ao tratar dos direitos sucessórios dos companheiros revogou tacitamente as anteriores, já que não fez de maneira expressa. Daí a grande problemática atual.

O código civil não manteve os direitos de usufruto e o de habitação na relação de direitos sucessórios dos companheiros, pelo menos, na forma expressa. Tratou da sucessão dos companheiros apenas no art. 1.790, em que para alguns doutrinadores, sua redação é confusa e o transformará em grande sementeira de litígios, assim dispõe o artigo:

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

I - se concorrer com os 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 a um terço da herança;

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

Uma das grandes controvérsias neste artigo acerca da ordem de vocação hereditária dos direitos sucessórios dos companheiros é se a participação da herança do companheiro se restringe aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência em todas as hipóteses dos seus incisos, ou apenas, nas hipóteses dos incisos I e II.

Diante da interpretação literal do caput deste artigo vê-se que a participação do companheiro na herança se restringe aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável em todas as hipóteses, entretanto, o companheiro não terá direito aos bens particulares do falecido e os nem aos adquiridos por este a título gratuito antes e durante a união estável.

Por outro lado, na interpretação literal dos incisos III e IV, percebe-se que estes não fazem a mesma restrição feita à herança no caput, dando a entender que naqueles casos a herança corresponde a toda a parte do patrimônio do cujus deixado após a sua morte, inclusive os bens particulares e os adquiridos a título gratuito pelo de cujus durante a vigência da união estável, diante desta imprecisão técnica, vejamos o posicionamento de Cezar Fiúza (2003;p.867):

O código civil é incerto em sua redação, deixando margem à dúvida quanto à participação do companheiro na sucessão do outro. O caput do art. 1790 refere-se aos bens adquiridos, onerosamente, no transcorrer da união estável. Dá a entender que, em relação aos demais bens, o companheiro não participaria da sucessão, sendo, então, convocados os outros herdeiros, conforme a ordem anteriormente estudada. Por outro lado, os incisos III e IV do mesmo art. 1790 referem-se à herança do companheiro morto, dando a entender que o sobrevivente participará da sucessão, não só quanto aos bens a que se refere ao caput, como a todo o acervo hereditário.

E continua:

Em minha opinião, seria absurdo interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à da Administração Pública. A interpretar o art. 1790 apenas de acordo com seu caput, poderá ocorrer o caso em que o companheiro nada herdar, por não haver patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável. Supondo que haja outro patrimônio este seria incorporado aos cofres municipais. Tal situação iria muito além das raias do absurdo.

Segundo Caio Mário esta incongruência entre o caput e os últimos incisos citados do artigo supracitado se resolveria da seguinte forma: se o companheiro concorrer com os descendentes (comuns e exclusivos) a sua participação na herança vai recair sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, por outro lado, se concorrer com os demais parentes sucessíveis (colaterais até quarto grau) ou na ausência dos demais, a sua participação na herança vai recair sobre todos os bens que os integram, inclusive, os bens particulares e os adquiridos de forma gratuita durante a união.

Deste modo, evita que o companheiro fique privado de bens que pela interpretação literal da lei deverão ser repassados ao Município, Distrito Federal ou a União.

Outrossim a participação na herança do companheiro no atual código dar-se-á da seguinte forma: a) se concorrer com os filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente à que por lei legalmente, couber a eles; b) se concorrer com descendentes, só do de cujus, terá direito à metade do que couber a cada um deles; c) se concorrer com outros parentes sucessíveis, estes receberão dois terços, pois tocar-lhe-á um terço de herança; d) não havendo parentes sucessíveis, terá direito a totalidade da herança. Esta ordem de vocação desprestigia o

companheiro, uma vez que traz este em quarto lugar na ordem legal, concorrendo inclusive com pessoas de parentescos distantes.

Com relação aos direitos sucessórios dos companheiros no código civil, percebe-se que eles permanecem tímidos, chegando alguns afirmarem, inclusive Venosa, que este diploma legislativo apresenta um retrocesso com relação aos direitos dos companheiros comparados aos que foram estabelecidos nos diplomas legais da década de noventa.

4.34 Disparidades dos direitos sucessórios entre os dos cônjuges e os dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro.

É mister abordar que a norma constitucional embora tenha buscado a equiparação da união estável e o casamento, encontram-se na legislação infraconstitucional profundas disparidades no tratamento dos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros

Afirmando esta diferença dispõe Venosa (2003 ;p.113):

Poderia o legislador infraconstitucional ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, mas não o fez preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelece regras claras para a sua sucessão.

A legislação infraconstitucional, portanto, tratando-se dos direitos sucessórios dos companheiros afronta a norma constitucional que impõe a equiparação deste instituto com o casamento, e, no caso, o código civil além desta violação produziu um retrocesso nos direitos adquiridos pelos companheiros pelas as duas legislações ordinárias da década de noventa. Lembre-se que ambas as leis regulamentadoras da união estável deferem direitos outros, não contemplados no atual código civil, como o direito ao usufruto e o direito real de habitação.

O direito de usufruto foi extinto do nosso ordenamento para o cônjuge, outrossim, acredita-se que tenha acontecido o mesmo com relação a este direito conferido ao companheiro. Posicionando a favor desta extinção Maria Helena (2005;p 147) assevera:

Ora, na verdade, o usufruto "vidual", em prol do companheiro supérstite, não prevalecerá, por ser, hoje, um instituto não mais existente no direito brasileiro, visto que nem o cônjuge terá direito a esse benefício, por isso, não mais vigora o art.2º,I e II, da lei n.8971/94, que o considerava como herdeiro sob condição resolutiva do referido direito de fruição sobre coisa alheia, enquanto não constituísse nova união.

Mas com relação ao direito de habitação o código civil disciplina com exclusividade este direito e estabelece somente para o cônjuge, restando revogado este direito reconhecido ao companheiro pela lei 9.278/96. Acerca desta revogação Zeno Veloso (apud Maria Helena, 2005) advertem:

Que ante o silêncio eloqüente do código civil (beredts achweigen) a respeito, houve intentio de excluir o direito real de habitação do companheiro sobrevivente, logo não há lacuna suscetível de preenchimento por analogia (LICC, art.4º), conseqüentemente não há nenhuma possibilidade de se pugnar pela sobrevivência do art.7º da lei 9278, exceto no que atina à sucessão aberta antes de 11 de janeiro de 2003, a lei não está esmaecida, mas morreu.

Diante desta possibilidade de revogação do parágrafo único do art. 7º da lei 9.278/96, há sérios riscos da jurisprudência deixar de reconhecer os ditos direitos. Isto será extremamente injusto, principalmente para as mulheres que ainda não têm a titularidade do bem de família. Trata-se, pois, de severa limitação às relações extramatrimoniais. Não prospera a justificativa do relator de que a união estável é instituição meio, enquanto o casamento seria uma instituição fim para dar prevalência á relação matrimonial sobre o relacionamento da união estável. Essa predileção, inegavelmente, afronta o princípio da igualdade, básico da ordem constitucional, que foi quem iquaprou a união estável e o matrimônio como entidades familiares, sem distinções de ordem patrimonial.

Desta feita, como ainda não é pacífico que o código civil revogou as duas leis regulamentadoras da união estável, por não ter feito de maneira expressa, deve-se entender

que só estarão revogadas as partes que foram contrárias ao código, ou que tratem de matérias que por este diploma foram inteiramente reguladas.

Por esta razão, infere-se que o direito real de habitação, conferido em caso de dissolução da união estável pela morte de um dos companheiros, teria sido mantido, visto que tal interpretação equivaleria a estabelecer tratamento paritário do companheiro em relação ao cônjuge, tendo em vista que este continua com a benesse legal do direito real de habitação prevista no mencionado diploma.

A disparidade prossegue o que diz respeito a condição de herdeiro necessário a que é elevado o cônjuge e ao companheiro não. A este respeito Maria Helena (2005;p146) estabelece:

Há desigualdades de tratamento sucessório entre o cônjuge e o convivente sobrevivente, pois aquele é em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendentes, se preencher certas condições, ou com o ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser disso em testamento (CC, arts. 1845, 1846 e 1857).

Injusto será, portanto, excluir do parceiro estável a sucessão necessária, sendo esta disparidade de tratamento, de todo descabida, pois não se deve permitir que ao companheiro não lhe seja assegurada a legítima, o qual é assegurado por lei aos cônjuges, permitindo a exclusão daqueles por um mero ato de vontade.

Quanto aos bens da herança que recaem o direito de participação do companheiro, deve-se ressaltar que no art 1.790 do código civil estabelece que o companheiro só participará da herança em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, limitando profundamente o quinhão hereditário do companheiro, uma vez que é excluído do seu quinhão os bens particulares dos de cujus e os adquiridos durante a comunhão de forma gratuita, ao contrário, do que ocorre ao cônjuge, pois este terá direito a todo o acervo hereditário se o regime de bens permitir. Com esta participação restrita dos companheiros, poderão acontecer hipóteses em que o companheiro nada terá a título de herança, e o que é

pior, não havendo outros parentes sucessíveis, os demais bens do de cujus, os quais não compõem a herança, são transferidos a administração pública do Município, Estado, Distrito Federal ou União. Pode dizer que se trata de uma hipótese absurda, e, com certeza, merecedora de repúdio.

Outro ponto divergente e preconceituoso em relação aos direitos sucessórios dos companheiros é a sua posição na ordem de vocação hereditária, após os parentes sucessíveis, tornando rara a hipótese do companheiro de participar na herança sem concorrer com qualquer outro parente. A posição do companheiro em quarto lugar na ordem de vocação mostra mais um ponto de disparidade em relação aos direitos sucessórios dos cônjuges, pois estes estão em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, apenas abaixo dos descendentes e ascendentes.

É preciso ainda esclarecer, em relação à divisão do quinhão hereditário, que o código civil no art. 1.790, inciso, I, garante ao companheiro o mesmo quinhão hereditário que cabe por lei aos descendentes comuns, não fazendo esta restrição em relação ao cônjuge, pois este independentemente dos descendentes serem comuns ou exclusivos terá sempre o mesmo quinhão hereditário que cabe a estes. Bem como é subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, benesse assegurada ao cônjuge sobrevivente se concorrer com mais de três filhos comuns.

Verifica-se que sem esta reserva o companheiro sobrevivente quando existirem muitos filhos do cujus pode ficar com uma quota do quinhão hereditário irrisória. Portanto, é de se ressaltar que o tratamento desigual dado à condição de cônjuge e à parceria não se justifica, tendo em vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Outrossim, a legislação vigente em relação aos direitos sucessórios dos companheiros tratou de maneira absolutamente desigual os cônjuges e os companheiros, o que, como visto, não se admite no regime constitucional vigente. Enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro

necessário, com posição privilegiada, o companheiro continua como herdeiro facultativo e só terá direito de participar sozinho da herança se não tiver colaterais sucessíveis. Nestes termos dispõe Maria Helena (2005;p 146): “A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável”.

Como se percebe, no tocante aos direitos hereditários, o tratamento conferido á união estável é evidentemente discriminatório em relação ao estabelecido no que tange as relações matrimoniais. Em sendo, urge que o novo código seja reformado nesta parte, para que seja respeitada a Constituição Federal de 1988, posto que, as referidas disposições ferem os fundamentos constitucionais, tais como o princípio da dignidade humana, bem como o princípio da isonomia. Não se deve, portanto, tratar os iguais de forma desiguais, se a Lei Maior urge pela equiparação da união estável ao casamento, conseqüentemente, os seus efeitos.

Cumpre salientar que não se defende um tratamento privilegiado aos direitos sucessórios dos companheiros em face do oriundo das relações matrimoniais, mas uma equiparação destes direitos, visto que, na legislação atual está longe disto acontecer, pois quando pensávamos que o código civil vinha extinguir as divergências, este veio dificultar ainda mais, pois traz em seu bojo vários pontos polêmicos e obscuros, incumbindo aos tribunais uma gama de litígios sem soluções aparentes.

Do exposto fica claro que na atual legislação existem divergências entre os direitos sucessórios dos companheiros em relação aos dos cônjuges, e que estes últimos ocupam um a posição privilegiada, descabida, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, e do princípio da isonomia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer deste trabalho, é possível constatar que, em virtude do alcance social que a união estável hoje representa na sociedade, como uma entidade familiar constitucionalmente reconhecida e protegida pelo Estado, cresce o sentimento social de igualdade deste instituto em relação ao casamento, conseqüentemente dos direitos oriundos destas relações.

A pesquisa científica abordou, no primeiro capítulo o instituto do casamento do qual originam-se as relações matrimônias e os direitos sucessórios dos cônjuges. Verificou-se no decorrer da pesquisa que esta modalidade de constituir família foi por muito tempo foi a única forma de entidade familiar, onde os seus participantes gozavam com exclusividade dos mais sublimes direitos, embora já fosse evidente que a grande maioria das famílias brasileiras eram unidas sem vínculo do casamento.

É mister ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro permanece a importância do casamento para a instituição da família e para o nosso estudo, visto que os direitos sucessórios dos cônjuges, originados das relações matrimônias, constituem o objeto da nossa pesquisa.

No segundo capítulo, explorou-se, ainda, e de forma objetiva o instituto da união estável, onde se observou ser esta outra forma de constituir família reconhecida pelo Direito a partir da Constituição Federal de 1988. No entanto, percebeu-se que somente existirá união estável quando houver a associação entre um homem e uma mulher, ambos livres e desimpedidos, para fim de constituir família, convivendo como se casados fossem por um lapso temporal juridicamente razoável, ininterrupto e não clandestino gerando entre eles direitos e deveres de respeito e considerações mútuos; assistência moral e material recíproca; podendo ser dissolvida, a qualquer tempo, pela vontade dos companheiros

Outrossim, o estudo da união estável foi de suma importância para compreendermos e como este se apresenta no ordenamento jurídico e quais são os direitos sucessórios reconhecidos aos companheiros.

No terceiro capítulo, foi visto como é realizada a sucessão e constatou-se que os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros são transferidos após a morte do de cujus, na forma legítima e testamentária. Aquela é deferida pela lei, enquanto esta é decorrente de ato de vontade, através de testamento.

Ressaltou-se, ainda, a importância da análise do instituto da sucessão na pesquisa, pois é através do estudo deste instituto que passamos a conhecer quais são os herdeiros aptos a receber a herança e qual a ordem de vocação hereditária a ser seguida numa sucessão hereditária.

Já no quarto capítulo, que é o cerne da nossa pesquisa, verificou-se que a jurisprudência começa a reconhecer direitos sucessórios aos companheiros, mostrando-se sensíveis às questões concretas, principalmente numa época que o direito não conseguia acompanhar a realidade da nossa sociedade.

Em contrapartida, às leis regulamentadoras da união estável da década de Noventa foram sedimentados alguns direitos, embora tenham sido diplomas legislativos problemáticos, por conterem em seu bojo pontos omissos e obscuros.

É nítido um verdadeiro retrocesso do código civil de 2002 no que se refere aos direitos sucessórios dos companheiros, omitindo-se acerca do direito de usufruto, do direito real de habitação dos companheiros, colocando estes em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, além de ter provocado uma grande celeuma quanto aos bens que constituíram a herança dos companheiros, reduzindo estes apenas aos adquiridos onerosamente na constância da união estável, fatos estes, merecedores de repúdio, uma que vez que não evoluíram em consonância com os ditames sociais.

Em contrapartida, o código civil de 2002 ao regulamentar os direitos sucessórios dos cônjuges representou uma grande evolução, uma vez que, os direitos passaram de direitos reais limitados, como de usufruto, para direitos de propriedade de herança, conquistando o status de herdeiro necessário, além de permanecer com o direito real de habitação.

Portanto, diante destas disparidades apresentadas pela legislação infraconstitucional constatou-se a prevalência dos direitos sucessórios dos cônjuges em detrimento aos direitos sucessórios dos companheiros, em consonância aos preceitos constitucionais, no qual buscam a equiparação dos institutos da união estável e do casamento e conseqüentemente dos seus efeitos.

Desta forma, o estudo ao apresentar a problemática do tratamento desigual dos companheiros em relação ao cônjuge, no campo do direito sucessório, contribui com novas reflexões acerca do tema para que sejam abertos debates acadêmicos e legislativos, na luta incessante pela implantação da justiça.

Em sendo, urge como solução que o código civil seja reformado nesta parte, para que seja respeitada a Constituição Federal de 1988, posto que as referidas disposições previstas na legislação infraconstitucional ferem os fundamentos constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o da isonomia.

REFERÊNCIAS

AQUAROLI, Marcelo; AUGUSTO, Valter Roberto; COSTA, Wagner Veneziani. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: WVC, 2001.

BRASIL. Código Civil. Colaboração: Antônio Luiz de Toledo; Livia Céspedes; Márcia Cristina Vaz dos Santos. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Constituição (1988). Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, v.5. 2005.

_____. 19.ed.São Paulo:Saraiva,2005,v.6.

FIUZA, César. *Novo Direito Civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JÚNIOR, José Cretella. *Direito Romano Moderno*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito de Família*. 37 ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, v.2, 2004.

OLANDO, Soares. *União Estável*. 2 ed. Rio Janeiro:Forense,2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14 ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.5.

_____. 15 ed. revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, v.6. 2005.

PESSOA, Cláudia Giéco Tabosa. *Efeitos Patrimoniais do Concubinato*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES. Sílvio. *Direito civil*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, v. 6. 2002.

_____. 25 ed. São Paulo: Saraiva, v.7, 2002.

VENOSA. Sílvio de Venosa. *Direito de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas, v.6, 2006.

_____. *Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, v.7, 2003. ✕

_____. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991.