

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**OS ASPECTOS SUCESSÓRIOS ENTRE OS
COMPANHEIROS SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL
DE 2002**

Flavia Fernandes de Miranda Barros

Rio de Janeiro
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Flavia Fernandes de Miranda Barros

**OS ASPECTOS SUCESSÓRIOS ENTRE OS
COMPANHEIROS SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL
DE 2002**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós- Graduação em Direito da Universidade
Gama ilho, como requisito para obtenção do
título e Mestre em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Rio de Janeiro

2006

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Barros, Flávia Fernandes de Miranda.

Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002 /
Flavia Fernandes de Miranda Barros. -- Rio de Janeiro: UGF / Programa de
Pós Graduação em Direito, 2006.
viii, 117 f.

Orientador: Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Dissertação (mestrado) – Universidade Gama Filho / Programa de Pós
Graduação em Direito,
2006.

Referências bibliográficas: f. 113-117

1. A família na constituição de 1969. 2. A Constituição Federal de 1988. 3. Regulamentação da união estável 4. O Código Civil de 2002 e a união estável. 5. Aspectos sucessórios no Código Civil de 2002- Tese.
- I. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. II. Universidade Gama Filho. Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.

A autora abaixo assinada, **autoriza** as Bibliotecas da Universidade Gama Filho a reproduzir este trabalho para fins acadêmicos, de acordo com as determinações da legislação sobre direito autoral, no seguintes formato

() Fotocópia () Meio digital

Assinatura do autor: _____

A minha mãe Neide e meu irmão Luiz Octavio por transformarem a nossa pequena família em um grande lar; a meu pai, Luiz, eternamente presente em meu coração.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama pelas lições no Curso de Mestrado e pela orientação precisa e dedicada na elaboração da tese.

Ao amigo Rafael Mário Iorio Filho pela amizade e pelas discussões ao longo do curso.

RESUMO

BARROS, Flavia Fernandes de Miranda Barros. **Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002**. 2006. ____ fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006.

Com a intenção de apresentar os aspectos sucessórios dos companheiros no atual Código Civil é indispensável a análise da transformação da família perante a sociedade e perante a legislação, principalmente sob a ótica constitucional. Portanto, dividiu-se a abordagem do tema em cinco capítulos. No primeiro, é destacado o tratamento da família na Constituição de 1969, apresentando-se toda a concepção patriarcal e patrimonial da família, que por sua vez fundava-se exclusivamente no casamento.

O segundo capítulo destaca os novos valores e princípios inseridos na Constituição de 1988 refletindo no tratamento do matrimônio e no reconhecimento da união estável como família.

O capítulo seguinte aborda o reconhecimento constitucional da união estável, a necessidade de regulamentação através de leis especiais, as quais são oportunamente discutidas.

O quarto capítulo faz referência à inserção da união estável no Código Civil de 2002 enfatizando as características e modos de interpretação deste diploma legal, os quais devem ser observados na aplicação da norma referente aos companheiros.

Finalmente, o último capítulo aborda a questão sucessória dos cônjuges e dos companheiros no atual código civil e aponta fundamentos para a incompatibilidade do artigo 1790 perante as normas e princípios constitucionais.

Palavras-chave: União Estável, Sucessão, Código Civil de 2002, Interpretação, Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

BARROS, Flavia Fernandes de Miranda Barros. **Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002**. 2006. ____ fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006.

With the aim of presenting the sequencing aspects of the companions in the last Brazilian Civil Code, it has become essential to analyze the changes in the family before the society and the law, through a constitutional point of view.

Therefore, the approach for this topic has been divided into five chapters. On the first, the focus is the family according to the Brazilian Constitution of 1969, presenting the patriarchal and patrimonial conception of the family, which was based on the marriage.

The second chapter introduces the new values and beliefs included in the Brazilian Constitution of 1988, reflecting the way the society saw marriage and the acceptance of the stable union as a family.

The following chapter shows the constitutional acceptance of the stable union, the need for regulations through special laws, which are sensibly discussed on.

The fourth chapter shows the inclusion of the stable union in the Brazilian Civil Code of 2002, focusing on the characteristics and interpretations of this legal document, which must be observed in the application of the law referring to the companions.

Finally, the last chapter deals with the series of couples and companions in the last Brazilian Civil Code and points at topics for incompatibility on the article 1790 through constitutional laws and concepts.

Key words: Stable Union, Succession, Brazilian Civil Code of 2002, Interpretation, Unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 – A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1967 COM EMENDA Nº 1 DE 1969....	12
2 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	19
2.1 - ASPECTOS RELEVANTES DO NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL	19
2.1.1 - <u>Princípio do Estado Democrático de Direito</u>	21
2.1.2- <u>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</u>	23
2.1.3 - <u>Princípio da Igualdade</u>	27
2.2 - A Família na Constituição Federal de 1988	30
2.2.1 – <u>Novos parâmetros da família</u>	30
2.2.2 - <u>O casamento na Constituição Federal de 1988</u>	39
2.2.3 – <u>A união estável na Constituição Federal de 1988.</u>	41
2.2.4 – <u>Aplicabilidade do §3º do art. 226 da Constituição Federal</u>	47
3 - REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	52
3.1. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO - PERÍODO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.	52
3.2. Necessidade de Lei Especial - A Descodificação	54
3.2.1. <u>Características e requisitos da união estável</u>	56
3.2.2. <u>A lei nº. 8.971/94</u>	60
3.2.3. <u>A lei nº. 9.278/96</u>	63
4. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A UNIÃO ESTÁVEL	68
4.1.CARACTERÍSTICAS E INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	68
4.2 Interpretação do Código Civil de 2002	70

4.3 Tratamento da união estável no Código Civil de 2002.....	73
4.4 Efeitos da união estável	74
5. ASPECTOS SUCESSÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	78
5.1. ASPECTOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE	78
5.1 5.1.1. <u>O direito real de habitação entre os cônjuges.</u>	90
5.2.5.2 Aspectos Sucessórios na União Estável	91
5.2.1. <u>O direito real de habitação entre os companheiros</u>	104
5.2.2 <u>Duvidosa constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002.....</u>	106
5.2.3 <u>Interpretação do art. 1790 do Código Civil de 2002</u>	112
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda tema na área de concentração: Direito, Estado e Cidadania. Neste sentido, foi escolhida exposição relacionada ao Direito de Família e Sucessões, buscando a partir de estudos doutrinários e da análise normativa do Código Civil de 2002 em conformidade com a atual Constituição Federal, a igualdade entre as famílias no aspecto sucessório.

Torna-se clara a importância do reconhecimento desta igualdade pelo Estado, através do Direito, para consequentemente levar segurança aos cidadãos de que o próprio Estado e principalmente o legislador devem respeito aos valores e princípios constitucionais a que todos estão submetidos.

Desta forma, entende-se atual e necessária a discussão sobre os equívocos no tratamento dos aspectos sucessórios na união estável trazidos pelo Código Civil de 2002. Trata-se de equívoco porque impõe retrocesso à matéria já positivada e traz em seu texto mandamentos contrários ao da atual Constituição, fonte dos princípios e parâmetros para o ordenamento infraconstitucional.

Para a comprovação de tal retrocesso se faz necessário analisar as transformações legislativas que visam acompanhar a alteração de valores e comportamento familiar. É inegável que quando o tema aborda a família deve-se situá-la no tempo e no espaço, pois em cada sociedade e a cada período percebem-se valores diferenciados.

No Brasil, até 1977 a única família positivamente protegida era aquela formada através do casamento, o qual era indissolúvel. Admitia-se o desquite, entretanto, diante do permanente vínculo matrimonial se tornava impossível casar-se novamente e consequentemente constituir nova família.

Assim, além das pessoas desquitadas que anteriormente a 1977 não podiam casar, com a Revolução Industrial e a incursão da mulher no mercado de trabalho, as uniões livres, sem as formalidades do casamento tornaram-se crescentes e à margem da lei. Isto fez com que o legislador atentasse que muitas dessas uniões possuíam a afetividade, a

cooperação e o respeito característicos de uma família, pois viviam como tal, assim, vislumbrou a possibilidade de reconhecê-las positivamente como espécie de família.

Evidentemente que grupos mais conservadores da sociedade resistiram quanto a este reconhecimento, que de fato foi tardiamente inserido na Constituição Federal de 1988. Esta Constituição foi um marco de substituição de valores, pois trouxe princípios distantes da Constituição de 1969 e próximos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos crescentes na ordem mundial. Assim, o texto da Carta de 1988 ressalta a importância do ser em detrimento do ter e insere uma carga humanista até então desconsiderada, tendo em vista a idéia de Constituição como o conjunto de matérias de organização política. A Constituição, enfim, chamou para si as diretrizes para elaboração de normas infraconstitucionais através de princípios informativos e normas programáticas.

Sem dúvida uma das grandes evoluções foi o dispositivo do art.226, no §3º na qual reconheceu a união estável e no §4º, a família monoparental como espécies de família com a mesma proteção estatal que o casamento. Relembrando que este artigo não igualou união estável e casamento, apenas os equiparou, pois ressalta o incentivo para conversão do primeiro para o segundo. Entretanto, no que se refere ao aspecto familiar, há paridade entre eles.

Após reconhecimento constitucional restava regulamentação infraconstitucional para estabelecer parâmetros e requisitos sobre qual seria a hipótese de reconhecimento da união estável.

A década de 90 trouxe duas leis sobre o tema. São leis especiais que marcaram o período da descodificação tendo em vista ser incabível inserir no Código Civil de 1916 com normas patriarcais e patrimonialista, os novos princípios do direito de família dispostos na Constituição de 1988.

As leis, sem dúvida, auxiliaram os operadores do direito quanto à solução de litígios, ocorre que muitos temas ainda estavam omissos e a expectativa de solução era o Código Civil de 2002.

Infelizmente o Código atual não contribuiu com o tema, ao contrário retrocedeu quanto aos direitos já conquistados pelos companheiros em legislações anteriores.

Principalmente quanto à estipulação dos direitos sucessórios o legislador não utilizou a melhor técnica, pois os companheiros e os cônjuges foram tratados de forma diferente. Em razão disto surgiram diversas interpretações quanto aos artigos relacionados

à sucessão, tanto do cônjuge quanto do companheiro, exigindo que o presente trabalho demonstre através de citações as distintas posições doutrinárias.

Ora se união estável e casamento são espécies de família, devem ter o mesmo tratamento. Ocorre que o legislador, no aspecto sucessório os diferenciou a tal ponto do cônjuge ter mais direito que o companheiro em algumas hipóteses e em outras, este supera àquele quanto às quotas hereditárias, prejudicando, inclusive, a conversão ao casamento que a Constituição expressamente incentiva.

Finalmente além de enfatizar as diversas interpretações quanto à sucessão dos companheiros e seus fundamentos, demonstra-se que mesmo com todo o trabalho interpretativo, o art. 1790 possui o vício da inconstitucionalidade.

E ressalta-se que mesmo defendendo sua inconstitucionalidade, tal artigo ainda encontra-se no ordenamento em plena vigência, operando diversos efeitos e, desta forma, são sugeridas algumas interpretações possíveis a fim de contribuir, dentro dos limites razoáveis de interpretação, para a igualdade entre as famílias de acordo com normas e princípios constitucionais.

1 – A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1967 COM A EMENDA Nº 1 DE 1969.

As transformações sociais ao longo dos anos atingem diretamente os institutos do Direito Civil, principalmente, no que se refere ao Direito de Família, e por esta razão, este sempre foi alvo de inúmeras discussões.

Até a Constituição de 1988 por denominações técnicas, o ser humano poderia estar fadado a não ter sido fruto de uma família, visto que até então, somente a entidade fruto do casamento era considerada como tal.

Este entendimento estava intimamente ligado aos dogmas do direito canônico que teve reflexo no direito brasileiro “através da influência do Direito de Família português que por sua vez, foi constituído sob forte influência do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito Bárbaro.”¹

Assim, todas as constituições anteriores² à atual que tratavam expressamente do casamento traziam uma carga eclesiástica e o abordam como sendo a única fonte da família.

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.36.

² A Constituição outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824 trazia nas disposições gerais as garantias dos Direitos Civil e Políticos, mas nada fez constar a respeito do casamento. Entretanto, afirmava em seu artigo 16 que a religião oficial era a “Católica Apostólica Romana”.

Já a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 que possui entre seus arquitetos Rui Barbosa, propõe a separação entre a Igreja e o Estado e levará à expressa disposição a respeito do casamento civil e em seu artigo 72, parágrafo 4º ao prescreveu que: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” Entretanto, nada mais foi alterado quanto ao tema.

Apesar das manifestações a favor do divórcio desde a elaboração do texto constitucional de 1891, o novo texto, de 1934 não só põe de lado estas insistentes manifestações, como insere expressamente a indissolubilidade do casamento ao instituir em seu art. 144 que “a família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.

A respeito deste artigo, Pontes de Miranda esclareceu que: “O artigo 144 da Constituição brasileira de 1934 correspondeu à resistência do catolicismo à dissolubilidade do vínculo conjugal.” MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.323.

Alguns textos constitucionais traziam ainda, expressamente, a indissolubilidade³ como característica do casamento fazendo com que o indivíduo desquitado não pudesse constituir novamente uma família porque embora livre, permanecia o vínculo de indissolubilidade de seu casamento.

Esta regra sofria críticas constantes, pois foram adquiridos novos hábitos e valores e com isto deveria o direito se adequar, sob pena de fazer com que a sociedade convivesse sob a égide de um direito embasado em valores que não mais existem.

Ocorre que, embora crescentes as manifestações acerca da necessidade de se alterar a indissolubilidade⁴ do casamento e instituir o divórcio⁵ como há tempos havia em diversos países⁶, as constituições revolucionárias de 24 de janeiro de 1967 e de 17 de outubro de 1969⁷ não “tiveram o ensejo de abrir mais um campo de batalha com a Igreja e a

³ Para a Igreja, através do direito canônico “o matrimônio é um sacramento e sendo o matrimônio um sacramento e sujeito a indissolubilidade, todas as outras uniões entre homem e mulher fora do casamento eram uniões precárias, passíveis de pronta dissolução, apresentando-se como “concubinato”.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.33.

⁴ “Nenhum princípio, a priori, ou de direito natural, há, que haste à explicação da indissolubilidade. Só mesmo razão especialíssima, de ordem religiosa, poderia estatuí-la.” MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.323.

⁵ Pontes de Miranda, também defensor do divórcio afirmou: (...) o Estado protege a família, como instituição, e, se a proteção, que se lhe recomenda o texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a Constituição de 1946, como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns ou quase todos os membros, brasileiros, oriundos de casamento não indissolúvel (e.g., do casal inglês, alemão, francês, norte-americano, português); seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado. MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.320.

⁶ Segundo Carlos Maximiliano em *Comentários à Constituição Brasileira* – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, III/212-3, n 610, citado por LIMA, Domingos Sávio Brando. *A nova lei do divórcio comentada*. O. DIP. Editores Ltda, 1978. p. 132: “Aquém despreza a realidade, para se encerrar na torre de marfim das concepções abstratas, talvez pareça constituir o divórcio a vínculo original instituição que os amantes de novidades pretendem introduzir no Brasil. Ao contrário, estamos em exceção, e mais aparente que real; o instituto mencionado avassalou o mundo”.

⁷ Segundo entendimento de Celso Ribeiro Bastos a Constituição de 1969 não é uma constituição propriamente dita, pois não passa de uma emenda da constituição de 1967, afirma o autor que: “Para uns, como visto, esta emenda é uma nova constituição, para outros não passa de mera emenda.”

“Preferimos ficar com estes últimos, embora não se desconheça que a relevância da questão é muito pequena”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 139.

Em sentido contrário: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

Ainda sobre o tema, Sahid Maluf afirma que: “Portanto, sob o ponto de vista legal, a Constituição de 1967 não foi substituída por outra, mas simplesmente reformulada(...)”. Pela sua amplitude, como reforma integral da Carta de 1967, o texto de 1969 extravasa no âmbito normal das emendas, justificando-se praticamente, o conceito generalizado de *Nova Constituição*.”MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974. p. 32-33.

indissolubilidade continuou a existir no papel, completamente divorciada de nossa realidade”.⁸

Assim, a Emenda de 1969 não afastou a influência canônica e não inovou sobre o tema ao manter o dispositivo da Constituição de 1967⁹ em seu artigo 175¹⁰ considerando o casamento indissolúvel, ao dispor:

“Artigo 175 - A família constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

“ § 1º O casamento é indissolúvel.”

Este artigo e seu parágrafo primeiro demonstram que o aspecto familiar em sede constitucional reitera os mesmos equívocos anteriores e as idéias conservadoras permanecem na mesma proporção da necessidade de mudança.

A resistência acerca da dissolubilidade do vínculo matrimonial e conseqüentemente do divórcio é a mesma de tempos atrás, embora a discussão sobre sua imprescindibilidade estivesse mais aflorada e com um número maior de adeptos a medida da passagem do tempo.

Dentre as teses defensivas do divórcio, percebe-se que em todo momento a preocupação é fazer com que o vínculo seja dissolvido para que o indivíduo possa casar-se novamente e assim constituir nova família.¹¹

Não se previa a hipótese de se reconhecer família sem casamento. Ou havia casamento, ou não havia família.

Ignorava-se a idéia de que:

Ao Estado, assim, como à Igreja, compete em grau a um só tempo eminente e inabdicável reconhecer a família. Reconhecer a família, contudo, não é apenas abrir-lhe espaço nas constituições e nos códigos, para, depois, sujeitá-la a regras de organização e funcionamento. É, antes, assegurar sua faculdade de autonomia

⁸ LIMA, Domingos Sávio Brando. *A nova lei do divórcio comentada*. O DIP. Editores Ltda, 1978. p. 135.

⁹ “Art. 167 da Constituição de 1967 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.”

¹⁰ O artigo 175, § 1º, representa, na Constituição de 1967, o seu ponto fraco, a marca de que continuou pressão internacional que inseriu no texto o medievalismo da indissolubilidade.” MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.320.

¹¹ Conforme entendimento do Deputado Osório Borba: “Não consigo entender a moral do desquite que, aceitando o fato da separação dos cônjuges, fecha-lhes a possibilidade de constituição legal de nova família, impondo à mulher, que tem sido a grande vítima dos defeitos da organização econômica e social, a alternativa da renúncia ascética ou a ligações clandestinas, a proscrição da sociedade.” LIMA, Domingos Sávio Brando. *A nova lei do divórcio comentada*. O. DIP. Editores Ltda, 1978. p. 129.

e, portanto, de auto-regramento. O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto.¹²

Desta forma, diante da omissão legislativa, resta claro que a sociedade carecia de um mecanismo que colocasse as pessoas desquitadas, novamente dentro da lei como família e dentro de uma família através da lei.

O desenvolvimento e a maturidade das relações entre as pessoas não aceitava mais conviver com idéias e normas oitocentistas ainda trazidas pela Emenda de 1969.

Entretanto, até então não havia previsão de qualquer alteração, pois neste período os códigos eram modelos fechados e os textos constitucionais, pouco interferiam nas relações de direito privado. Por este motivo, por tanto tempo o constituinte abstem-se de tratar das novas questões de família, mantendo-se a indissolubilidade do casamento meio a diversas e antigas reações contrárias¹³.

De certo, o fato é que até então se visualizava a Constituição como sendo um conjunto de normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar. Relegava-se a norma constitucional a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após frustradas a analogia e regra consuetudinária.

Ocorre que as necessidades sociais chegaram a um ponto insustentável e havia a necessidade crescente de fazer com que o vínculo matrimonial fosse dissolvido para só então possibilitar um novo casamento e conseqüentemente constituir nova família.

Estes anseios sociais finalmente foram atendidos e através de proposta do Senador Nelson Carneiro em 1977, subscrita por Accioly Filho¹⁴ e mais 158 parlamentares foi

¹² VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: Couto Sérgio (coord.). *Nova realidade do direito de família*. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999. Tomo 2. p. 53.

¹³ “Segundo a teoria de uma parte que tem assento na Câmara, o Clero e alguns brasileiros menos avisados, o homem que chega a evidenciar a traição da esposa, terá direito de separar-se pelo desquite, mas não poderá mais casar com outra. Muito bem, dirão, é moço, forte, a mulher não lhe serve mais, entretanto, não lhe é permitido reconstituir o lar, e há de levar uma vida casta e pura. Deve esperar, conseqüentemente, que a “cara metade”, de quem se desligou passe desta para melhor, cessados assim os efeitos indissolúveis, contrairá novas núpcias.

Propõem-se porém, a Igreja e o Estado, a realizarem a amarga e impraticável tarefa de, com o desquite, conservarem intacto um vínculo inexistente, quebrado. Sim, o casamento é indissolúvel, graças ao Estado que o quer e à Igreja que o vigia.” GUEIROS, Optato. *O direito, a igreja e o Estado*. São Paulo: (s.e.) 1954, p. 77.

¹⁴ Accioly Filho em conferência na Faculdade de Direito de Curitiba dispôs que: “A estabilidade do casamento e assim da família não está a depender da indissolubilidade do vínculo. Ele depende da própria estabilidade emocional e da educação dos cônjuges, que devem estar preparados para o casamento.” LIMA, Domingos Sávio Brando. *A nova lei do divórcio comentada*. O. DIP. Editores Ltda, 1978. p. 137.

editada a Emenda nº. 9, publicada em 9 de junho de 1977 que, embora tardiamente, instituía o divórcio, retirando a indissolubilidade do texto constitucional.

Seu texto afirmava:

“Art. 1º: O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

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

Art. 2º - A separação, de que trata o §1º do art. 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”.

Esta Emenda foi regulamentada pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Ocorre que esta inovação, requerida há mais de 50 anos, chega atrasada com a realidade. Neste momento não se almejava somente a dissolubilidade do casamento, mas também o reconhecimento como família de outros tipos de união afetiva presentes na sociedade, como por exemplo, da união entre homem e mulher sem o vínculo do casamento.

O desenvolvimento e a maturidade das relações entre as pessoas não aceitava mais conviver com idéias e normas oitocentistas. A concepção patriarcal e individualista da família foi perdendo espaço.

A mulher passou a atuar diretamente no mercado de trabalho, principalmente no período da Revolução Industrial invertendo papéis com os homens. Este fato fez desenvolver “um novo direito de família à margem da sistematização do Código Civil, que conserva o padrão de uma estrutura hierarquizada do marido obrigado a sustentar a mulher e prover à manutenção da família, assisti-la, socorrê-la, arcar com todas as despesas de educação dos filhos etc.”¹⁵

A família conheceu sensíveis modificações em sua composição e muitos casais, até mesmo e principalmente por razões econômicas optaram por não comprometerem-se diante de um papel, mas comprometendo-se diante da vida. Assim, o casal comportava-se como se casados fossem, sem que qualquer compromisso formal como o que a lei exigia para o casamento fosse celebrado.

¹⁵ GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p.10.

Estamos diante de nova realidade onde também fazem parte as mães "solteiras", as famílias constituídas apenas por pai e filho, que demonstram que a família se tornou plural. A esse respeito, a advogada Tânia Pereira da Silva esclarece que “longe estamos de acreditar na predominância de um único modelo familiar na vida social atual na sociedade brasileira.”¹⁶

Percebe-se que novos valores foram introduzidos na sociedade e o aspecto patrimonial passa a ficar em segundo plano, perdendo espaço para as relações de afeto, solidariedade, cooperação, união, respeito, confiança amor etc. Elimina-se a hierarquia e a preocupação patrimonialista.

A citação abaixo trata do tema ao dizer que:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, características do direito de família de corte liberal, não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada na nova Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.¹⁷

Certo é que a evolução dos valores e a prática cada vez mais comum de união sem formalidade e a conscientização da necessidade de reconhecimento, exigiam novamente que o legislador abordasse a questão.

A melhor abordagem seria atribuindo direitos e deveres a estas pessoas que até então, faticamente encontravam-se na posse do estado de casadas, mas legalmente não se enquadravam no Direito de Família.

Conforme ressalta Maria Helena Diniz:

A norma jurídica deve estar em constante estado de aderência aos fatos e aos valores sociais, já que seu escopo é realizar fins úteis e justos. Deve ser reflexo da realidade fática, evitando-se o hiato entre os comandos normativos e a ordem social.¹⁸

¹⁶PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 186.

¹⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989. p.71.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 70-71

Havia portanto, a necessidade imposta pela sociedade de se reconhecer a família existente nestes freqüentes laços afetivos, entretanto, até a Constituição de 1988 não havia este reconhecimento e assim estávamos diante de uma lacuna.

Essa lacuna, segundo Maria Helena Diniz pode ser de três espécies: lacuna normativa, axiológica e ontológica, e analisa:

Há lacuna normativa diante da ausência de norma para hipótese concreta. Caracteriza-se a lacuna axiológica quando a aplicação de uma norma gera injustiça. Existe lacuna ontológica quando a norma jurídica não corresponde à realidade fático-social.¹⁹

Ora, não será tarefa difícil concluir que neste momento histórico, da Constituição de 1969, encontram-se as três lacunas apontadas.

A lacuna normativa encontrava-se no fato do direito somente reconhecer uma única espécie de família embora a sociedade nos mostrasse várias outras.

Conseqüentemente a aplicação dessa norma gerava injustiça com os demais tipos de família, caracterizando a lacuna axiológica e, a lacuna ontológica fica facilmente visualizada porque não correspondia à realidade social, que há tempos clamava por mudança.

Seria inevitável portanto, que com o passar do tempo estas alterações sociais surtiriam conseqüências na legislação e o legislador, inclusive o constituinte, trataria de suprir estas lacunas evidentes.

¹⁹ *Ibid*, p.73.

2 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

2.1 - ASPECTOS RELEVANTES DO NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL.

Diante de todas as lacunas expostas e do conflito entre necessidade social e realidade constitucional, a expectativa era de que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a norma ficaria mais próxima desta necessidade e o fenômeno do “idealismo” da Constituição se encerraria, embora fosse uma tarefa demasiadamente difícil.

Esse fenômeno, assim denominado por Oliveira Vianna, se traduz da seguinte forma:

O que realmente caracteriza e denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante eurtmia de sua estrutura e a insignificância de seu rendimento efetivo – isto quando não se verifica sua esterilidade completa.²⁰

O contexto do capítulo anterior não deixa dúvidas quanto à existência do idealismo na Emenda de 1969. Assim, a esperança de eliminá-lo de vez torna facilmente compreendida a expectativa de se ter uma constituição eficaz²¹ e atenta às alterações sociais pois o novo texto encerraria um longo período de constituições revolucionárias no Brasil e finalmente, abriria-se espaço para a democracia.

²⁰ OLIVEIRA, Vianna. *O idealismo da constituição*. São Paulo: Nacional, 1939, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Estado de Direito e Constituição*. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 91/92.

²¹ “Evidentemente isso não significa que para ser eficaz, deva ser uma constituição histórica, resultante de uma evolução natural, gerada inconscientemente pelos homens através da sucessão de eventos. Mas sim, que as normas de uma constituição devem estabelecer um dever-ser que eventualmente aprimore uma situação estabelecida, dentro dos limites do possível. Isto é, as mudanças não podem ser nem exageradas nem bruscas demais, devem graduar-se em função do nível de cultura política alcançada pelo povo e dos demais fatores condicionantes da ordem política.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 92.

As promessas de redemocratização do país foram levantadas pelo então candidato à presidência Tancredo Neves²², que mais tarde se tornara vitorioso através de eleição pelo Colégio Eleitoral.

Entretanto, o mesmo faleceu antes de tomar posse e seu vice, José Sarney, assumiu o cargo definitivamente em 21/04/85 honrando a promessa de Tancredo Neves ao promulgar²³ a nova constituição²⁴, em 5 de outubro de 1988.

Sem dúvida era o início de uma nova fase constitucional que traz para o ordenamento diversos novos princípios soberanos que atentam para os valores fundamentais da ordem jurídica e também para a proteção aos indivíduos através de direitos individuais e coletivos.

Esta nova fase, certamente foi influenciada por diversos tratados e declarações internacionais que há tempos tratavam, insistentemente, da igualdade, proteção e dignidade humana. Inclusive, alguns deles foram assinados, ainda que tardiamente, pelo Brasil, dentre eles, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948²⁵, a Convenção²⁶ Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969²⁷ e a

²² “O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos. Sua eleição a, 15.01.85, foi, por isso, saudada como início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara de a Nova República, que haveria de ser democrática e social, e haveria de concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria, assim que assumisse a presidência da República.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p 90-91.

²³ “O maior mérito desse governo efetivamente residiu em cumprir uma das principais promessas de campanha de Tancredo Neves, que era possibilitar uma nova ordem constitucional para todo o povo brasileiro.” OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.p.74.

²⁴ “Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.” (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2000, p.34.)

²⁵ Art. XVI- Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução.

²⁶ A Corte Internacional de Justiça (CIJ) considera que as convenções de direitos humanos não são tratados no sentido tradicional e que o homem pode recorrer a elas perante os seus tribunais internos se não estiverem sendo respeitadas.

Porém, no Brasil o entendimento a respeito das Convenções consolidou-se com o parecer do Consultor-geral da República, aprovado pelo Presidente da República em 1968 onde foi adotada a tese de que as convenções de direito uniforme são aplicadas entre brasileiros, e baseado neste parecer, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no. 71.154 decidiu de acordo com a tese apontada.

²⁷ Art. 17. Proteção à família – 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher de 1979²⁸.

De fato, as constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país²⁹.

Entretanto, espelhando-se nas atuais tendências, uma das variações da Constituição de 1988 que adota técnica mais moderna, em relação ao texto tradicional de 1969 foi justamente a enumeração dos direitos e garantias fundamentais antes do tratamento da estruturação do Estado. E, logo em seu primeiro artigo dispõe sobre o Estado Democrático de Direito e Dignidade da Pessoa Humana³⁰.

Após, em seu artigo 3º informa que um dos objetivos fundamentais do Estado é constituir uma sociedade justa sem qualquer forma de discriminação, para mais a frente, no artigo 5º, expor que todos são iguais perante a lei.

Esses aspectos são fundamentais para se entender a nova ordem vigente que adotou expressamente alguns princípios basilares na sua estrutura, sem os quais em nada se distinguiria dos textos anteriores.

E para melhor aproveitamento do tema, é oportuna a análise de alguns destes princípios separadamente.

2.1.1 - Princípio do Estado Democrático de Direito.

²⁸ Art. 15.1- Os Estados –Partes reconhecerão à mulher a igualdade com o homem perante a lei.

²⁹ "A primeira Constituição no mundo a submeter e positivizar, os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824 (...) já a constituição de 1891 abriu a Seção II do Título IV com uma *Declaração de Direitos*(...) basicamente pois, a declaração de direitos da constituição de 1891 contém só os chamados direitos e garantias individuais. Essa metodologia modificou-se a partir da Constituição de 1934, que, como as sucessivas, fora a Carta ditatorial de 1937, abriu um título especial para a Declaração de Direitos, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos (...)a constituição de 1946 trouxe título IV sobre a Declaração dos Direitos, com dois capítulos: um sobre nacionalidade e Cidadania e outro sobre Direitos e Garantias Individuais. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p 174-175.

³⁰ Com a mudança dos tempos e a efetivação dos direitos fundamentais, outros valores se levantaram. Entre nós, a Carta Política de 1988 representou a positivação das novas conquistas sociais. Em todas as relações pessoais, agora se sobressai a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo de nossa constituição (art. 1º, III). SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 29.

Este princípio encontra-se disposto no art. 1º da Constituição de 1988 e é extremamente relevante o fato da nova Constituição trazer expressamente em seu texto um princípio democrático.³¹ De fato, marca-se uma nova fase constitucional.

A respeito do tema, José Afonso da Silva afirma que:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.³²

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos, esclarece que:

Em boa hora a Constituição acolhe estes dois³³ princípios: o democrático e o estado de direito, pois como visto, o princípio republicano, por si só, não se tem demonstrado capaz de resguardar a soberania popular, a submissão do administrador à vontade da lei, em resumo, não tem conseguido preservar o princípio democrático nem o do Estado de Direito.³⁴

Não resta dúvida que este princípio terá o condão de limitar a ação do Estado frente aos ditames da lei e aos direitos da sociedade.³⁵ Desta forma, o Estado age segundo a lei,

³¹ Neste sentido, José Afonso da Silva complementa: "A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza, há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício." SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 123/124.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 116.

³³ Estabeleceu a constituição dois princípios ou na realidade o Estado democrático e o Estado de Direito significam a mesma coisa? Esta resposta pode ser dada através das seguintes palavras de Canotilho e Vital Moreira: "este conceito é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; O Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado de direito." Constituição da República portuguesa anotada, 2. ed., 1984, v 1. p73, citado por Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1999. p156.

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1999. p156.

³⁵ "Os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformam o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos." BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1999. p157.

jungido à lei e visando o bem estar social, tendo em vista que em uma democracia todo poder emana do povo, portanto, quem o assume, o faz em nome deste.

Neste sentido, José Afonso da Silva complementa:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei (...) significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.³⁶

2.1.2 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana é um assunto de ordem global, pois em todas as sociedades há a crescente preocupação com o bem estar social. Este princípio leva necessariamente à abordagem da pessoa, dos direitos humanos e da dignidade que apresentam em comum, o fato de terem conceitos com reflexos globais e definições sem a clareza que o tema impõe.

Quanto à pessoa humana, o autor Guilherme Calmon assume que: "um ponto nevrálgico se refere ao conceito de pessoa humana, que não é universal diante das várias comunidades existente no globo terrestre"³⁷.

O mesmo autor acrescenta:

Com a evolução dos tempos solidificou-se a moralidade universal de que a pessoa humana é dotada de dignidade, atributo que a distingue das coisas, daí a ausência de ser valorada patrimonialmente, o que se verifica no sentido contrário relativamente às coisas³⁸.

Trata-se portanto, de tempos modernos pois nem sempre o homem era sinônimo de pessoa natural, e muitas vezes possuía valor patrimonial, nas palavras do Professor Caio Mário: "No direito romano o escravo era tratado como coisa era desprovido da faculdade de

³⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 125.

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.128.

³⁸ *Ibid*, p.126.

ser titular de direito, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, e não de seu sujeito."³⁹

A pessoa humana, até então vista como sujeito de direito impessoal após a Constituição de 1988 passa a ser considerada sujeito informador de todo o direito. Este fato dá ensejo ao fenômeno da repersonalização do Direito, que reflete no Direito de Família, onde esta abandona o já ultrapassado aspecto patrimonial para privilegiar o aspecto afetivo.

Outra questão tormentosa é quanto ao conceito de Direitos Humanos, que por sua vez, são diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana. Diversos autores divergem a respeito e muitos chegam a afirmar que defini-lo seria limitá-lo, inutilizando seu sentido de estender direitos inerentes à dignidade da pessoa humana a todos.⁴⁰

Segue-se a sugestão do Professor Celso D. de Albuquerque Mello e aponta-se a definição de Louis Henkin:

Direitos Humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas "reivindicações" morais e políticas, que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo.⁴¹

Há ainda, uma crítica freqüente da expressão direitos humanos ou direitos do homem, onde na verdade não deveriam ser "direitos", pois na condição de ser humano eles já são inerentes.

Quanto ao terceiro elemento do princípio ora apresentado, qual seja, a dignidade, o professor Guilherme Calmon esclarece que:

No mundo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é realçada pelo traço distintivo relativamente às coisas, pois estas têm preço, ou valor patrimonial, ao passo que as pessoas não têm preço, mas sim, dignidade. A dignidade é, portanto, valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral. Não há dúvida que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é o foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imperioso harmonizar a

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998 p. 142, v. 1.

⁴⁰ O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 153.

⁴¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 771.

dignidade da pessoa humana ao progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas, e não o inverso⁴²

Acrescentando conhecimento sobre o tema, as palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto humanos.⁴³

No entanto, para o conceito de dignidade de pessoa humana, o professor Guilherme Calmon apresenta a importante conceituação segundo Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante de desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover as participações ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴⁴

É de fácil conclusão que a inclusão deste princípio em uma Constituição democrática é questão de extrema importância. Entretanto, não se pode olvidar que a positivação pode trazer uma falsa idéia de segurança, nas palavras de Fábio Konder Comparato:

Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não estejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional sob a denominação de direitos

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.131.

⁴³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p.48.

⁴⁴ *Apud.* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.134.

fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos.⁴⁵

Pode-se tratar como fundamento mais profundo as palavras de Guilherme Calmon, onde ressalta que:

A dignidade da pessoa humana precede ao Direito e, logicamente, não deve ser apenas reconhecida quando determinada ordem jurídica a prevê expressamente. Daí a conclusão segundo a qual, mesmo que não exista previsão expressa na normativa jurídica a respeito do atributo intrínseco à pessoa humana, sempre deverá ser assegurada a dignidade da pessoa humana, especialmente a partir da tutela de vários bens jurídicos que se vinculam à dignidade, como a vida, a integridade física, a higidez moral e psíquica, a intimidade, e diferentes graus.⁴⁶

Observa-se que há interferência direta deste princípio nas relações familiares, conforme ressalta o professor Gustavo Tepedino:

Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção à família atribuída ao Estado pelo ar. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no sócioal.⁴⁷

O mesmo autor, mais à frente, acrescenta:

A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revês não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.⁴⁸

⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 2004, p 58.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.138.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

⁴⁸ *Ibid*, p. 355.

Não resta dúvida, porém, que a positivação, principalmente em sede constitucional traz tratamento de normas para este princípio e demonstra a intenção democrática do Estado que a princípio levará ao bem estar social almejado por todos.

2.1.3 - Princípio da Igualdade.

“A igualdade constitui o signo fundamental da democracia”⁴⁹, portanto, não poderia deixar de estar presente na Constituição de 1988.

Durante longos períodos os textos constitucionais têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei. A Constituição vigente não foge a esta regra ao tratar no art.5º que todos são iguais perante a lei.⁵⁰

Entretanto, traz inovação⁵¹ ao reforçar⁵² este princípio no sentido da igualdade material que será a tradução da isonomia material, ou seja, irá mencionar também, por exemplo, a igualdade entre homens e mulheres e acrescentar vedações a distinções e

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 214.

⁵⁰ A observância da norma constitucional contida no artigo 5º, inciso I, da Constituição brasileira – acerca da isonomia entre homens e mulheres em direitos e obrigações – também se revela indispensável e obrigatória em relação ao companheirismo, o que impede qualquer distinção entre companheiro e companheira no que tange aos direitos e deveres oriundos do vínculo familiar. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.411

⁵¹ No sentido do texto: “A igualdade entre homens e mulheres. Essa igualdade já se contém na norma geral de igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (art. 3º, IV e 7º, XXX). Mas não é sem conseqüência que o constituinte decidiu destacar em um inciso específico (art. 5º, I) que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...) Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações (...) Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”. E acrescenta:

“ Só valem as discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher, como por exemplo, a aposentadoria da mulher em menor tempo de serviço e idade que o homem.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 220.

⁵² Afirma-se comumente, que a Constituição enuncia a igualdade formal e a substancial; a primeira seria expressão de uma revolução praticamente realizada, a segunda, ao contrário, de uma revolução “prometida”. Pela primeira, os cidadãos têm “igual dignidade e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais”; pela segunda, é “ tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impendem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetuaava participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p.44.

discriminações de qualquer natureza, além de tratar também e especificamente da igualdade entre marido e mulher através de formulação específica no artigo 226, § 5º⁵³.

Encerra-se assim, o “reinado” da família hierarquizada, onde o homem a representava (artigo 233, I, Código Civil de 1916) e inicia-se uma fase de igualdade e colaboração entre os cônjuges. Elimina-se a família patriarcal e autoritária.⁵⁴

O mestre Orlando Gomes aborda esta nova visão da família através da retração, considerada por ele como sendo um dos diversos rumos de sua transformação e assim dispõe: “A retração observa-se na substituição da família patriarcal, existente apenas nos retratos e bodas de ouro pela família conjugal constituída do pai, mãe e filhos menores.”⁵⁵

Assim, o Princípio da Igualdade na qual possui a premissa de igualdade de tratamento para os iguais terá reflexo, como dito, no âmbito do Direito de Família, e assim, todas as espécies de família consideradas pela Constituição Federal deverão possuir igualdade de tratamento. Este aspecto é enfatizado pelo professor Guilherme Calmon:

Quanto aos efeitos externos da família matrimonial inexistente possibilidade de qualquer distinção, sob pena de se violar o princípio isonômico reconhecido constitucionalmente. Assim, por exemplo, se a lei cria novo benefício previdenciário em favor dos cônjuges, a cargo do Estado, sem que seja também reconhecido tal benefício aos companheiros, tal lei será reputada inconstitucional por negar a especial proteção à família expressamente reconhecida, inexistindo

⁵³ E, relativamente aos homens e mulheres casados- especialmente no que toca ao exercício dos direitos e deveres matrimoniais -, o artigo 226.º5º, do texto constitucional, prevê a igualdade plena, especializando ainda mais princípio isonômico. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.406.

Ainda a respeito do parágrafo 5º, o autor Celso Ribeiro Bastos afirma que: “as correntes feministas impuseram o dispositivo. Considerando-se inferiorizadas por constar do direito anterior que o homem seria o chefe da sociedade conjugal, na busca de equiparação de direitos, exigiram e conseguiram que os constituintes, na sua maioria do sexo masculino, acolhessem a igualdade no exercício dos direitos inerente à sociedade conjugal. A realidade – mais do que a legalidade- é que, na vida conjugal, determinará quem, por força de um caráter mais forte e dominante, exercerá, de fato, a chefia dessa sociedade. Tenho inclusive, sérias dúvidas e que essa matéria devesse ser regulada numa constituição, na medida em que a vida conjugal e os direitos dela decorrentes dizem muito mais respeito à privacidade e intimidade do lar e do casal que às intromissões do constituinte. A matéria é muito mais de direito ordinário, no concernente aos aspectos externos do casamento”. MARTINS, Ives Gandra e Celso Ribeiro Bastos. *Comentários à constituição do Brasil*, 2. ed. . São Paulo: Saraiva, 2000, p 1026. v. 8.

Em contraposição a este argumento, Orlando Gomes aponta com propriedade que :”Se na prática autoridade será exercida, de fato, pelo cônjuge de vontade mais forte, como acontece nos sistemas que conservam o poder marital, é questão que ao Direito não interessa, nem sua função consiste em educá-los para que vivam ou convivam em plena harmonia.”. SOARES, Orlando Gomes. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, p. 25.

⁵⁴ Nas palavras de Pontes de Miranda que em obra datada de 1939 já dispunha: “No direito de família, é fácil mostrar-se e decréscimo de despotismo do marido e do pai de família.” MIRANDA, Pontes. *Direito de Família*, tom I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1939, p. 39.

⁵⁵ SOARES, Orlando Gomes. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, p.12.

elemento de discriminação razoável para negar o mesmo benefício no campo da família não-fundada no casamento.⁵⁶

Observa-se que o Princípio da Igualdade exige algumas diferenciações justas para garantir a igualdade material⁵⁷. A respeito do tema, Alexandre de Moraes acrescenta que:

O Princípio da Igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.⁵⁸

Diante deste tratamento isonômico flagrado em vários artigos, é de fácil conclusão que uma constituição cidadã⁵⁹ não poderia deixar de observar as realidades sociais e injustiças perante o tratamento das famílias⁶⁰.

Para tanto, impõe-se o caráter promocional⁶¹ destes princípios, ou seja, qualquer norma infraconstitucional deve observá-los, sob pena de vício de inconstitucionalidade material.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 408-409.

⁵⁷ Neste ponto, pode-se destacar a norma do Código de Processo Civil que como medida protetiva da mulher, trata da competência do foro da residência. Entretanto, para alguns autores, esta medida protetiva, nada mais é do que medida discriminadora e violadora do Princípio Constitucional da Igualdade. A respeito da controvérsia, Alexandre Câmara analisa: “Art. 100, I, do Código de Processo Civil (...) Pode ser encontradas manifestações no sentido de que tal dispositivo permanece incidindo, por ser uma garantia da isonomia, já que seria a regra capaz de assegurar uma igualdade substancial (e não meramente formal) entre os sexos (...) Em sentido contrário à manutenção do dispositivo, a melhor doutrina, a nosso sentir, com razão, uma vez que não pode haver, em razão do sexo, privilégio criado por norma infraconstitucional.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: E. Lúmen Iures, 1999, p.87, v. 1.

⁵⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2000, p.62.

⁵⁹ “É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

⁶⁰ Hodiernamente, o rol de matérias elencadas nos textos constitucionais vem sendo alargado, extrapolando as questões relativas à estrutura do Estado, à organização dos poderes, ao modo de exercício do poder e aos direitos e garantias do homem. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.47.

⁶¹ Com o passar do tempo, os estudos jurídicos foram intensificados e o legislador deixou de atuar de maneira genérica e neutra e passou a definir os objetivos de política legislativa. Assim, os comportamentos que atendam às prioridades traçadas, transformando-se de mero repressor do ilícito em agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se nomeou de função promocional do direito.

2.2 - A Família na Constituição Federal de 1988.

2.2.1 – Novos parâmetros da família.

Percebe-se que já não se pode estruturar e consagrar uma Constituição com base em igualdade, dignidade, justiça e solidariedade sem abordar e solucionar a questão das famílias que não eram fruto de casamento e que, até então, viviam sem reconhecimento, à margem da lei.

Seria inaceitável que com a proposta de mudança constitucional, o constituinte mais uma vez não atentasse para realidade, afinal, como retrata Pietro Perlingieri:

O direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas, necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens.⁶²

A Constituição, portanto, como organizadora da paz social e dos princípios fundamentais não poderia por mais uma vez abster-se de incluir as transformações no âmbito familiar em seu conjunto seja através de norma, seja através de princípios expressos ou implícitos.

Ultrapassadas duas guerras mundiais, a revolução de 1930, o período Vargas, a ditadura militar, o movimento estudantil, o movimento hippie, a revolução sexual e a inserção da mulher do mercado de trabalho, a elaboração de uma nova carta constitucional é o momento propício para a positivação e aceitação das novas famílias que integram a sociedade.

Desta forma, foi forçoso ao constituinte da década de 80 abraçar as diversas formas de família existentes e não consagradas como tal no texto anterior.⁶³ E mais ainda, foi necessário aceitar não somente as novas formas de família, mas os novos parâmetros para a

⁶² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p..01.

⁶³ “O tratamento constitucional dado à família pelas Constituições passadas seguia ideologia carregada de fundo preconceituoso e conservadorista, com o dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial – atrelado à paz familiar – sendo indiscutível e absoluto GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.54.

instituição matrimonial, tendo em vista que esta também sofre diretamente os reflexos e influências dos novos padrões sociais.

Convém ressaltar que o novo texto constitucional, em momento algum pode possuir o título de criador de novas instituições familiares. Na realidade, o texto apenas constitucionalizou o que os fatos clamavam por regulamentação e que há tempos eram objeto de análises doutrinárias e constantes discussões jurisprudenciais, mas que até então, no âmbito legislativo, permaneciam guardados no esquecimento.⁶⁴

Enriquecendo considerações sobre o tema, Rui Viana esclarece que:

A instituição existe, a despeito da omissão do sistema jurídico em criá-la ou reconhecê-la. Presentes os vínculos de solidariedade entre os nela engajados, buscando a finalidade comum: união das vidas, criação e educação de prole, atividade econômica, partilha do teto comum, tudo sobre direção orgânica, eis aí a instituição caracterizada.⁶⁵

Evidente que como realidade fática que é, a família apresenta também evolução diretamente relacionada à economia e à sociedade. No entanto, esta evolução raramente é acompanhada pela norma que a rege.

De nada adianta se observar faticamente a existência de uma instituição como família, se a norma a desconsidera e conseqüentemente não confere a especial proteção que o Estado através de positivação constitucional fornece às famílias normatizadas.

A afirmação acima ganha respaldo nas palavras do Professor José Sebastião, onde dispõe que até a Constituição de 1988:

Desenvolveu-se um novo Direito de família à margem da sistematização do Código Civil, que conserva o padrão de uma estrutura hierarquizada do marido obrigado a sustentar a mulher e prover à manutenção da família, assisti-la, socorrê-la, arcar com todas as despesas de educação dos filhos etc.⁶⁶

⁶⁴ Essa realidade social existe dentro do Estado, subsiste à margem do Direito que não cria tal realidade social, mas a delimita e qualifica segundo ideologia fundante, de tal sorte que já se disse ser sua disciplina legal uma construção necessariamente reconstrutiva; o direito trabalha com os conceitos preexistentes que procura organizar. VIANA, R. et al. (Org). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.46.

⁶⁵ CAMARGO G. et al. (Org). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.47.

⁶⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

A este entendimento acrescenta-se que se desenvolveu um novo direito de família à margem não somente do Código Civil, mas também da Constituição Federal, pois qualquer código deve primordialmente seguir os princípios informativos do Estado ao qual pertence que por sua vez estão delimitados na Carta Constitucional. Portanto, objetivando encerrar este período de distanciamento social, e estar à frente dos novos valores⁶⁷.

A Constituição de 1988 afastou a incidência dos princípios conservadores do nosso Código Civil, instalando um sistema de novos princípios e novos critérios interpretativos para avaliar as relações familiares. Pode-se, portanto, dizer que é na Constituição Federal que se encontra, hoje, apoiado o nosso sistema de Direito de Família.⁶⁸

O constituinte assumiu uma grande alteração e embora, como dito, haja novo tratamento quanto às relações matrimoniais, talvez a maior evolução quanto ao Direito de Família tenha sido o reconhecimento constitucional⁶⁹ dos vários tipos de família⁷⁰, destacando-se a sua pluralidade, inclusive reconhecendo a união estável, objeto do presente estudo.

Assim, a família constitucionalmente prevista no texto é reconhecida sob duas espécies além do casamento: a família proveniente da união estável e as famílias monoparentais. “Em síntese, de um modelo único, os destinatários das normas constitucionais ganhariam caminhos a serem, com a mais ampla liberdade, seguidos, segundo suas conveniências”.⁷¹

As inovações trazidas pela Constituição de 1988 no âmbito do Direito de Família, contemplam-se basicamente no art. 226, que dispõe:

⁶⁷ Era imprescindível, já que tardiamente, que o direito disciplinasse as relações “constituídas ou não segundo o “modelo oficial”, sendo que não se poderia mais tolerar sua omissão e ignorância não raras vezes propositais, que levavam “ ao menosprezo esses novos aspectos das relações familiares, sob o falso fundamento de que constituem matéria estranha à sua órbita.” OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

⁶⁸ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 21.

⁶⁹ O que se observa é que a Constituição Federal de 1988 confirma, de vez, uma evolução de estrutura constitucional em termos de logicidade textual, o que é reflexo inegável da ordem democrática em que fora inspirada, além dos evidentes valores extraídos da Declaração Universal dos Direitos do Homem”. REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.5.

⁷⁰ Assim, em boa hora sobreveio a Constituição Federal de 1988, que, indubitavelmente, é um marco na evolução do Direito de Família no Brasil. Para não dizer apenas em relação ao companheirismo, conforme amplo e irrestrito reconhecimento doutrinário, mas também em outras questões envolvendo as relações familiares. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.54.

⁷¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.87.

Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º O casamento religioso tem efeito civil.

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

§4º Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Assim, a nova Carta Constitucional passa a abordar não só diferentes tipos de famílias, mas também, novos princípios informadores sobre este ramo do Direito tão relevante. A diversidade de princípios leva muitos autores a considerarem um vasto número deles que tratam sobre o tema, isto porque cada um capta os que melhor lhe parecem inovadores e norteadores⁷².

⁷² Carlos Alberto Bittar enumera os seguintes princípios constitucionais como informadores do Direito de Família: o da família como base da sociedade, o do casamento como elemento formador da família; o da igualdade das partes na sociedade conjugal; o da dissolubilidade do vínculo matrimonial; a identificação de direitos fundamentais da criança, do adolescente e do idoso; o da igualdade de direitos entre filhos; o da proteção à entidade familiar, assim considerada a união de pessoas de sexo oposto sem casamento, ou a de qualquer pai, ou mãe, com o filho. Apud: SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 21/22.

Sobre este tema: na Constituição Federal, encontramos princípios específicos para o “setor” do Direito de família, que podem ser subdivididos em duas classes: a primeira relativa à garantia dos membros da família no que pertine ao respeito de as liberdades, livre de ingerências indevidas, seja de terceiros, seja do próprio Estado (direitos à liberdade); a segunda, como direitos dos membros da família em frente do próprio Estado, na busca da efetividade dos direitos que lhes são garantidos constitucionalmente (direito à educação, saúde etc.) OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.273.

O fato é que alguns doutrinadores apontam princípios demais, outros de menos. Isto porque muitos deles podem estar implícitos, não possuindo tanta relevância por estarem contidos na interpretação de outros já citados. Sem dúvida, porém, a base da nova ordem quanto à família pode ser traduzida na:

- a- Igualdade de direitos entre homem e mulher;
- b- Absoluta paridade entre os filhos, independente da origem;
- c- Prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal;
- d- Aceitação da união estável e do grupo formado por um dos pais e aos descendentes como entidade familiar.

A respeito das inovações constitucionais, Gustavo Tepedino pondera que:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada, a dignidade de seus membros, em particular, no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.⁷³

Hoje se pode afirmar que a família apresenta-se como o lugar do desenvolvimento da personalidade dos seus membros, como perseguidora de realização pessoal, esfera de intimidade e afetividade entre as pessoas através do respeito e da igualdade inseridos no lar familiar.

A Constituição Federal aborda claramente a igualdade dos direitos dos cônjuges⁷⁴ que nada mais é do que o reflexo da igualdade entre homem e mulher contido no art. 5º, inciso I, conforme abordagem no capítulo anterior.

Este direito fundamental foi expressamente estendido ao §5º do artigo 226, trazendo reflexo nas questões referentes às decisões quanto a criação dos filhos e impondo autoridade também para mulher, anteriormente inexistente. Não se trata aqui de retirar a

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 349.

⁷⁴ “Rompe-se aqui com a regra tradicional de que no casamento (=sociedade conjugal) prevalecia o marido como cabeça do casal. Hoje, marido e mulher estão plenamente equiparados em direitos e obrigações na vigência do casamento. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.106.

autoridade do pai, o que é excluído de vez é o autoritarismo da relação familiar que funda-se agora no amor.

A Constituição inovou também ao trazer em seu texto a paridade entre os filhos encerrando, finalmente, a discriminação entre os filhos adulterinos, incestuosos (concebidos entre parentes próximos) que o próprio Código Civil de 1916 discriminava.⁷⁵

Esta discriminação absurda, vigente até então, possuía fundamentos para a sua positivação, conforme se constata com a transcrição a seguir:

Sempre em nome da paz doméstica, o Código Civil negava qualquer proteção ao filho adulterino que, amparado pelo legislador especial, com a promulgação da Lei nº. 883/49, terá, ainda assim, o se reconhecimento condicionado à dissolução da sociedade conjugal ou, mais recentemente, nos termos da Lei nº. 7250/84, à hipótese de separação de fato por mais de cinco anos. Note-se, também aqui, a supremacia do vínculo familiar legítimo sobre a pretensão da dignidade do filho (desgraçadamente) extraconjugal.⁷⁶

Sobre o tema, o professor José Sebastião dispõe:

Proibia-se o reconhecimento dos filhos adulterinos (havidos à margem do casamento e com infração ao dever de fidelidade) e incestuosos (concebidos entre parentes próximos). Embora isso não ocorresse com os naturais nascidos sem que os pais estivessem casados. Havia como se nota uma “classificação” que enquadrava os filhos nascidos fora do único padrão de família, ou seja, do casamento.⁷⁷

A Constituição, finalmente, tratou da questão e encerra a discriminação sofrida pelos filhos, que eram penalizados pela irresponsabilidade dos pais. O mesmo autor citado acima, acrescenta:

O constituinte pôs fim a uma das maiores heresias prestigiadas pelo CC, ou seja, à “punição” dos filhos não havidos na constância do casamento, por evento natural em relação ao qual não possuíam nenhuma responsabilidade. Alijou-se, de

⁷⁵ Art. 229 Código Civil de 1916 – “Criando a família legítima o casamento legítima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.”

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 339.

⁷⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 251.

O autor ainda destaca que: o texto constitucional e 1937, em seu art. 126, facilitou o reconhecimento dos filhos naturais, assegurando-lhes igualdade com os legítimos, impondo-lhes os mesmos direitos e deveres dos legítimos. Todas as demais constituições a partir de 1937 silenciaram a respeito da igualdade da filiação, o que legitimava a discriminação imposta pelo Código Civil.

vez, a diferenciação dos filhos através de expressões discriminatórias (ilegítimo, adúltero, espúrio, incestuoso etc.).⁷⁸

Embora tardiamente, finalmente inseriu-se o filho não nascido de relações matrimoniais numa família com os mesmo direitos e mesmos deveres de qualquer filho advindo de um casamento.

A Constituição aponta também através de princípios a prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal encerrando a importância patrimonial que o Código Civil da época ainda trazia, mas que na realidade familiar, já não mais encontrava abrigo.

Este fator é denominado como a repersonalização das relações familiares e afasta a idéia do patrimônio como orientador da família onde essa se forma pela afetividade, pondo fim a infeliz idéia do não reconhecimento do filho advindo fora do casamento que por sua vez, dentre outras razões, era excluído por ter direitos patrimoniais na qualidade de filho e ao afetar o patrimônio, afetaria também a paz matrimonial.

O professor Gustavo Tepedino aponta três traços fundamentais em matéria de filiação na Constituição de 88, são eles:

1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos, 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos, 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores.⁷⁹

A consequência imediata da igualização dos filhos para as novas famílias é sem dúvida o resgate da dignidade de seres humanos, relegada a segundo plano pelo Código Civil e legislações que lhe seguiram e que, no entanto foi ressaltada pelo novo texto constitucional.⁸⁰

A família passa a ser tratada como responsável pela realização da personalidade de seus membros, principalmente dos filhos e passa também a desempenhar a função social da família - na qual terá como meta “viabilizar a constituição e desenvolvimento das melhores

⁷⁸ *Ibid*, p 253.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 392.

⁸⁰ Após a vigência da Constituição Federal de 1988, foi editada Lei 8069/90 que disciplina o Estatuto da criança e do adolescente, regulando os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Em 1992, foi editada a lei 8560/92 que regula investigação oficiosa da paternidade.

potencialidades humanas, a de atuar em prol do aperfeiçoamento das instituições sociais com aspecto marcadamente funcional e instrumental”.⁸¹

Além dessas inovações, outras duas também chamam atenção pela urgência e necessidade de positivação. Trata-se da aceitação da união estável e do grupo formado por um dos pais e seus descendentes como entidade familiar, além do casamento. Foi motivo de aplauso trazer expressamente a pluralidade de famílias para o texto constitucional, aproximando o mesmo da realidade fática.⁸²

Entretanto, importante ressaltar que o aspecto da pluralidade de família trazida pela Carta de 88 fez reacender para os conservadores diversas indagações a respeito do futuro da família. Michelle Perrot, sobre as alterações do ambiente familiar e dos modelos de família, questiona: “Isso significa que a família está morta”? A mesma, com propriedade responde:

Certamente não”. Para começar, de uns anos para cá, ela dá sinais de estabilização. Além disso, a crise econômica, de um lado, e a Aids, de outro, são fatores de consolidação das famílias e dos casais. Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho.⁸³

Este entendimento é reforçado por Lourival Serejo que a cita ao afirmar que:

Ao contrário do que alguns pensam a instituição família contínua prestigiada em nosso ordenamento jurídico e, principalmente, na Constituição, quando a reconhece como base da sociedade e lhe assegura especial proteção do Estado (art. 226). As mudanças em sua estrutura, em sua dinâmica interna, não retiraram da família a sua força jurídica.⁸⁴

E ainda ressalta:

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Separação de Fato e Ética no Direito de Família. A ética da convivência familiar sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. PEREIRA, T.S.P.; PEREIRA, R.C. (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.79.

⁸² “A norma jurídica deve estar em constante estado de aderência aos fatos e aos valores sociais, já que seu escopo é realizar fins úteis e justos. diz-se que a norma constitucional é semanticamente eficaz quando está em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos conferidos pelos seus destinatários. A norma, nessas condições, é adequada à realidade e aos valores sociais. Essa adequação leva à obediência ao cumprimento da norma, porque nela a sociedade reconhece efetiva correspondência com o querer coletivo. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 4.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 70.

⁸³ Apud: SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1999, p. 32.

⁸⁴ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 34-35.

Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis das suas características, já que estão presentes em grande maioria das famílias atuais, são as seguintes: tendência desinstitucionalizante e despatrimonializante, valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos, desbiologização do conceito de paternidade, guarda dos filhos a terceiros, companheirismo, democracia interna mais acentuada, instabilidade, mobilidade, inovação permanente.⁸⁵

Essas características, sem dúvida, foram consideradas pelo constituinte ao normatizarem a chamada família monoparental e as uniões estáveis.

As famílias monoparentais⁸⁶ são aquelas compostas por filhos e pais separados ou divorciados que, por pura escolha, optavam por formar um núcleo familiar diferenciado do casamento ou por circunstâncias alheias à vontade humana (separação, divórcio, morte) se viam diante desta situação, o que torna a questão ainda mais complexa.

Na relação entre um pai e um filho sozinhos ou de uma mãe sozinha com sua prole, havia afetividade entre eles, respeito, laços sanguíneos, quando não se tratava de adoção e até então, não havia família. Em boa hora, a situação mudou de foco e reconhece-se nesse núcleo uma família.

Sobre o tema, o professor Gustavo Tepedino afirma:

Dito diversamente, altera-se o conceito da unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos - tendo por origem não apenas o casamento - e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁸⁷

A outra inovação, já descrita diz respeito ao novo tratamento dado ao casamento e do reconhecimento da união estável, ou seja, a união entre homem e mulher sem a formalidade do casamento como família. Estes aspectos serão tratados em tópicos à parte.

⁸⁵ Apud: SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 33.

⁸⁶ “O texto constitucional procura refletir a realidade social, frente ao crescente número de famílias monoparentais: “ organizações consideradas até pouco tempo “incomuns” envolvem hoje milhares de brasileiros. São 3,2 milhões de mães solteiras: 1,7 milhão criam seus filhos sozinhas e 1,5 milhões na casa dos pais. Separados ou viúvos com filhos são 6,1 milhões; 2,1 milhões de solteiros com mais de 40 anos ainda moram com os pais”. Caderno especial da folha de São Paulo sobre família de 20 de setembro de 1998. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112 .

⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 350.

2.2.2 - O casamento na Constituição Federal de 1988.

Já foi explicitado que a constituição de 1988 trouxe novos parâmetros e valores para o campo do Direito de Família, inclusive reconhecendo novas modalidades de família. Ocorre que todos os valores inseridos na nova Carta refletiram também no tratamento do casamento.

Já foi dito anteriormente no corpo deste trabalho que a Constituição de 1969 através da Emenda nº. 9⁸⁸ publicada em 9 de junho de 1977, estabeleceu a dissolubilidade do casamento, incorporando o divórcio ao ordenamento jurídico.

No texto da Emenda, o divórcio era admitido após o prazo de três anos de separação judicial. A atual Constituição reduziu este lapso temporal para um ano após separação judicial ou dois anos após a separação de fato comprovada, sem a necessidade de qualquer motivo para justificá-la.

Embora a redução do lapso temporal ao longo tempo tenha se mostrado necessária, a fim de garantir mais rapidamente a dissolução do matrimônio entre os ex-cônjuges, há críticas da doutrina mais conservadora quanto a esta nova norma. Neste sentido, Ives Gandra Martins:

A Constituição de 88 albergou o divórcio nas circunstâncias mencionadas, o que vale dizer, consolidou o direito dos pais de pensarem mais em si mesmos do que nos filhos que geraram e de que seria sua responsabilidade cuidar. E os casamentos, hoje, em grande parte, tendo a porta escancarada para seu desfazimento, não são estáveis como eram no passado.⁸⁹

Evidentemente, esse entendimento não reflete a orientação da maior parte da doutrina e deve ser lido, com a devida vênia, com restrições, pois a norma não impõe o divórcio, apenas permite a dissolução mais rápida do matrimônio àquele que não mais convive bem com a realidade concreta de seu casamento e quer dissolvê-lo, para inclusive,

⁸⁸ Emenda nº.9 de 1977: “Art. 1º: O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

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

Art. 2º - A separação, de que trata o §1º do art. 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”Esta Emenda foi regulamentada pela Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977.

⁸⁹ MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição o Brasil*. v. 8. São Paulo: Saraiva, 2000, p.1032.

poder assumir novamente estes laços com uma outra pessoa. A norma não terá o poder de influir na consciência de cada um, levando ou retirando a responsabilidade pelos atos conscientemente praticados, principalmente em se tratando de um ato voluntário como a instituição ou dissolução do matrimônio.

Além de encurtar o prazo para a dissolução do casamento, a Constituição vigente trouxe outra inovação. Antes do atual texto, o divórcio apenas era admitido uma única vez. Hoje não há mais este limite, ao contrário, o instituto pode ser requerido ilimitadas vezes.

Outro novo parâmetro que a Constituição de 1988 trouxe para o Direito de Família e que reflete diretamente no casamento é a igualdade dos sexos. Esta igualdade expressamente prevista encerra a fase na qual o marido possuía todo o poder familiar e representava a família. Não há mais a figura do chefe da sociedade conjugal, mas sim, uma sociedade democrática, na qual todos os entes se completam e não mais se subordinam.

Ressalta-se também que o afeto e o respeito dos pais em relação aos filhos são inseridos de vez nas relações familiares como componentes fundamentais provando que:

A realização do indivíduo tem supremacia sobre a instituição matrimonial, na ótica do constituinte e de que o conceito de unidade familiar não mais se confunde com a unidade matrimonial, sendo esta instrumento para a tutela da pessoa humana.⁹⁰

A inserção desta nova realidade afetiva é também refletida no que tange à separação de fato. Como se sabe e o próprio nome aponta, há uma realidade fática diversa da realidade formal, assim, tem-se que um casal não mais convive com *affectio maritalis*, embora ainda sejam casados perante a lei tendo em vista não ter ocorrido separação judicial ou divórcio.

Nestes caso, aquele que encontra-se em estado de separado de fato, casado está. E assim, adotado o pensamento do constituinte de 1969, comunicam-se os bens adquiridos neste ínterim e caso haja falecimento de um dos dois neste período, haverá direitos sucessórios entre eles.

Ora, mas se o matrimônio pressupõe primordialmente, de acordo com os novos princípios, a afetividade em detrimento do patrimônio (o ser em detrimento do ter), se

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 552.

houve uma separação de fato⁹¹ e o afeto não mais existe, a consequência lógica seria também não mais existir aspectos patrimoniais entre eles durante o período de afastamento.

A idéia é de que:

O patrimônio comum do casal, pois, deve ser considerado composto e definido quanto aos bens suscetíveis da partilha futura, sob condição suspensiva do trânsito em julgado da separação, no momento da decisão que determinou a separação cautelar de corpos. (...) é fundamental que se reconheça que os bens adquiridos individualmente, a título oneroso ou gratuito, por um dos cônjuges durante a separação de fato não mais se comunique ao outro, sob condição suspensiva da dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação judicial, divórcio ou mesmo invalidação do casamento).⁹²

A jurisprudência, assumindo os novos valores constitucionais do casamento, reconhece a incomunicabilidade dos bens adquiridos durante a separação de fato justamente por considerar a inexistência da *affectio societatis* que afasta de pronto a conjugação de esforços e consequentemente a comunicabilidade dos bens. Com este entendimento atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa no que tange às situações jurídicas patrimoniais dos cônjuges no período de rompimento fático da família.

Tamanha a repercussão dos casos jurisprudenciais nos sentido acima descrito que a respeito da sucessão do cônjuge, o art. 1830 do Código Civil de 2002, exige que para o cônjuge se torne herdeiro deve inexistir separação judicial ou de fato há mais de dois anos, exceto se o sobrevivente provar que a convivência se tornara impossível sem sua culpa.

2.2.3 – A união estável na Constituição Federal de 1988.

Parte da sociedade há muito tempo optava por um novo modelo de constituição familiar que não o casamento. Buscava-se maior liberdade e fugia-se do

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Separação de Fato e Ética no Direito de Família. A ética da convivência familiar sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* PEREIRA, T.S.P.; PEREIRA, R.C. (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.87.

Aponta algumas características da separação de fato, tais como: a) objetivo de dissolução da família matrimonial anteriormente formada (ainda que de um dos cônjuges, somente); b) instabilidade; c) continuidade; d) notoriedade; e) ausência de formalismo, e requisitos: A) requisitos objetivos: “ a) existência de casamento válido; b) ausência de óbice à dissolução da sociedade conjugal; c) superveniente falta de comunhão de vida; d) lapso temporal de separação fática; e) falta de justo motivo para a separação; B) requisitos subjetivos: a) intenção de não mais conviver (impossibilidade de reconstituição da via em comum); b) ausência de *affectio maritalis*.

⁹² *Ibid*, p.79.

formalismo próprio do matrimônio. Eram as uniões estáveis, uma realidade que embora negada crescia progressivamente.⁹³

As razões para a formação destas uniões eram diversas, desde fatores econômicos, até comodidade com a situação⁹⁴.

Embora a sociedade brasileira reprovasse o concubinato, também como forma de constituição familiar, no começo do século, o certo é que, com esse número crescente de desquitados, impossibilitados de casarem-se, eles constituíram novas famílias, à margem da proteção legal. Mesmo com o surgimento do divórcio, entre nós pela lei nº. 6515, de 26 de dezembro de 1977, não surtiu ele o efeito esperado, que todos se divorciassem, para casar-se após. Preferiu o povo brasileiro com a nova filosofia liberal, que em seu meio se radicara, continuar mantendo e construindo sua família de fato, pela uniões estáveis.⁹⁵

O fato é que até a normatização destas famílias, havia a hipótese de tratar as famílias de fato de maneira diferente das famílias de direito, ou seja, daquelas constituídas através do casamento. Apesar da presença de algumas leis infraconstitucionais estendendo timidamente direitos aos companheiros, como: a possibilidade de perceber a indenização do companheiro morto por acidente trabalho, desde que este não fosse casado e a tivesse incluído como beneficiária (Dec-lei nº. 7.036/44; Lei nº. 6.367/75, Lei nº. 8.213/91).

Consolidaram-se também os direitos previdenciários da companheira (Lei nº 6.194/74), inserindo-a como dependente do contribuinte falecido. E nas locações urbanas, também foi conferida pelas Leis nº. 6.649/79 (posteriormente pela Lei 8145/91) no sentido de permitir ao companheiro, sobrevivente, assim, como ao cônjuge, a continuação da locação celebrada pelo *de cuius*.

Entretanto, frente a situações não alcançadas por estas leis, buscando evitar disparidade entre as modalidades de famílias e procurando as fortalecer levando justiça

⁹³ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 81.

⁹⁴ “(...) Porque as pessoas não se casam formalmente? não seria mais lógico e mais prático estabelecer previamente as regras de uma convivência?(...) objetivamente, podemos apontar como principal consequência, ou efeito jurídico desse tipo de casamento, a liberdade de rompimento da relação. O concubinato pode ser dissolvido livremente, sem qualquer justificação e independentemente de processo. Provavelmente a opção pela não formalização da relação, através do casamento civil, nos casos em que não há impedimento legal para tal, esteja mesmo ligada ao medo, consciente ou inconsciente, do “comprometer-se” e talvez até coma dificuldade em dar e receber amor. LÔBO, Paulo Luiz Netto Igualdade conjugal. Direitos e deveres. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 523-524

⁹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 193.

através dos tribunais, a jurisprudência atentou que tinha em mãos um papel fundamental frente a lacuna legislativa da Constituição Federal de 1969. Nas palavras do professor Gustavo Tepedino:

Até então, após longo período de rejeição⁹⁶, passaram a doutrina e jurisprudência, despindo-se pouco a pouco de preconceitos do passado, a procurar dar solução às situações de fato que, unindo pessoas em vida comum, honrada e estável, careciam de disciplina jurídica. Entretanto o abrandamento da rejeição não significou o acolhimento do concubinato no âmbito do direito de família. As relações concubinárias foram ao revés, reconhecidas com base no direito obrigacional.⁹⁷

Desta forma, a construção doutrinária e jurisprudencial acerca destas uniões sem casamento, antes da atual Constituição, partia-se do conceito de concubinato. O concubinato possui um sentido amplo e um sentido estrito. O primeiro refere-se a toda e qualquer união sexual livre. Já o segundo, o concubinato em sentido estrito, significa uma união duradoura. Percebe-se a partir desta distinção que o termo concubinato por si só, sem qualquer complemento, abrange também relacionamentos de convivência reprováveis daí o estigma da palavra.

Ainda na análise da palavra, importante observar que no concubinato em sentido estrito há uma subdivisão em: puro e o impuro. O concubinato puro diz respeito à união duradoura, sem casamento dos solteiros, dos viúvos, dos separados de fato ou judicialmente e o impuro diz respeito ao adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato). Deste não deve surtir efeitos a não ser para o concubino de boa-fé, como no casamento putativo.

Atualmente, evita-se o termo concubina para o partícipe da relação concubinária pura, prefere-se a utilização da palavra companheira para afastar de vez qualquer conotação pejorativa.

Esclarecida a questão do termo “concubinato”, passa-se finalmente à análise do tema no âmbito jurisprudencial para posteriormente tratar da sua tardia inserção na

⁹⁶ Durante muito tempo o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos. – Recurso Extraordinário Nº. 7.182/47, submetido à 2ª Turma do STF, in RF, agosto de 1947, p. 422: “A ordem jurídica ignora avisadamente a existência do concubinato, da união livre; não lhe atribui conseqüências (rectius típicas de direito de família). São situações que não tem relevância jurídica, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 327.

⁹⁷ *Ibid*, p. 329.

Constituição Federal. A princípio a jurisprudência, como não poderia deixar de fazer, reconheceu a existência destes laços, no entanto, na ausência de previsão legal no âmbito familiar, adotou-se critérios externos ao Direito de Família para conferir conseqüências jurídicas a estas uniões.

Assim, conferia-se participação no patrimônio adquirido com o esforço do comum, considerando-se a sociedade de fato⁹⁸ entre concubinos, que redundou o Enunciado 380 do Supremo Tribunal Federal⁹⁹. Nestes casos, considerava-se que duas ou mais pessoas se obrigam a reunir seus esforços para um fim comum de direito (contrato + registro) ou de fato (patrimônio + partilha). Este esforço poderia ser tanto material (mulher que trabalha fora e ajuda nas economias internas) como moral (colaboração em casa, no lar). Nestes casos, exigia-se a prova da efetiva colaboração dos concubinos para a realização do patrimônio comum.

Desta forma, em casos de falecimento ou separação, partilhavam-se os bens adquiridos pelo esforço comum, em quotas iguais como a sociedade de natureza condominial, quando não havia disposição contrária. Nos dias atuais esta súmula é aplicável no concubinato impuro para que se evite locupletamento indevido.

Inexistindo construção de patrimônio comum ou quando o juiz entendia pela imprescindibilidade da participação material em casos em que só houve a moral, impedia-se a divisão do patrimônio, havia então o entendimento de que deveria ser atribuído um salário à companheira que prestou serviços domésticos ao companheiro.

Percebe-se que tanto a doutrina como a jurisprudência enfrentavam constantemente o problema, sendo a matéria, inclusive, como disposto, objeto de súmula. Ocorre que, mesmo os julgados fazendo o possível para não deixar ao desamparo a família de fato, não havia a segurança social, pois sem lei a delimitando cada tribunal poderia entender situações iguais de uma maneira diferente, decidindo de forma desigual e muitas vezes contraditória. Mais grave ainda é que estas uniões continuavam consideradas como família ilegítima.

⁹⁸ Observar que pode haver sociedade de fato e não haver concubinato, por exemplo na união homossexual e pode haver concubinato e não haver sociedade de fato, quando por exemplo, não houve construção de patrimônio comum.

⁹⁹ Enunciado 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Há também o Enunciado 382 do STF que dispõe: “A vida em comum sobre o mesmo teto, *more uxorio* não é indispensável à caracterização do concubinato.”.

Assim, a partir do texto constitucional de 1988 o que se tratava como sociedade concubinária passa a patamar de união estável (§3º, art. 226) finalmente, sendo considerada como família¹⁰⁰, gozando da proteção do Estado e da igualdade de condições com a família fruto de casamento.

Verifica-se, pela primeira vez na história brasileira, a inserção de espécie de união extramatrimonial na Constituição Federal, reconhecendo expressamente a denominada “união estável” entre um homem e uma mulher como entidade familiar.¹⁰¹

Percebe-se, no entanto, que embora reconhecimento constitucional, a doutrina mais tradicional apresenta resistência quanto à aceitação da união estável como família legítima. Orlando Gomes, por exemplo, em obra datada de 1998, ou seja, dez anos após a Constituição, ainda classifica o casamento como única família legítima demonstrando caráter discriminatório que o próprio Constituinte recusou fazer. E leciona que:

No direito de família, rege-se precipuamente as relações oriundas do casamento, fonte única da família legítima, mas daí não segue que a lei deva desconhecer a união livre entre pessoas que permanecem juntas para os mesmo fins do matrimônio.¹⁰²

Na mesma obra, mais a frente insiste na posição:” Entende-se que somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social.¹⁰³

Importante e oportuno destacar que em momento algum, o novo texto, desconsiderou a importância do casamento ou o colocou em segundo plano, ao contrário, o próprio constituinte ainda ressalta seu prestígio quando dispõe acerca da facilitação da conversão da união estável em casamento. E ainda, restou claro que o constituinte não igualou os institutos, apenas os equiparou. A Constituição propôs uma equiparação e não

¹⁰⁰ O professor Guilherme Calmon a respeito da união estável nos acrescenta que: "Uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional". GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. P.68.

¹⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.60.

¹⁰² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, p.101.

¹⁰³ Ibid, p.34.

tratar da união estável como sinônimo de casamento. Neste sentido, não há divergência doutrinária descreve-se abaixo, algumas considerações a respeito:

Veja-se que o texto, apesar da equiparação referida, encarece a importância do vínculo matrimonial formal, ao dispor que a lei deve facilitar o casamento dos que vivem em união estável. Isso é o último resquício da atitude tradicional, profundamente influenciada pela Igreja, de que só o casamento justifica ávida em comum de homem e mulher, de que só ele serve e base para a geração e a educação dos filhos.¹⁰⁴

No mesmo sentido, o professor Guilherme Calmon ressalta:

Finalmente não se pode olvidar a importância que o casamento reveste na nação brasileira, diante da própria redação do §3º, do art. 226, da Constituição Federal. A frase “... devendo a lei facilitar a conversão em casamento”, referindo-se à “união estável” como entidade familiar reconhecida constitucionalmente, torna inequívoca a intenção do legislador de que o casamento deve ser o objetivo a ser alcançado pelos companheiros, devendo ser facilitada a conversão do companheirismo em casamento.¹⁰⁵

Ora, diante de institutos iguais, não faria sentido a Constituição prescrever a facilitação da conversão da união estável em casamento, já que são iguais a primeira não teria necessidade de se tornar a segunda. O que se deve ressaltar é que somente em relação aos aspectos da família os dois institutos se igualam, em outros aspectos não se pode considerar da mesma forma.

Assim, por exemplo, alguns atos da vida civil, como alienar o gravar de ônus real bens imóveis, prestar fiança ou aval etc, exigem a outorga do cônjuge¹⁰⁶ (1647 do Código Civil de 2002) sob pena de nulidade do negócio acordado. Resta claro que esta exigência não atinge o aspecto familiar do casamento e sim seu aspecto patrimonial, desta forma, não pode ser observada em caso de união estável. Primeiro por não se tratar de questão familiar,

¹⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 108.

No mesmo sentido: “(...) Convém assinalar a observação que se faz pela leitura da norma constitucional quando prescreve que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, significando assim a colocação da família legalmente constituída como primeira preocupação do constituinte, assegurando o prestígio que ainda goza o casamento civil entre nós.” SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 35.

¹⁰⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

¹⁰⁶ Não será necessária a vênua em casos de separação absoluta de bens, no regime de separação final dos aquestos e na separação obrigatória de bens.

segundo por que a união estável é fática, não há qualquer registro da sua existência, não há o estado civil de companheiros como o de casado que é “ fator de identificação na sociedade”, e assim, exigindo-se a vênua da companheira ou companheiro, poderia ser prejudicial ao terceiro de boa-fé.

O professor Gustavo Tepedino esclarece como interpretar união estável como casamento e como distingui-las:

Trata-se de identificar a ratio das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenidade do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extrapatrimoniais. Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculada à solidariedade dos seus componentes, aí sim, indubitavelmente, a não aplicação de tais regras contraria o ditame constitucional.¹⁰⁷

Em primeiro lugar, não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra (...) faz-se necessário extremar as normas que se destinam a regular os efeitos do casamento, como ato jurídico solene, das normas que visam disciplinar o casamento como relação familiar. Aquelas, à evidência, não podem ser aplicadas às uniões estáveis, já que dependem essencialmente de ato solene, pressuposto fático para sua incidência. Assim, por exemplo, a disciplina do regime de bens e o título sucessório decorrente da qualidade jurídica de pessoa casada.¹⁰⁸

Conclui-se que as normas que têm a sua *ratio* vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independente da origem da família.

2.2.4 – Aplicabilidade do §3º do art. 226 da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 inseriu a união estável como família no ordenamento jurídico brasileiro. Não se discute quanto a este avanço, quanto a sua imperatividade, ou quanto à transferência da natureza do companheirismo do Direito das Obrigações para o Direito de Família, mas indaga-se o quê o texto constitucional considera união estável, quais seus requisitos e como se pode reconhecê-la.

De fato, o texto trouxe grande carga de significação e baixa carga de precisão. Bastam as palavras do §3º do artigo 226 para o devido esclarecimento de quando se está

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.339.

¹⁰⁸ *Ibid*, p 337.

diante da união estável? Seria este parágrafo uma norma de “aplicabilidade imediata”? Ou o texto representa um alerta para a importância e necessidade de uma norma regulamentadora para este dispositivo?

Como se sabe a Constituição de 1988, no art. 5º, §1º, edita uma regra que é novidade no direito pátrio. Trata-se da “aplicabilidade imediata” das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas se tornem letra morta por falta de regulamentação.

Mas o constituinte não se percebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu andamento não possui lacuna, e quando este mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas.¹⁰⁹

Diante destes apontamentos, a doutrina, em sua maioria, da análise do disposto no §3º do artigo 226 limitou-se a discutir sobre duas linhas de interpretação: se esta norma era de aplicabilidade imediata ou se era exemplo de norma que clama pela regulamentação. Havia os dois tipos de posicionamento, embora o segundo fosse mais amplamente defendido. Pela auto aplicabilidade, exemplo de julgado no STF apresentado por Luis Roberto Barroso:

Eficácia temporal das normas auto-aplicáveis. Concubinato: os dispositivos constitucionais, quando auto-aplicáveis, exceto se expressamente determinarem que suas normas alcançam os fatos consumados no passado (retroatividade máxima), só se aplicam para o futuro (...) No caso, tendo o concubinato em causa, terminado antes da promulgação da atual Carta Magna, não poderia ser ele alcançado pelo preceito - ainda que pretendesse ser ele auto-aplicável - do ar. 226§3º, que criou um instituto jurídico novo e que não dispôs fosse aplicado aos concubinatos já findos (STF. Inf. STF 134/4, RE161.320-RJ, Rel. Min. Moreira Alves).¹¹⁰

¹⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 99.

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes: “Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria constituição federal, em norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Esta declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2000, p. 58.

¹¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 832.

Por outro lado, a maioria da doutrina e a própria jurisprudência entendem no sentido da necessidade de regulamentação:

Sustenta-se, majoritariamente, que o constituinte, com a previsão do art. 226 não cria direitos subjetivos imediatamente exigíveis, mas, ao revés, vincula apenas o legislador ordinário, tratando da união estável apenas “ para efeito da proteção do Estado”, como diz o dispositivo. Segundo tal raciocínio, o Estado deverá proteger os companheiros através de regulamentação futura, que não poderia negar proteção ao concubinato, sem que tal tutela representasse a pretendida equiparação com o casamento”. (...) que a união estável entre homem e mulher, assim como a relação entre um dos genitores com seus descendentes, tornaram-se modalidades de família, parece se constituir em evidência a mais não poder, matéria que dispensa qualquer regulamentação infraconstitucional.¹¹¹

No mesmo sentido Manoel Gonçalves:

“Como dito, o parágrafo 3º reconhece a união estável entre homem e mulher, mas os requisitos para que tal união seja considerada estável e conseqüentemente se alce à condição de entidade familiar cabem à legislação infraconstitucional definir.”¹¹²

Embora demonstrado através de poucos exemplos se pode afirmar que a doutrina em sua maioria entende que é norma não auto-aplicável, ou seja, é de eficácia limitada, dependendo de regulamentação posterior. Ocorre que a norma em análise possui uma peculiaridade por não conter apenas um mandamento e sim diversos, e por isso, contém em si aspectos distintos que exigem análise de eficácia em separado. Esta ponderação foi feita com categoria por Francisco José Cahali:

Nos parece que a matéria está sendo tratada de forma inadequada, pela diversidade de pontos trazidos pelo art. 226, §3º, cada qual merecedor, isoladamente, de regime jurídico próprio, pela suas características singulares, em relação à classificação da norma.¹¹³

E segue sua análise dividindo a norma em questão em três aspectos distintos com características próprias: a) relações sociais e de proteção do Estado à união estável

¹¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 338. In: MENEZES, C.A. *Da União Estável*. [S.l], [s.n.], p. 136.

¹¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.108.

¹¹³ CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 25-26.

enquanto entidade familiar; b) conversão da união estável em casamento e, c) relações de direito material (obrigações e deveres) entre os partícipes da união.

Após a distinção destes aspectos, o autor analisa cada um deles separadamente e conclui que a regra em que trata da proteção estatal é de eficácia plena, operando seus efeitos imediatamente “isto porque a Constituição expressa e objetivamente quis e consignou a proteção do Estado, nada mais sendo necessário à efetivação desse abrigo, em igualdade de condições com o casamento”.¹¹⁴

Com efeito, nenhuma norma ou conduta social poderá oferecer restrições à união estável em cotejo com o casamento, quando tratar de família e seus reflexos exteriores perante o Estado e a sociedade, sob pena de ser inconstitucional, pela discriminação vetada na carta, ao se elevar o concubinato à qualidade de entidade familiar, ao lado do matrimônio legítimo e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹¹⁵

Desta forma, se pode utilizar a técnica do professor Gustavo Tepedino, apontada anteriormente, a respeito da *ratio* das normas e quando esta objetivar a proteção da família, a interpretação da norma destinada ao casamento ou aos filhos fruto do casamento, deve ser estendida aos companheiros ou a seus filhos imediatamente, sem a necessidade de norma regulamentando esta proteção. Assim, no que se refere ao aspecto da proteção estatal à família, a norma é de eficácia plena e imediata.

Já quanto ao aspecto da norma que trata da conversão da união estável em casamento Francisco José Cahali descreve:

Estamos diante de norma de eficácia limitada de principio institutivo com caráter impositivo, na medida em que o legislador constituinte determinou, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa a lhe conferir total eficácia, para facilitar a conversão das uniões estáveis em casamentos, mediante critérios, requisitos e forma a ser definidos para a transformação de um instituto em outro, valendo a lei integrativa como instrumento da executoriedade da norma constitucional.¹¹⁶

Quanto aos aspectos das relações internas entre os companheiros, o autor acompanha entendimento da maior parte da doutrina, enfatizando que esta por sua vez, no

¹¹⁴ *Ibid*, p. 27.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 27

¹¹⁶ CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 34.

momento da análise do dispositivo não utilizou a técnica de separar os diversos aspectos da norma com fez Francisco Cahali, assim, conclui que:

(...) verifica-se não ter a Constituição Federal, em momento algum, tratado direta ou indiretamente das relações interiores da união estável, relativamente aos direitos e obrigações/ deveres dos companheiros. A Carta não faz qualquer indicação sobre as relações intrínsecas entre os partícipes da união estável, limitando-se a cuidar da irradiação dos seus preceitos perante o estado e a sociedade, uma vez caracterizada a entidade familiar. A esfera jurídica de direito material dos conviventes entre si não foi, nem caberia ser, atingida pela Constituição, sendo imprescindível, para tanto, a legislação infraconstitucional.
117

Sobre a análise de Francisco Cahali o professor Guilherme Calmon acrescenta que “pertinentes aos aspectos das relações interiores entre companheiros e conversão devem ser consideradas os efeitos das normas constitucionais programáticas”¹¹⁸. Assim, a norma infraconstitucional ao tratar da regulamentação do tema deverá atentar para os princípios constitucionais trazidos pela nova Carta sob pena de inconstitucionalidade.

¹¹⁷ FRANCISCO JOSÉ CAHALI. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996. p. 34

¹¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 85.

3 - REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

3.1. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO – PERÍODO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

A Constituição já havia instituído a união estável como espécie de família, mas o legislador infra-constitucional nada havia feito para regulamentar dispositivos a respeito do aspecto intrínseco deste instituto.

De início, observa-se que embora seja entendimento isolado, nem todos vêem a regulamentação como positiva:

Para resumir: o par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união, o faz porque, definitivamente, não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece.

Portanto, haveria que deixá-los em paz, vivendo o seu próprio e personalíssimo projeto de vida amorosa. Mas as estruturas autoritárias de poder isso é impensável: há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim dizer, em casar ex officio quem não quis casar motu pro. Ou seja, submeter compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção pelo não casamento.¹¹⁹

Em sentido contrário da citação acima, a doutrina majoritária entende, com razão, que a família não fundada no casamento precisa de garantias jurídicas não só pelo respeito humano entre seus membros, mas também para a responsabilidade nortear suas vidas. Neste sentido:

¹¹⁹ VILLELA, João Baptista *Repensando o direito de família. Nova realidade do direito de família*. Tomo II. Coord. Sérgio Couto. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999, p.55

Realmente se é lícito que duas pessoas vivam como marido e mulher, sem serem casadas, não há que admitir-se que um abandone o outro, por exemplo, ficando com bens em seu nome, e que pertençam, por justiça, a ambos. Essa liberdade será escravizante, a possibilitar uma lesão, um enriquecimento ilícito, o que é incompatível com o pensamento jurídico. O direito há que intervir nestas situações. Por isso, melhor será que essa intervenção seja anterior, com regulamentação do assunto pelo Poder Legislativo, do que saneadora, após a lesão causada, com a atuação curativa do Poder Judiciário.¹²⁰

Assim que diversas pessoas após a dissolução destas uniões e sem que haja norma regulamentadora, permaneciam quase que nas mesmas condições de desamparo do que antes da Carta de 1988, pois mesmo a Constituição as considerando família, havia a indagação de qual situação era união estável e qual não.

Desta forma, seja por separação ou falecimento de um dos companheiros, continuava-se pleiteando o reconhecimento de serviços domésticos prestados como meio de obterem indenização por todo o tempo de dedicação à união. Em outras situações, ainda se buscava o reconhecimento de uma sociedade de fato, com base no esforço comum para a aquisição do patrimônio, por ser mais fácil que arriscar a prova de uma união estável, já que os requisitos para esta continuavam indefinidos.

O fato é que com o passar dos tempos os tribunais mais uma vez viram-se forçados a aplicar a analogia e a equidade diante dos casos concretos, restando clara a necessidade de regulamentação do aspecto intrínseco da união estável, até porque a sua omissão gerava discussão entre os próprios partícipes que não tinham de antemão a noção de seus direitos, levando a grandes conflitos no momento do término do relacionamento e provando ser ilusão manter uma união livre para mais tarde rompê-la com a mesma facilidade com que foi constituída. A doutrina, observando a sociedade e os casos concretos levados aos tribunais já tratava desses aspectos:

A propósito da união livre, os conviventes procuram manter seu estado de liberdade, não se ligando a quaisquer deveres... sobre as páginas de suas vidas, nada escrevem senão de modo indelével. Essa a união livre verdadeiro. A experiência, porém, comprova que essa situação é utópica; ela é o próprio cativo, onde se encontra todo o problema jurídico, e o drama social.¹²¹

Ao contrário do que se apregoa, a separação de um casal que não tenha as regras escritas, ou preestabelecidas, é muito mais difícil de se fazer, uma vez que a relações afetivas acabem se misturando muito mais com os aspectos patrimoniais

¹²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 240.

¹²¹ *Ibid*, p. 239.

do que aqueles que têm regras definidas, através de um casamento, por exemplo.¹²²

Portanto, deve-se desmistificar o efeito da facilidade de rompimento da união estável, uma vez que pode ser, ao contrário, até muito mais difícil, exatamente pela ausência da Lei jurídica definidora daquela vida em vários aspectos. A regulamentação, portanto, torna-se cada dia mais solicitada e indispensável.

Ocorre que com os novos parâmetros trazidos pela Constituição de 1988 não caberia a regulamentação da união estável no contexto do Código Civil infestado de dogmas de 1916, assim, imprescindível que a lei infraconstitucional ao tratar do tema estivesse à parte deste Código.

3.2. Necessidade de Lei Especial - A Descodificação.

Como dito, a necessidade da regulamentação através de lei especial deve-se ao fato das normas constitucionais atribuírem novos valores ao Direito de Família. A Constituição ao pregar o retorno aos sentimentos, que seria o papel primordial dos direitos humanos, e afastar a imagem do homem patrimonialista para alcançar os direitos pessoais e fazer destes a base de um Estado Democrático, afasta-se por completo dos fundamentos do Código de 1916.

Neste sentido, a própria Constituição vai estimular a criação de leis especiais em matéria civil fundadas nos novos valores da Carta, reduzindo o primado do Código e criando uma pluralidade de núcleos legislativos que fragmentam o sistema unitário presidido pelo Código Civil caracterizando a descodificação do direito¹²³.

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal. Direitos e deveres. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Direito de família contemporâneo*. Belo horizonte: Del Rey, 2003 p. 523-524.

¹²³ Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O código civil, certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientadora detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p. 5-6.

O professor João de Matos Antunes Varela visualiza este movimento de forma sintética:

A descodificação do direito traduz, como a própria designação expressivamente sugere, uma fuga dos códigos. O direito novo tende a evadir-se dos códigos. A preferência da sociedade moderna varia para a legislação avulsa, ou seja, para leis especiais.¹²⁴

São criadas, portanto, situações que o Código, em sua generalidade, não poderia tratar, sob pena de misturar institutos e fundamentos. Exigindo-se, assim, leis especiais para tratar do tema. Este fenômeno ocorreu com a união estável, constando esta como mais um exemplo da crescente fragmentação das normas. A fragmentação resulta de fatores políticos, econômicos e sociais que necessitavam de variadas leis regulamentares. Essa diversidade de leis e estatutos sobre diversos assuntos pode levar a um efeito nocivo, pois ao invés de ordenar a vida social, pode desarticulá-la e confundi-la.

Para evitar o efeito nocivo descrito, deve-se buscar a constitucionalização do direito privado, que significa que os princípios básicos do direito privado emigraram do Código Civil para a Constituição Federal. Assim, para a descodificação não se tornar sinônimo de ausência de sintonia entre os códigos, estatutos e leis esparsas, a Constituição assume um papel unificador. Maria Celina Moraes traduz o fenômeno nas seguintes palavras:

Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.¹²⁵

A unidade do sistema civil, portanto, conduz à Constituição Federal. Desta forma, qualquer lei que se destine a regulamentar a união estável, seus requisitos, características e pressupostos, deve atentar para os princípios informadores do Direito de Família inseridos na Constituição e analisados anteriormente.

¹²⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *O movimento de descodificação do Direito Civil*. 1999, p.500.

¹²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin e. *A caminho de Direito Civil-Constitucional*. Revista de Direito Civil, v.65, 1991.

3.2.1. Características e requisitos da união estável.

Como dito, a regulamentação da união estável deverá atentar também para algumas características e requisitos já observados faticamente e apontados pela doutrina e jurisprudência. Por este motivo, considera-se oportuno apontar alguns destes aspectos antes da análise das leis infraconstitucionais que se referem ao tema.

Optou-se por destacar as características e requisitos sugeridos pelo Professor Guilherme Calmon, a seguir elencados:

Características: A) Finalidade de constituir uma família; B) Estabilidade; C) Unicidade de vínculos; D) Notoriedade; E) Continuidade; F) Informalismo ou ausência de formalidades. Requisitos objetivos: A) diversidade de sexos; B) ausência de impedimentos matrimoniais; C) comunhão de vida; D) lapso temporal de convivência, e como requisitos subjetivos; A) convivência *more uxório*; B) *Affectio maritalis*: ânimo de constituir família.¹²⁶

Estas características e requisitos serão a seguir, brevemente, analisados.

A) Finalidade de constituir uma família: imprescindível o objetivo de constituição de família, enfatizando-se que a própria Constituição Federal considera a união estável como entidade familiar, conseqüentemente, não cabe entendimento diverso. Assim, ou encontra-se presente a finalidade de constituir família ou não há união estável. Nota-se que não se trata de finalidade futura, ou seja, a verificação não é quanto à intenção futura, mas sim o que no presente já se considera. Sem dúvida, a subjetividade é clara na configuração da presença desta característica.

B) Estabilidade: não é qualquer união que pode ser considerada como uma união estável, o próprio termo já induz. É necessário um período de permanência e que se perceba que aquele casal possui realmente uma união firme e familiar e não uma mera transição, esta percepção é indispensável.

Deve ser salientado que a estabilidade, no sentido de solidez, durabilidade, deve levar em consideração o lapso temporal de convivência entre os partícipes da

¹²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p. 149.

relação, mas não como critério único na aferição da presença da característica da estabilidade.¹²⁷

É possível que uma relação entre homem e mulher, com 30 anos de duração, seja apenas um namoro ou que uma relação de apenas um ou dois anos constitua família. Ou seja, não é o tempo com determinação de x ou y meses, ou anos, que deverá caracterizar ou descaracterizar uma relação como união estável.¹²⁸

A primeira lei a respeito da união estável, que será posteriormente analisada, expressamente trazia um prazo de cinco anos, que poderia ser reduzido em caso de prole comum. Já a segunda lei, nada disse quanto ao prazo, o mesmo fazendo Código Civil de 2002.

Assim, atualmente, não há prazo previamente determinado para configurar a estabilidade, mas há entendimento de que o prazo de dois anos seria razoável. Isto porque dois anos é o prazo para o divórcio direto e assim, se casamento termina com dois anos de separação de fato, então, uma união de fato se cria em dois anos. Entretanto, não há que se questionar que nenhuma tese substitui o exame do caso concreto.

C) Unicidade de vínculos: deve-se tratar de uma união monogâmica.

As uniões adúlteras ou incestuosas, não apenas sob o ponto de vista matrimonial, mas agora também sob a ótica da presença do companheirismo no Direito de Família, não merecem ser tratadas como espécies de famílias, justamente por contrariarem valores morais, adotados pela sociedade e reconhecidos juridicamente, neste caso específico sob a forma de impedimentos matrimoniais que também merecem pronta aplicação ao companheirismo.¹²⁹

D) Notoriedade: é importante a apresentação como marido e mulher perante a sociedade, freqüentando reuniões sociais como se fossem casados, mesmo que seja a um pequeno grupo de pessoas, fazendo crer que deve ser notória, embora não necessite ser pública. Uma união que é sigilosa não pode ser considerada união estável.

E) Continuidade: A união deve ser contínua e duradoura. Um relacionamento com várias interrupções representaria instabilidade e não se poderia falar em continuidade.

¹²⁷ *Ibid*, p. 159.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed Del Rey, 2003, p. 260.

¹²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p. 163.

F) Informalismo ou ausência de formalidades: há total ausência de formalidades, há apenas a faticidade da relação. “Tal característica é o diferencial do companheirismo em relação ao casamento”.¹³⁰

Como requisitos, destacam-se:

1 – Requisitos objetivos: “devem ser consideradas situações, condições pessoais e eventos que independam do elemento anímico dos partícipes das uniões extramatrimoniais”.¹³¹

A) Diversidade de sexos: pessoas de mesmo sexo não estarão em união estável como sinalizado pela Constituição Federal. Ademais a possibilidade de sua conversão em casamento não poderia levar a outro entendimento.

Atente-se porém, que a professora Maria Berenice Dias atribui à união homossexual o mesmo tratamento da união estável, por força de não reconhecer esse requisito. Entende que esse requisito seria contraditório, que a Constituição ao tratar de direitos fundamentais reconhece a igualdade entre o homem e a mulher, e não se pode fazer a distinção entre a união de dois homens ou de duas mulheres. Argumenta-se que na Constituição, o “homem e mulher” citados no §3º do art. 226, devem ser interpretados no sentido de que caberia união estável entre dois homens e duas mulheres.¹³²

B) Ausência de impedimentos matrimoniais

A Lei nº. 8.971/94 exige a qualificação dos conviventes (separação judicial, divórcio, viuvez ou estar solteiro), já a segunda lei não faz esta exigência. Logo pode haver união estável sendo um ou ambos casados, desde que separados de fato. Este entendimento foi abraçado pelo Código Civil de 2002 no § 1º do artigo 1723, o qual trata que a União Estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521 do mesmo diploma legal, ou seja, para uma pessoa viver em união estável ela não pode ter impedimento matrimonial, ressaltando duas hipóteses: trata-se do separado de fato e do separado judicialmente.

Antes do atual Código Civil, já havia o entendimento no sentido de que o separado judicialmente poderia conviver em união estável. Havia divergência, porém, quanto ao separado de fato, não mais subsistindo a divergência, diante da disposição do art. 1723, §

¹³⁰ *Ibid*, p. 170.

¹³¹ *Ibid*, p. 172.

¹³² DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito, a justiça*. Porto Alegre: Livr. do advogado, 20041, p. 145.

1º, 2ª parte, Código Civil. Nota-se que não há mais a exigência, pela lei, de um determinado tempo da separação de fato, e que este prazo deve ser apreciado no caso concreto.

C) Comunhão de vida: A respeito da necessidade do aspecto espacial para configuração da comunhão da vida, professor Guilherme Calmon esclarece: “a comunhão de vida compreende três aspectos: a) físico, representado pelo débito conjugal; b) econômico, ou seja, a vida em comum para a prosperidade; c) espacial, a saber, a habitação comum, o lar conjugal.”¹³³

A convivência descrita no *caput* do art. 1723 enseja entendimento de que este requisito seja exigência de coabitação, considerando que conviver significa “viver com”, viver junto, coabitar. Ocorre que a coabitação não está elencada entre os deveres dos companheiros (art. do 1724 Código Civil), por este motivo, pode-se sustentar que há na palavra “convivência” a idéia de que há uma lealdade, uma cumplicidade, mas não vêm aí uma coabitação, sustentando então, que coabitar não é requisito.

Não resta dúvida, entretanto, da dificuldade de se configurar uma união estável em casos de companheiros que vivam em casas separadas.

D) Lapso temporal de convivência: curso de período razoável de convivência entre os partícipes da relação, sendo que no sistema jurídico nacional, o melhor entendimento é de que tal período deve ser o de dois anos, conforme destacado quando a característica da estabilidade foi analisada.

Requisitos subjetivos: “tudo aquilo que diga respeito ao elemento volitivo dos companheiros”.¹³⁴

A) convivência *more uxório*: estar junto, intenção de vida em comum. Neste aspecto, professor Guilherme Calmon acrescenta a necessidade de: “tratamento respeitoso, afetuoso, carinhoso, compreensivo, de maneira recíproca e a exteriorização desse tratamento”.¹³⁵

B) *Affectio maritalis*: ânimo de constituir família.

Atenta-se que estas características e requisitos consideram parâmetros constitucionais trazidos pela Carta de 1988, incompatíveis com o antiquado texto do

¹³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p. 190.

¹³⁴ *Ibid*, p. 172.

¹³⁵ *Ibid*, p. 204.

Código Civil de 1916 centrado na empresa, na atividade produtiva. Pois, uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é “relê-lo” à luz da opção “ideológico-jurídica” constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos da pessoa humana.

Desta forma, fez-se necessário tratar da união estável através de leis especiais que serão analisadas a seguir.

3.2.2. A lei nº. 8.971/94

A lei nº. 8.971/94 foi a primeira norma infraconstitucional a estabelecer alguns parâmetros no aspecto das relações intrínsecas da união estável, seguindo as orientações constitucionais, principalmente os comandos do §3º do artigo 226. Desta forma, trouxe alguns requisitos para a constituição da união estável, assim como direitos, deveres e características.

O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um “núcleo familiar”. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sobre o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa numa família, repita-se.¹³⁶

A priori deve-se atentar que a união estável, tal como já fala o preceito constitucional, somente ocorre entre homem e mulher. E, esta primeira lei que veio regulamentá-la exige ainda a condição liberdade do estado civil do companheiro, ou seja, deve ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Quanto às pessoas casadas, mas separadas de fato, aos poucos a jurisprudência foi admitindo a tutela, mas no sentido literal da lei, não poderia.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável. Direito de família no novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A lei também atribui um requisito temporal para a configuração da união estável: segundo o artigo 1º é indispensável para caracterizá-la ¹³⁷ a duração de 5 anos ¹³⁸. Este prazo seria reduzido se desta união tenha resultado filhos.

O mesmo artigo estabelece também que, provada a união estável, tem qualquer deles, o homem ou a mulher, o direito a alimentos regidos pela Lei nº. 5.478/68 (Lei de Alimentos). Assim, introduz-se no ordenamento o direito a alimentos entre companheiros, exigindo como dito acima, mais de cinco anos de convivência, em casos onde não há prole.

E através da leitura do artigo 2º, além do direito a alimentos, a lei atribui efeitos sucessórios à convivente. O primeiro efeito sucessório que esta lei traz é o direito ao usufruto. Desta forma, falecendo um dos conviventes, o sobrevivente terá direito ao usufruto dos bens, numa proporção que vai variar de acordo com a existência de descendentes anteriores.

Assim, o concubino ou concubina, que sobreviver, enquanto não constituir nova união concubinária, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou do casal concubinário. Esse usufruto corresponderá a metade dos bens, se não houver filhos, ainda que sobrevivam ascendentes. ¹³⁹

Essa norma já existia com relação ao cônjuge no Código Civil de 1916, em seu artigo 1611, §2º, assim, transportou-se o chamado usufruto vidual, da sucessão em favor do cônjuge, para a união estável.

A relação sucessória tratada no inciso III do art. 2º estabelece ainda que o convivente sobrevivente passa a ser herdeiro na ausência de descendentes ou ascendentes.

O artigo 3º desta lei sob análise dispõe sobre o direito a meação dos companheiros em relação aos bens adquiridos na constância da união, desde que tenha havido colaboração (direta ou indireta), ou seja, meação quanto aos bens adquiridos pelo esforço comum. Percebe-se que é um tratamento diverso do regime de comunhão parcial de bens entre cônjuges.

¹³⁷ Caracterizada através de procedimento cautelar de justificação, arrolava-se três testemunhas e provava que aquele casal viveu junto durante 5 anos ou mais. Alguns juízes mais rigorosos exigiam o ajuizamento de uma ação declaratória para reconhecer a existência desta união estável.

¹³⁸ O legislador, na falta de um critério, escolheu o prazo de 5 anos que é aquele que já era adotado pela Previdência Social para o reconhecimento de pensão para o companheiro.

¹³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 335.

Indaga-se, oportunamente se este efeito previsto no artigo 3º ocorre na dissolução do companheirismo em vida ou somente, conforme sugere a redação do artigo ao dispor “autor da herança”, em caso de morte? O professor Guilherme Calmon, com propriedade esclarece:

O direito de propriedade em condomínio, tal como prevê o dispositivo, não é adquirido pelo evento morte de um dos companheiros, e sim pela conjugação dos esforços de ambos na obtenção do acervo patrimonial familiar, ainda que registrado em nome e apenas um deles. Portanto, a despeito do dispositivo ser omissivo a respeito dos casos de dissolução do companheirismo em vida, deve-se adotar a analogia para também considerar os efeitos do artigo 3º, da Lei n.º 8.971/94¹⁴⁰

Atenta-se também que foi previdente o legislador, pois meação não se confunde com herança, tratada no artigo anterior e somente devida na ausência de descendentes e ascendentes. Com o disposto no artigo 3º, percebe-se que:

Na hipótese desse artigo o sobrevivente não teria direito a herança em razão da existência de descendentes ou ascendentes do de cujus, mas a constituição do patrimônio contou com o esforço comum, portanto, nada mais justo que a sua divisão fosse feita meio a meio, cabendo a metade ao sobrevivente e a outra aos herdeiros legítimos, segundo a ordem de vocação hereditária.¹⁴¹

Conclui-se que através desta lei, são positivados os seguintes direitos:

A- Direito a alimentos: art. 1º;

B- Efeitos sucessórios: usufruto, direito de propriedade, herança, se não houver descendentes ou ascendentes - art. 2º, inciso I, II e III.;

C- Meação: art. 3º.

Após breve análise desta lei, nota-se que o legislador de 1994 respeitou o ordenamento constitucional, mas para um assunto polêmico e inovador, pouco colaborou. Assim, em curto tempo, uma nova lei foi inserida no ordenamento.

¹⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 332.

¹⁴¹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil*. São Paulo: Ed Juarez de Oliveira, 2003 p. 283.

3.2.3. A lei nº. 9.278/96.

Esta lei trouxe novas características à união estável e trouxe também grande discussão se seu texto revogou ou não o anterior (Lei nº. 8971/94). Neste aspecto, vários fundamentos são dispostos. De um lado, pode-se entender que a segunda lei ab-rogou a primeira, considerando que é posterior e que tratava do mesmo tema. Entretanto, no entendimento do professor Gustavo Tepedino, este fenômeno não ocorreu nesta hipótese e para tanto, fundamenta com os seguintes argumentos:

Regra elementar de hermenêutica, insculpida no §1º do art. 2º da lei de introdução do código civil, estabelece que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Não tendo o legislador de 1996 se manifestado acerca da ab-rogação da lei precedente, e não sendo ambos os diplomas globalmente incompatíveis, há de se investigar se a lei nº. 9278/96 regulou integralmente as matérias e direitos tratados pela lei anterior.¹⁴²

Do ponto de vista técnico não há como negar que a lei nº. 9278/96 não disciplina os mesmos direitos regulados pela lei anterior, sendo desprovida, conseqüentemente de força ab-rogativa que a lei se pretende atribuir.¹⁴³

Demais disso, a leitura geral dos dois textos revela a clara intenção do legislador de complementar a disciplina anterior, procurando sanar, aqui e ali, dúvidas e lacunas surgidas como promulgação da lei precedente. É significativo, com efeito que o próprio autor intelectual da lei nº. 9278/96, Prof. Álvaro Villaça Azevedo, considere a lei nº. 8971/94 “em plena vigência.”¹⁴⁴

O entendimento predominante segue a mesma orientação citada acima em que houve derrogação e não ab-rogação. Entretanto, a análise não é simples, é imprescindível verificar quais são as regras da Lei nº. 8.971/94 que ficaram incompatíveis com a Lei nº. 9.278/96. É exigido do intérprete um exame artigo por artigo. Existem artigos da lei de 1994 que não se chocam com o texto de 96, e que continuam em vigor, fazendo com que ambas as leis coexistam naquilo que não são conflitantes.

Através do texto desta segunda lei, verifica-se que não há mais a exigência do prazo de cinco anos para a configuração da união estável. O tratamento foi alterado e a união estável neste novo mandamento é pública, duradoura, contínua. Percebe-se que esta lei

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.358.

¹⁴³ *Ibid*, p. 359.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 360.

privilegia a qualidade da união e não o tempo objetivamente tratado. Quanto a exigência de cinco anos, eliminada com esta lei, Caio Mario ressalta:

“Jamais preocupei-me com o tempo de duração do companheirismo. Os equívocos legais foram superados com a lei n 9278/96, ao impor como requisito para caracterização da união estável “a convivência duradoura, pública e contínua.”¹⁴⁵

É evidente que o legislador clama por bom senso aos sentidos que serão dados às palavras: duradoura e contínua, pois em um relacionamento, mesmo que contenha estas características, deve-se atentar para a *affectio maritalis* acima de tudo, a respeito, Rui Magalhães esclarece que:

Relacionamento de amizade ou namoros prolongados, mesmo regados a relações sexuais e permanência esporádicas sobre o mesmo teto, não caracterizam a união estável, sendo necessário conjugar os seguintes requisitos: diversidade de sexo; ausência de impedimento matrimonial; ; vida em comum sob o mesmo teto; período transcorrido na convivência, notoriedade, respeito mútuo, uso em comum do patrimônio, guarda, sustento e educação dos filhos comuns, *affectio maritalis*.¹⁴⁶

Ressalta-se que nesse novo diploma legal além de não estabelecer prazo para a configuração da união estável, pela leitura de seu art. 1º percebe-se que não há mais a exigência da qualidade de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, como havia no art. 1º da Lei nº. 8.971/94. Assim, percebe-se que a lei atentou para as situações constantes de união estável entre pessoas casadas mas separadas de fato.

A norma entendida assim estaria em correspondência com a jurisprudência e com os princípios constitucionais na qual privilegiam as relações existenciais e não patrimoniais. Assim, conforme dito em ponto anterior, na separação de fato, embora haja casamento formal, já não há na realidade fática e, portanto, ausente o afeto, o sujeito encontra-se livre para constituir uma nova união e conseqüentemente suportar os seus efeitos.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Direito Civil - Alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 181.

¹⁴⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003 p. 284.

A lei nº.9.278/96 vai estabelecer também alguns direitos e deveres dos conviventes da mesma forma que os cônjuges, incluindo a assistência moral e a assistência material, dispostos no artigo 2º.

A assistência moral e de suma importância, sobretudo, na atualidade, em que as pessoas pouco se comunicam no lar, descuidando do companheiro, sem diálogo e sem considerá-lo, em verdadeiro estado de abandono moral. É a vida de um convivente, como se o outro não existisse.¹⁴⁷

O artigo 5º trata da comunicação dos bens adquiridos onerosamente durante a união, já disposto anteriormente na lei nº.8971/94. A respeito, Guilherme Calmon esclarece:

A norma contida no art. 5º, da Lei nº. 9.278/96, indubitavelmente, é melhor do que aquela contida no art. 3º, da lei 8.971/94, pois cria presunção de comunhão de aquestos dos bens adquiridos a título oneroso na constância da sociedade mantida entre os companheiros, sendo desnecessária prova do esforço comum.¹⁴⁸

Importante observar que se um dos conviventes antes da união estável tem um bem ou quantia em dinheiro e durante a união estável vende este bem para adquirir um outro ou então utiliza o dinheiro para adquiri-lo, este bem não vai se comunicar na forma do artigo 5º. Haverá sub-rogação, ou seja, substitui-se um bem pelo outro.

O art. 5º em análise indica que até o legislador se fez sensível a esse aspecto patrimonial, estabelecendo norma dispositiva, visto que não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis adquiridos, onerosamente, por um ou por ambos os concubinos, no período em que durar a união estável, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais.¹⁴⁹

O artigo 7º da lei em questão estabelece o direito a alimentos e expõe que somente caberá este pedido quando o devedor de alimentos for considerado culpado pelo desfazimento da união estável.

¹⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2002. p.347.

¹⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p. 337.

¹⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2002. p.353.

No que toca aos alimentos, o art. 1º da lei nº. 8971/94 cria preceito geral de atribuição dos benefícios da lei n 5478/68 a todos os companheiros como tal caracterizados, enquanto a lei nº. 9278/96, no caput do seu art. 7º, cinge-se à específica hipótese de incidência, no caso de rescisão, a sugerir a configuração de culpa de um dos conviventes.¹⁵⁰

O parágrafo único deste mesmo artigo dispõe sobre direito real de habitação. 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.

Nota-se que a Lei nº. 9.278/96 apenas tratou da meação e do direito real de habitação ao sobrevivente, acima citado. Visto isso, indaga-se: e quanto a questão sucessória tratada na Lei nº. 8971/94, permanece em vigor?

Como dito no início deste tópico, o entendimento que predomina é de que ambas as leis coexistem, inclusive no tocante aos direitos sucessórios, “quanto ao direito sucessório não houve revogação. Permanecem em vigor os dispositivos da lei 8971/94”.¹⁵¹ O Professor Guilherme Calmon esclarece que: “Em síntese: não há incompatibilidade na coexistência do direito sucessório de habitação com os demais direitos sucessórios, diante as particularidades das situações concretas.”¹⁵²

Mais a frente, o mesmo autor dispõe: “A lei 9.278/96, em matéria sucessória, veio complementar a Lei nº.8.971/94 no que se refere ao direito real de habitação”.¹⁵³

Desta forma, quanto aos direitos sucessórios, a Lei nº. 8.971/94 atribuía direito sucessório de usufruto (art. 2º, I e II) e também o direito de propriedade (art. 2º, III), onde o convivente passou a ser herdeiro (não se tratava de herdeiro necessário; ele pode ser excluído da sucessão, mas é herdeiro). A todos estes direitos indicados soma-se o único direito sucessório atribuído por esta nova lei, que é o direito real de habitação (art. 7º, da Lei nº. 9.278/96).

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 359.

¹⁵¹ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *As leis da união estável e o direito intertemporal*. In *Nova realidade do direito de família*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Jurídica, 1998, p.52.

¹⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 453.

¹⁵³ *Ibid*, p. 456.

Outro aspecto importante é de que a Constituição Federal ditava que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento. Ocorre que não havia qualquer indicação de como isto deveria ser feito. Finalmente, a partir do artigo 8º da Lei de 1996, os parâmetros foram delimitados e nas palavras de Caio Mario:

Um grande passo, sem nenhuma dúvida, foi a norma instituída no art. 8º, pelo qual eu sempre me bati. A norma constitucional do art. 226, §3º, franqueava a conversão da entidade familiar em casamento. Restava, contudo, esclarecer o *modus faciendi* da conversão. A nova lei refere-se à conversão administrativa a requerimento dos conviventes o Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Aberto o procedimento, verificada a ausência de impedimentos, o juiz, que tem competência para celebrar casamentos, homologará a conversão.¹⁵⁴

Por fim, outra discussão jurisprudencial que esta lei veio encerrar foi quanto a competência do juízo da Vara de Família, assegurado ainda, o segredo de justiça.¹⁵⁵

Nota-se que a lei que veio para consertar, complica ainda mais o tema. Desta forma, mais uma vez as questões referentes à união estável permanecem conturbadas. Neste momento de decepção normativa, a esperança de acerto se dará com a já conhecida promessa de um Novo Código Civil e tanto suas características como o tratamento dado à união estável serão abordadas a seguir.

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Direito Civil - Alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 186.

¹⁵⁵ Aponta-se que não pode a lei federal estabelecer a competência da justiça dos seus Estados membros e assim, este dispositivo seria inconstitucional. O art. 125, § 1º da Constituição dispõe que a competência dos tribunais é definida na Constituição do Estado. Entretanto, esta discussão não teria razão de ser, tendo em vista que o próprio §3º do artigo 226, na classificação de Francisco Cahali, já dispunha que as questões relativas à família seriam discutidas em Juízo de Família.

4. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A UNIÃO ESTÁVEL.

4.1. CARACTERÍSTICAS E INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Era grande a expectativa quanto ao tratamento da união estável pelo Código Civil de 2002. Esperava-se que questões polêmicas seriam encerradas e a igualdade entre as famílias observada. Ocorre que este Código originou-se de um projeto redigido há trinta anos e, portanto, conforme será demonstrado, o retrocesso foi privilegiado, salvo se for utilizada a correta interpretação da lei através da análise das características que nortearam sua elaboração.

O país durante sessenta anos discutiu a Revisão do Código Civil de 1916, mas poucos acreditavam na sua concretização. O Anteprojeto data de 1963, mas somente em 1969, foi iniciada a proposição original do atual projeto, tendo como Presidente e Coordenador da Comissão o Professor Miguel Reale.

O trabalho de reformulação de um Código é fundamental para que se permita ao Direito um acompanhamento dos valores sociais que foram alterados com o passar dos anos. Dentro de um contexto histórico de crescente constitucionalização do direito, o Projeto do Código Civil deveria propor adequação das leis às transformações sociais e aos valores da sociedade consagrados na Constituição Federal de 1988.

Para atingir as expectativas da sociedade com o "novo" Código, o projeto foi elaborado calcado em três princípios fundamentais: o princípio da Eticidade, da Socialidade e da Operabilidade.

A -Princípio da Eticidade: tal princípio trata da participação dos valores éticos no ordenamento jurídico. Assim, as normas, além de comandos, conteriam valores que facilitaria sua melhor aplicação ou exclusão em determinado caso concreto. Daí a opção do legislador em inserir ao novo texto diversas cláusulas gerais, sem a preocupação do excessivo rigorismo formal, possibilitando a criação de modelos jurídicos hemenêuticos, ou

seja, como dito, fazendo com que a interpretação da norma ali disposta seja melhor adequada ao caso em análise.

B- Princípio da Socialidade: este princípio busca superar o caráter individualista, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais. Adota-se a idéia de que todos podem se sacrificar para obtenção de uma sociedade mais justa, respeitando sempre o valor da pessoa humana.

C- Princípio da operabilidade: o direito é feito para ser executado, para eliminar dúvidas existentes e para que esta função seja alcançada sua aplicação e interpretação deve ser facilitada. Caso contrário, de nada adianta uma norma confusa e de difícil interpretação que não encontrará correlação com situações fáticas que necessitam ser resolvidas.

Ocorre que, o Código foi promulgado sem uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração. Para sanar tal fato há a exigência de grande atividade interpretativa dos aplicadores do direito no intuito de evitar que um novo Código, por ter nascido de um antigo projeto, apresente inconstitucionalidades diante de incompatibilidades com os valores norteadores da Constituição Federal de 1988.

Quando se coloca diante de uma interpretação constitucional, não se diz, nem se admite que só há uma solução correta para caso. Ao contrário, afirma-se que a norma impugnada é constitucional, com a interpretação dada, através dos métodos históricos, científico, literal, gramatical, teleológico, sistemático.

Conforme as lições de Lúcio Bittencourt, tem-se que: "Se uma lei pode ser interpretada em dois sentidos, uma que a torne incompatível com a Lei suprema, outra que permite a sua eficácia, a última interpretação é a que deve prevalecer".¹⁵⁶

Ainda sobre o tema, Gilmar Mendes acrescenta: "Oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo alguma delas incompatíveis com a própria Constituição."¹⁵⁷

¹⁵⁶ BITTENCOURT, Lúcio. *Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.95.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.222.

A partir do instante em que se chega à conciliação com a Lei Maior, declara-se o sentido conforme a Constituição e por consequência, o sentido tido por desconforme, funcionando como um controle de constitucionalidade que, no entanto não atinge o ponto de retirar a norma do ordenamento jurídico vigente.

Não se pode deixar de observar que há limites para esta técnica de interpretação. Assim, ela não pode ser utilizada aleatoriamente, pois sofre mitigação ao ter que respeitar a própria literalidade da norma. Logo, não se pode contrariar o sentido inequívoco que o próprio Poder Legislativo pretendeu dar à norma, já que tal ato implicaria em colocação de nova norma no ordenamento jurídico por um poder incompetente para tal. Ocorreria o desenvolvimento de um processo de criação de norma jurídica, privativo do legislador positivo.

O resultado da interpretação estará nos fundamentos das sentenças, que por sua vez, não fazem coisa julgada, possibilitando outros juízes a aplicarem a norma afastada por inconstitucionalidade.

Observa-se ainda que, casos diferentes proporcionarão outra compreensão, daí não poder ser considerada vinculante uma primeira interpretação acerca da norma.¹⁵⁸

Com a realidade atual, diante de um novo Código Civil, é importante salientar que se deve conferir a máxima eficácia social a este novo corpo legislativo, a fim de gerar segurança jurídica à população, sempre observando os princípios fundamentais da Lei Maior.

4.2 Interpretação do Código Civil de 2002.

A despeito do intuito da Comissão revisora em adequar a lei civil às exigências de nosso tempo, a mesma foi clara ao esclarecer que preferiu preservar a estrutura em vigor e ressaltou, principalmente com as declarações do Professor Miguel Reale, que os temas e assuntos mais polêmicos em que a própria sociedade não havia dado uma solução, o legislador não o faria, daí a não regulamentação, por exemplo, da questão das uniões homossexuais.

¹⁵⁸ Por esse motivo, explica-se a razão da improcedência do pedido na ação de inconstitucionalidade em casos em que a solução foi dada através da interpretação constitucional, pois a norma em questão permanece no ordenamento, pronta para ser utilizada em outros casos concretos.

Em suas palavras, o Professor Miguel Reale afirma que:

“Fixei como uma das normas orientadoras da codificação que me fora confiada a de destinar à legislação especial aditiva, todos os assuntos que ultrapassassem os lindes da área civil ou implicassem problemas de alta especificidade técnica.”¹⁵⁹

Logo, o Código Civil de 2002, não trouxe tanta inovação como esperado, apenas positivou o que a doutrina e jurisprudência já haviam consolidado. No caso específico da união estável, por exemplo, a oportunidade de tratá-la de forma coerente foi desperdiçada, principalmente no que diz respeito ao aspecto sucessório.

Analisando o novo Código sob o ponto de vista metodológico, pode-se destacar duas características principais, são elas:

A - Unificação dos Direitos das Obrigações.

B - Adoção de cláusulas gerais como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, introduzindo-se no direito, por exemplo, a função social da propriedade privada e a função social da atividade contratual.

As cláusulas gerais não pretendem dar previamente respostas aos problemas da realidade, mas criam aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social e devem ser lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.

Para tanto deve-se observar os contornos da tutela da pessoa humana, os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, para facilitar a comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.

As cláusulas gerais essenciais inseridas no Código Civil de 2002 são: Direito da Personalidade, Cláusula geral de boa-fé objetiva e Cláusula geral da função social do contrato.

A) Direito da Personalidade

A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível de redução a um elenco de direito subjetivo. Deve ser vista como um

¹⁵⁹ REALE, Miguel. *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Série Cadernos CEJ, v. 20, 2002, p12.

direito fundamental do homem, que tutela a pessoa nos seus valores essenciais, como o direito ao nome, pseudônimo, à imagem etc.

Pode-se considerar a personalidade não como um poder do indivíduo, mas como valor máximo do ordenamento, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade.

B) Cláusula geral de boa-fé objetiva

Encontra-se disposta em artigos no atual Código Civil, como por exemplo o artigo 113, o artigo 187 e o artigo 422. A boa-fé objetiva é regra de conduta dos sujeitos nas relações e importa em conduta honesta, leal.

Como anteriormente esclarecido, as cláusulas gerais possuem conceitos abertos, e por este motivo, para que sua interpretação não seja feita de forma aleatória, os doutrinadores apontam quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada, que devem nortear os negócios conforme a boa-fé objetiva, são eles:

A – Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, I Constituição Federal)

B – Valor Social da Livre Iniciativa (artigo 1º, IV Constituição Federal)

C– Solidariedade Social (artigo 3º, I Constituição Federal)

D – Igualdade Substancial (artigo 3º III Constituição Federal)

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista, exigindo adequação à ordem normativa por ela trazida, privilegiando a dignidade da pessoa humana, sob pena de inconstitucionalidade de tal diploma.

Diante disto, com o atual Código Civil, há alguns artigos que colocam em dúvida quanto à sua constitucionalidade. Uns por contrariarem preceitos fundamentais, outros por operarem retrocesso legislativo em matérias já disciplinadas, e como se sabe, o Sistema Constitucional não admite retrocesso.

Por este motivo, na abordagem da união estável no Código Civil de 2002, deve-se atentar para os critérios da eticidade, operabilidade, socialidade, personalidade e dignidade da pessoa humana para que seja possível uma interpretação atual e justa de normas que em um primeiro momento possam parecer fora do contexto, mas que devidamente interpretadas passam a ter grande operabilidade.

4.3 Tratamento da união estável no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo para a união estável e o primeiro esclarecimento que se faz necessário é saber se houve revogação das leis anteriores que tratam do tema. Existem posicionamentos divergentes, já que há entendimento que somente o Código se encontra em vigor, tendo revogado as demais leis, e em oposição a isto, há orientação segundo a qual as leis da década de 90 e o Código Civil de 2002 irão coexistir, evidentemente, em matérias que não são conflitantes.

Certo é que “o novo Código Civil não inovou no que concerne à união estável, embora tenha incluído título novo no livro IV (Direito de Família)”¹⁶⁰, ou seja, não se pode negar que seu texto praticamente repetiu os dispositivos da Lei nº. 9278/96, e por este motivo o melhor entendimento é de que este diploma legal revoga os anteriores, salvo algumas observações quanto às questões sucessórias que serão separadamente analisadas.

Atualmente, o conceito de união estável pode ser extraído do artigo 1723, *caput*, do Código Civil. Desta forma, considera-se como tal, a entidade familiar entre homem e mulher configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Nota-se que este conceito não se distancia daquele trazido pela lei nº. 9278/96, nem mesmo quanto aos requisitos exigidos e já demonstrados.

Ressalta-se que o § 1º do artigo 1723 dispõe que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521, ou seja, não podem ocorrer os impedimentos matrimoniais. Percebe-se, no entanto, que a própria lei excetua duas hipóteses em que o relacionamento entre o homem e a mulher impedidos para o casamento configuram união estável. Trata-se do separado judicialmente e do separado de fato. Este dispositivo encerra grande discussão jurisprudencial e doutrinária. Nas palavras do professor Rui Magalhães:

A legislação atual permite a união estável de pessoas separadas de fato ou judicialmente, e essas pessoas estão impedidas de contraírem novo casamento. Logo, não poderiam constituir união estável em face do impedimento matrimonial. Portanto, todos os impedimentos matrimoniais constituem causas

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 545, v. 5

de impedimento da união estável, exceto se um convivente for separado de fato ou judicialmente ou ambos.¹⁶¹

4.4 Efeitos da união estável.

O atual Código traz alguns efeitos para a união estável. O primeiro efeito a ser destacado são os deveres de lealdade, respeito e assistência. Em relação a prole há o dever de guarda, sustento e educação¹⁶², conforme preceitua o artigo 1.724.

Quanto ao dever de lealdade, há entendimento de que está implícito o dever da fidelidade e argumenta-se que os deveres entre os companheiros são os mesmos deveres existentes entre os cônjuges, com a divergência da necessidade de coabitação, anteriormente explicitada, e, portanto, há também o dever de fidelidade. Neste sentido, Caio Mário:

Dentro de uma interpretação literal, ser fiel é obrigação apenas para os cônjuges. Para os companheiros, lhes cabe obediência aos deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filios. Não se justifica dar tratamento diverso, quando são valores essenciais nas relações entre cônjuges e companheiros.¹⁶³

Observa-se que enquanto no casamento o desrespeito a um dever gera a sanção da separação judicial, já na união estável se os deveres forem descumpridos, a princípio não há consequência. Sobre a questão, Álvaro Azevedo tem o seguinte entendimento:

Começando pelo dever de lealdade, seu descumprimento provoca injúria grave; paralelamente à deslealdade, está, no casamento, o adultério, que implica a quebra do direito-dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre os companheiros; todavia, devem ser eles leais. A lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie.¹⁶⁴

¹⁶¹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 294.

¹⁶² Este dever entretanto, está mais diretamente relacionado à paternidade responsável do que a relação da união estável entre os companheiros.

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 546. v.5

¹⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2002. p.445.

O segundo efeito destacado no artigo 1724, é o dever de assistência. Essa assistência é moral e material, inclusive no que diz respeito ao direito a alimentos.

O art. 1694 do Código Civil prevê que os companheiros poderão pleitear alimentos pelo rito especial, mas deverão provar a existência da união estável. Importante esclarecer que todas as regras que regem os alimentos entre os cônjuges são aplicáveis para os alimentos entre os companheiros, como por exemplo, a irrenunciabilidade (art. 1707, do Código Civil).

O terceiro efeito da união estável se refere às relações patrimoniais.

O Artigo 1.725 do Código Civil reza que o regime de bens entre os companheiros será o regime da comunhão parcial de bens, que é o regime legal para o casamento. Neste regime, os bens adquiridos antes do casamento são exclusivos, os bens adquiridos, a título gratuito, durante o casamento são exclusivos, e os adquiridos durante o casamento a título oneroso são comuns.

Assim, “não mais se admite buscar a comprovação de que um dos companheiros tenha dado maior contribuição, doravante, é definitiva a sua condição de meeiro, titular e uma parte ideal do patrimônio comum”.¹⁶⁵

Todos os bens que a lei prevê como comunicáveis na comunhão parcial de bens também serão comunicáveis na união estável.

O art. 1725 do Código Civil não se refere à comunicabilidade dos bens subrogados, como já o fazia a Lei nº.9278/96 (art. 5º, § 1º), porém existe a previsão nos incisos I e II do art. 1659 do mesmo diploma legal. Logo, também são comunicáveis os bens que substituem os bens particulares e os bens adquiridos a título gratuito.

O Código preceitua ainda, que se aplica o regime da comunhão parcial no que couber, porque tem regras do regime de bens que não se pode transferir para a união estável.

A respeito do regime de bens, dispõe o art. 1725 Código Civil, que os companheiros podem firmar contrato escrito para estabelecer regime diverso do estabelecido em lei.

Outra forma de constituição da união estável é por contrato escrito. Os conviventes celebram um contrato de união estável onde podem inclusive

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil..* Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 547. v.5

estabelecer o regime de bens que melhor lhe aprouver (...) o contrato escrito de união estável(...) é de real utilidade, ainda que desnecessário para constituí-la. É que no caso de dissolução da união estável, por morte ou por rescisão, não haverá necessidade de demandar previamente o seu reconhecimento, podendo se passar diretamente para a discussão e solução dos demais efeitos decorrentes dela, como as questões relativas a guarda, sustento e visita dos filhos menores.¹⁶⁶

Este contrato pode ser firmado no início ou no final da união estável, preferencialmente na presença de duas testemunhas, para evitar alegação de coação, constituindo uma excelente prova para caracterização da união estável.

Oportuna indagação é se posteriormente à assinatura deste contrato será possível a alteração do regime pactuado. Discute-se se há esta possibilidade para os cônjuges, assim deve ser também para os companheiros, observando-se, entretanto, a exigência legal de somente ser possível a alteração perante juízo competente, ou, se a lei nada diz, não há necessidade de ir a juízo para a alteração.

Outro ponto no qual o atual código é omissivo é quanto ao regime de bens na união estável para companheiros maiores de sessenta anos. O professor Rui Magalhães evidencia a afirmação:

É interessante observar que no caso da união estável a lei não impôs qualquer restrição à liberdade dos conviventes quanto à adoção do regime de bens que melhor lhes aprouver, ao contrário do que ela fez com os maiores de sessenta anos no casamento, impondo-lhes a obrigatoriedade do regime de separação de bens, ou seja, para efeito de casamento, os sexagenários foram presumidos mentecaptos civis, para a união estável eles continuam em pleno gozo de suas faculdades mentais.¹⁶⁷

O professor Caio Mário, a respeito, defende o seguinte entendimento:

“No nosso entender, deve-se aplicar aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores esta idade: deve prevalecer o regime da separação legal dos bens.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 292-293.

¹⁶⁷ *Ibid*, p. 295.

¹⁶⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 547. v. 5.

Um outro efeito a se destacado é a possibilidade de converter a união estável em casamento, conforme preceitua o artigo 1.726 do Código. Para converter exige-se requerimento ao juiz e assim, se não houver impedimento matrimonial, por decisão judicial, aquela união é convertida em casamento. Percebe-se a exclusão da atribuição direta do Oficial do Registro Civil.

A respeito, Caio Mário, afirma: “inclui, no entanto, a obrigatoriedade do pedido judicial de conversão, o qual a nosso ver, será provimento de jurisdição voluntária, cabendo à organização judiciária do Estado indicar o Juízo competente.”¹⁶⁹

Outro efeito da união estável é a questão sucessória que será tratada em capítulo à parte por ser de suma importância e por ser matéria eivada de diversos posicionamentos e discussões.

¹⁶⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil..* Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 547. v. 5..

5. ASPECTOS SUCESSÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

O Código Civil de 2002 trouxe novos aspectos para a sucessão, alterando dispositivos quanto à sucessão do cônjuge e inserindo a sucessão do companheiro em seu texto na intenção de sintetizar aquilo que já constava na legislação infraconstitucional esparsa.

A sucessão dos cônjuges e dos companheiros foi tratada em artigos separados. A primeira encontra-se na ordem de vocação hereditária hoje disposta no artigo 1829, o qual insere o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, substituindo o artigo 1603 do Código Civil de 1916.

Já o aspecto sucessório do companheiro foi tratado em artigo separado, no 1790 do mesmo diploma legal, de forma equivocada, pois encontra-se na parte das disposições gerais do Direito das Sucessões.

Percebe-se que a preocupação do legislador em afastar os institutos foi tão grande que tratou dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro separadamente e discriminadamente, ora privilegiando o cônjuge, ora o companheiro, como a seguir será demonstrado.

5.1. ASPECTOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE.

O Código Civil 2002 traz nova ordem quanto à vocação hereditária e insere o cônjuge dentre os sucessores necessários, “ou seja, não apenas na falta de descendentes e de ascendentes, mas também na presença deles o cônjuge é vocacionado para a sucessão”.¹⁷⁰

Desse modo, aos herdeiros necessários, e agora como tal, ao cônjuge, pertence de pleno direito, a metade dos bens da herança, ou seja, a legítima (art. 1846). Reitera-se que herança não se confunde com meação e quanto a sucessão, deve ser respeitada a ordem de

¹⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 124.

vocação hereditária, assim como as condições de concorrência dispostas no art. 1829. O cônjuge sobrevivente passa, portanto, da qualidade de herdeiro facultativo (que poderia ser afastado da sucessão) à categoria de herdeiro necessário¹⁷¹, sem possibilidade de exclusão. Ainda que o *de cuius* comprometa toda a sua quota disponível, o cônjuge sobrevivente tem direito à sua quota legítima.

“Em guinada abrupta e ascensão vertiginosa, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes (em primeiro lugar) e com os ascendentes (em segundo lugar): deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e passa a ocupar o status de herdeiro legítimo necessário. De terceiro lugar, posição que ocupava no início do século, na ordem da vocação hereditária – passa, agora, para o primeiro lugar, na ordem de preferência”.¹⁷²

Nas palavras de Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador da obra de Caio Mário em matéria sucessória:

“O novo Código Civil representa o ponto de chegada de uma lenta evolução: além de afirmar textualmente sua qualidade de herdeiro necessário (art. 1845) - assegurando-lhe com isso, a legítima (art. 1846, nº I) – pôs o cônjuge em situação destacada, no que diz respeito à ordem de vocação hereditária, permitindo-lhe ser chamado a receber a propriedade (e não o mero usufruto), em concorrência com descendentes e ascendentes – no primeiro caso, porém, a depender do regime de bens do casal (art. 1829, nº. I)”¹⁷³.

Anteriormente ao Código de 2002 não havia preocupação sucessória quanto ao cônjuge porque quanto ao regime de bens, prevalecia o da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro.

Como será adiante analisado, ainda prevalece tal entendimento, pois o legislador traz exceções decorrentes do regime de bens, afastando da sucessão o cônjuge sobrevivente, por exemplo, pelo regime de comunhão universal, e assim, uma vez que já é meeiro está economicamente amparado.

¹⁷¹ Os herdeiros legítimos necessários estão descritos no art. 1845, Código Civil e são os descendentes, os ascendentes e finalmente, o cônjuge. A diferença entre herdeiro facultativo e o herdeiro necessário se localiza na circunstância de que o herdeiro facultativo sucede por força de lei, mas ele pode ser excluído por um testamento que não o contemple. O herdeiro necessário é aquele que não pode ser excluído por um testamento, isto significa que o herdeiro necessário sucede sempre, salvo a deserção ou o próprio não aceitar a herança.

¹⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*, Vol XXI, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 215.

¹⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143. v.6.

A nova abordagem da questão sucessória foi inserida através do artigo 1829, que dispõe:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória 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 concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Assim, a regra é a de que o cônjuge sucede. Entretanto o próprio art. 1829, I¹⁷⁴, aponta três casos excepcionais em que isto não ocorrerá e o critério adotado é o regime de bens. Desta forma, tem-se o seguinte esquema:

a) Se os cônjuges forem casados pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente não sucederá. O legislador entendeu que como meeiro já estará dignamente amparado economicamente.

b) Se casados pelo regime da separação legal, o cônjuge também não sucederá;

c) Se casados pelo regime da comunhão parcial e o autor da herança não houver deixado bens particulares, não haverá, igualmente, sucessão. A *contrario sensu*, se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente sucederá. A situação do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens, em que o falecido não deixou bens particulares, é análoga à do cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens, pois aquele também é meeiro da totalidade dos bens.

Quanto à primeira hipótese, de exclusão de concorrência na herança quando o viúvo tenha sido casado sob o regime da comunhão universal, cumpre ressaltar uma peculiaridade esclarecida pelo Professor Euclídes de Oliveira:

“É preciso apontar situações nas quais apesar do regime comunitário, o cônjuge não tem direito de meação, por subsistirem bens comunicáveis. (...) Em tal hipótese, o cônjuge viúvo não terá nem meação, nem direito de concorrente de herança, o que faz vislumbrar demasiado rigor, uma vez que, se casado fosse no regime a separação convencional de bens, haveria direito de herança sobre imóvel daquela natureza. Está aqui, pois, uma peculiaridade que, em vindo a ser questionada nos tribunais, poderá ensejar solução diversa da prevista em lei, para

¹⁷⁴ No inciso I deste artigo o legislador cometeu um engano: a remissão deve ser ao art. 1641, do mesmo diploma, pois é nele onde estão dispostas as causas de separação legal obrigatória de bens (incisos I, II e III), equívoco a ser corrigido pelo Projeto de Lei nº. 6960/2002, em tramitação, que se propõe a aperfeiçoar o Código Civil de 2002.

que se estenda, a em favor do cônjuge casado no regime da comunhão universal, o direito de herança concorrente com descendentes mesmo sobre bens particulares, uma vez que sobre eles não lhe cabe a meação”.¹⁷⁵

Em relação ao regime da separação obrigatória de bens, é importante esclarecer que há a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os aquestos, os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, por qualquer dos cônjuges, se comunicam ao outro não adquirente. O fundamento desta súmula é a analogia com artigo 259¹⁷⁶ do Código Civil de 1916, que, no entanto, não foi reproduzido no código atual. Caso as decisões entendam pela não aplicação da súmula, haverá enorme prejuízo aos cônjuges casados sob este regime pois, além de perda do direito de meação em razão do regime de separação obrigatória, ainda se verá afastado do direito de herança concorrente, pondo-se em situação de incompreensível inferioridade perante quem tenha se casado no regime de separação convencional.

Caso os cônjuges sejam casados pelo regime da comunhão parcial de bens e o falecido deixou bens particulares, é necessário esclarecer quanto a base de cálculo da sucessão para o sobrevivente, tendo em vista haver divergência de posicionamentos.

Importante observar a hipótese de um autor da herança que possuía um imóvel particular, adquirido antes do casamento e que, na constância do matrimônio, cujo regime era o da comunhão parcial, adquiriu outro imóvel.

É nítido que o cônjuge sucederá quanto ao imóvel particular (art. 1829, I, *in fine*, Código Civil) e quanto ao imóvel adquirido na constância do casamento, o cônjuge é meeiro. A divergência ocorre quanto à outra parte dos bens adquiridos na constância do casamento. Ou seja, se o *de cuius* houver deixado bens particulares, o cônjuge, que tem resguardada a sua meação, também terá direito à quota parte dos outros bens adquiridos na constância do casamento?

Há entendimento de que o cônjuge terá direito à totalidade dos bens deixados pelo falecido, argumentando-se que o legislador não determinou que a base de cálculo seria somente os bens particulares e onde a lei não discrimina, não caberia ao intérprete discriminar. Portanto, ele sucederá sobre todo o acervo hereditário, ou seja, a tudo o que o cônjuge deixou, em concorrência com os descendentes.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.109.

¹⁷⁶ Art. 259, Código Civil de 1916 – Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio dos contratos, os princípios dela quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

Neste sentido são as palavras do professor Luiz Paulo Carvalho em palestra ministrada na EMERJ transcrita na Revista da instituição:

Se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. A herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido. É uma universalidade de direito. Então, portanto, se o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão parcial, concorrer com descendentes porque existem bens particulares, a herança a que ele vai concorrer, já sendo meeiro daquela parte que é dele, será composta da meação do falecido, mais dos bens particulares.¹⁷⁷

A respeito desse posicionamento conclui-se que se é comunhão parcial, o cônjuge tem sua meação, que é adquirida em razão do negócio jurídico e não em razão da morte, e quando se discute a quota de herança, o legislador está se referindo ao todo que pertencia ao *de cuius*.

Entendimento diverso é de que o cônjuge sucede somente quanto ao bem particular, porque quando é meeiro o legislador afastou o direito à sucessão, por analogia ao regime da comunhão universal de bens. De acordo com este entendimento, os professores Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, dispõem o seguinte:

Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma como se dá no regime da separação convencional de bens.¹⁷⁸

Nesse caso, então a lógica interpretativa se faz pelo seguinte viés: aqueles bens que compõem o patrimônio comum do casal são divididos, não em decorrência da sucessão, mas tão-somente em virtude da dissolução da sociedade conjugal, operando-se, via de consequência, a divisão dos bens separando-se as meações que tocavam a cada um dos membros do casal; já os bens exclusivos do autor da herança, relativamente aos quais o cônjuge sobrevivente não tem direito a meação, serão partilhados entre ele, sobrevivente, e os descendentes do autor da herança, por motivo da sucessão causa mortis.¹⁷⁹

¹⁷⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, Sucessão dos cônjuges e Sucessão na união estável. *Revista da EMERJ*, Trimestral, Numero Especial, Parte II jul 2002 a abr de 2003 p. 198.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

¹⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.95. Neste parágrafo a mesma autora dispõe em nota: relativamente a pessoas casadas sob o regime da comunhão parcial de bens, em que haja concorrência do cônjuge sobrevivente, por existirem bens particulares pertencentes ao morto, essa autora tem se posicionado, sempre, e que apenas os bens particulares do falecido entram na partilha que favorecerá o cônjuge sobrevivente, uma vez que esta parece ser a mens legis expressa no Código Civil de 2002.

Esta última é também a interpretação adotada pelo Conselho da Justiça Federal, a qual resultou o Enunciado de nº. 270 que dispõe:

O art. 1829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens, ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Assim, o cônjuge sucede quando casado pelo regime da separação absoluta de bens, regime de participação final nos aquestos e regime da comunhão parcial de bens, quando o falecido deixou bens particulares (ou sub-rogados).

Quanto ao percentual que caberá aos descendentes e ao cônjuge na sucessão, deve-se observar o art. 1832 do Código Civil que determina a igualdade de quinhão entre os filhos e o cônjuge.

Esta igualdade será excepcionada na hipótese em que o cônjuge for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (descendentes comuns). Neste caso, sua quota não poderá ser inferior à quarta parte da herança, ou seja, haverá esta quota mínima reservada.

A *contrario sensu*, não há quota mínima reservada se o cônjuge não for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (ou seja, tratando-se de padrasto ou madrasta) e caberá a ele quota igual à dos que sucederem por direito próprio com partilha por cabeça. Esta regra é clara e não deixa dúvidas quanto a sua interpretação, levando a doutrina a adotar, obviamente, o mesmo entendimento.

Mas se os filhos forem exclusivos do autor da herança, porque tidos da outra união, não possuirá, o cônjuge sobrevivente, direito àquela reserva de quarta parte da herança; receberá, de forma simples, o mesmo quinhão atribuído a cada um dos herdeiros, não importa quantos sejam.¹⁸⁰

“A concorrência do cônjuge com descendentes dos quais não seja ascendente implica a atribuição e uma quota parte idêntica àquela atribuída aos descendentes do morto, sejam quantos forem, não havendo, portanto, a reserva da quarta parte”.¹⁸¹

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.113.

¹⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.96.

Entretanto a clareza mostra-se ausente na hipótese de haver filhos comuns e não comuns (filiação híbrida), pois há omissão do legislador neste aspecto, levando à divergência de entendimento quanto à quota que caberia ao cônjuge, precisamente quanto a existência ou não da quota mínima reservada.

Há entendimento de que preserva-se $\frac{1}{4}$ da herança para o cônjuge e o restante será dividido por toda a prole, ou seja, admite-se aqui, a quota mínima reservada para o cônjuge. Esta é a orientação do professor Sílvio Venosa:

O legislador, contudo, não deu explícita solução para o caso de haver simultaneamente descendentes comum e não comuns (por exemplo: filhos do casal e filhos apenas do de cujus), havendo quem se incline a reconhecer também aí o direito do cônjuge à quota mínima.¹⁸²

Entretanto, em sentido oposto e mais acertadamente, entende-se que a quota mínima somente será assegurada, se todos os descendentes forem comuns (art. 1832, Código Civil). Assim, a herança deverá ser dividida igualmente entre os herdeiros (filhos e cônjuge), ou seja, cada herdeiro deverá receber a mesma quota que o cônjuge, por exemplo, $\frac{1}{5}$ da herança para o cônjuge e também para cada filho, na hipótese de quatro filhos, entre comuns e não comuns. Este posicionamento é seguido por muitos doutrinadores, conforme citações abaixo:

Da mesma forma, a despeito da lacuna da lei, deve ser adotada a mesma solução para o caso em que o falecido deixou cônjuge sobrevivente, filhos do casal e filhos do próprio falecido. Ou seja, na eventualidade de a sucessão legítima abranger filho do falecido que não era ao mesmo tempo filho do cônjuge sobrevivente, a regra será a da igualdade na divisão da herança.¹⁸³

Deve-se ponderar, todavia, que a regra que o consagra tem natureza excepcional, merecendo, portanto, interpretação restritiva. Se o art. 1832 reserva a quota mínima em proveito do cônjuge apenas quando este “for ascendente dos herdeiros com que concorrer”, segue-se que, concorrendo não somente com seus próprios descendentes, bem assim como descendentes apenas do falecido, o cônjuge não estará na situação peculiar (a que a lei condiciona o deferimento da fração mínima) de ser ascendente dos demais herdeiros.¹⁸⁴

Havendo filhos (ou outros descendentes) comuns e exclusivos concorrendo com viúvo, dever-se-á, por força da CF, art.227§6º, e da LICC, art.4º e 5º, diante da omissão legal, afastar a reserva da 4ª parte, dando a todos os herdeiros quinhão igual, pois se assim não fosse, prejudicar-se-iam os filhos exclusivos, que nada têm a ver com o viúvo.¹⁸⁵

¹⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Dir civil: dir das sucessões*. 2. ed. Atlas, 2002, p 108.

¹⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 130.

¹⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 119.

¹⁸⁵ Maria Helena Diniz Vol 6 *Dir. das Sucessões*. São Paulo: Saraiva 2005, p. 129.

A aplicação do primeiro entendimento ensejaria uma injustiça, pois, após a morte do cônjuge sobrevivente, os filhos comuns ainda herdariam a sua parte. Observa Giselda Hironaka que entendimento doutrinário no sentido de considerar todos os descendentes (exclusivos e comuns) como prole do cônjuge supérstite para reservar-lhe a quarta parte da herança não seria justo, pois, representaria certo prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, os quais por não serem descendentes do cônjuge com quem concorrem, restariam afastados de parte substancial do patrimônio exclusivo de seu ascendente morto”.¹⁸⁶

Na falta de descendentes, dispõe o Código Civil que haverá a sucessão de ascendentes em concorrência com o cônjuge (art. 1829, II). Assim, este concorrerá à herança, independentemente do regime de bens. Neste caso, não incidem as exceções do art. 1829, I Código Civil, e a base de cálculo para esta concorrência encontra-se no art. 1837 do mesmo diploma legal, que traz: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta, se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Com relação a este artigo, o Professor Guilherme Calmon ressalta:

O art. 1837 deixa evidenciada a maior tutela jurídica ao cônjuge sobrevivente, pois o considera em igualdade de condições aos pais do falecido, para fins de sucessão legítima. E relativamente aos demais ascendentes, o dispositivo considera o cônjuge merecedor de maior proteção, pois a ele é reservada a terça parte da herança, independentemente do número de ascendentes acima do segundo grau.¹⁸⁷

Ainda sobre a disposição deste artigo, o atualizador da obra de Caio Mário adverte:

“Note-se que a segunda parte do art. 1837 se desdobra em duas hipóteses, e para ambas a lei determina que ao cônjuge tocará a metade, cabendo a outra aos ascendentes. Se houver, um único ascendente, independentemente de grau, recolherá ele essa metade; se mais de um houver, porém, de grau superior ao primeiro, a metade será repartida por linhas entre os ascendentes (art. 1836, §§ 1º e 2º). Para que os dois casos possam ser nitidamente separados, é preciso interpretar a cláusula final (“ou se maior for aquele grau”) como abrangente de

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. (Coord.), Comentários ao Código Civil: Parte Especial: *Direito das Sucessões* vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p.227

¹⁸⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 141.

hipótese diversa da imediatamente anterior: caso contrário, nenhum sentido teria o emprego da conjunção alternativa”.¹⁸⁸

Em suma, o cônjuge herdará um terço da herança, se os pais do falecido forem vivos. Nos demais casos, se só houver um ascendente ou se os ascendentes em 1º grau forem pré-mortos e houver ascendentes de maior grau, o cônjuge herdará a metade dos bens do autor da herança.

A próxima hipótese trazida pelo art. 1829 em seu inciso III é a de que não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge receberá a totalidade da herança.

Nota-se que mesmo na hipótese do inciso III, não é em todo caso que o cônjuge receberá efetivamente a totalidade da herança, pois pode haver um testamento válido em que o testador poderá dispor da metade da herança e assim, o cônjuge sobrevivente receberá apenas a outra metade.¹⁸⁹

Importante observar que o artigo 1830 dispõe:

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

Sobre este aspecto a professora Giselda Hironaka aponta duas situações em que o cônjuge separado de fato irá suceder: quando a culpa foi exclusiva do *de cuius* e também quando não houve culpa de ambos, segue transcrito o comentário:

Ora, a interpretação do art.1.830 só pode significar que, se a culpa por tal impossibilidade foi exclusiva do morto (I), ou se não houve culpa de ninguém (IV), tendo havido, nesse caso, mero acordo (tácito ou expresso) no sentido de uma separação fática, sem imputação de culpa da parte de quem quer que seja, o cônjuge sobrevivente, mesmo que separado de fato, participará da sucessão, concorrendo nas duas primeiras ordens de vocação hereditária e amealhando a totalidade do acervo se a vocação chegar até a terceira ordem sucessória.¹⁹⁰

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 122.

¹⁸⁹ O último inciso do art. 1829, inciso IV, trata da sucessão legítima dos colaterais. E nota-se que neste artigo o Poder Público, corretamente, não consta na ordem de vocação hereditária, como ocorria no Código de 1916 (art. 1603). Positiva-se o entendimento de que o Estado não é herdeiro, mas mero destinatário dos bens vagos

¹⁹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.93-94.

Será todavia, afastado da sucessão se restar comprovado que a culpa pela separação foi exclusivamente do sobrevivente, ou mesmo quando se concluir ter havido culpa concorrente, imputável a ambos.

Assim, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança, se estava separado de fato há mais de dois anos, se provar que não teve culpa na separação. A respeito deste dispositivo, Guilherme Calmon comenta que:

Tal dispositivo jurídico demonstra a busca da lei em tutelar as verdadeiras e autênticas relações jurídicas fundadas no casamento (não apenas formal, mas especialmente de fato). Em outras palavras: resgata-se a importância da afetividade, do companheirismo, da cumplicidade, da convivência para a continuidade da família fundada no casamento, somente merecendo tutela aqueles que efetivamente mantiveram as relações familiares até o fim da vida do autor da sucessão”.¹⁹¹

É de se lamentar, tão-somente, a ressalva feita no art. 1830 do novo CC, acerca da possibilidade de se reconhecer a qualidade de herdeiro e, portanto, titular de direito sucessório ao cônjuge sobrevivente que estava separado de fato, se ele demonstrar que a convivência se tornara insuportável sem a sua culpa (...) efetivamente, não há sentido em se considerar o critério da culpa na atualidade, mormente em matéria de sucessão legítima. Inexiste razoabilidade e valor jurídico que possa justificar a regra legal contida no art. 1830 CC a respeito da culpa para fins de permitir a sucessão legítima em favor daquele que não teve culpa na separação de fato.¹⁹²

Posiciona-se da mesma forma a Professora Giselda Hironaka, salientando que:

O moderno direito de família “tem procurado esquivar-se, cada vez mais, das cruéis exigências da prova de culpa de qualquer dos cônjuges, para abalizar a autorização de ruptura matrimonial. A tendência atual, sabe-se tão bem, é visualizar um Direito de Família novo, que tenha por objetivo as relações de afeto, sob a ocorrência dos fenômenos da desbiologização e da despatrimonialização destas mesmas relações. (...) E o legislador do novo Código, em matéria de Direito das Sucessões, surdo ao clamor da pós-modernidade, fala inescrupulosamente em culpa, e ainda pretende que a prova de sua ausência, para efeito de se deferir a herança ao cônjuge, em concorrência com descendentes, por exemplo, fique a cargo do processo de inventário (..) e num tempo em que o outro cônjuge, eventualmente envolvido no espólio culposo, já estará falecido! Será que isso dará certo? Parece que teremos quase que mais uma causa de exclusão de herdeiro fora de seu habitat legislativo.”¹⁹³

¹⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 125.

¹⁹² *Ibid*, p. 126.

¹⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *Direito Sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. Revista de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, p.74.

Nota-se ainda que a questão da culpa é fática e vai depender de prova. Indaga-se sobre qual o juízo competente para dirimir tal questão: remete-se para a Vara de Família ou pelo juízo universal do inventário será ali mesmo solucionado? Outro questionamento é quanto à prova da culpa, a quem caberia? Embora seja tema de alta indagação, os autores já estão se posicionando a respeito do ônus da prova. Há posicionamento de que a prova caberia ao cônjuge e, em sentido oposto, de que caberia aos interessados.

Se, no entanto, a convivência cessar sem culpa do sobrevivente, será ele chamado a suceder o de cujus. O ônus da prova das circunstâncias em que se iniciou a separação de fato recai sobre o cônjuge que reivindique para si a qualidade de sucessor.¹⁹⁴

A quem caberia provar que a separação de fato se deu por culpa do cônjuge sobrevivente? Não a este, certamente, pois baste que se habilite como viúvo, comprovando o casamento com o autor da herança. Aos terceiros interessados, então, que seriam os herdeiros em concorrência (descendentes ou ascendentes), ou os colaterais, como também eventual ex-companheira do falecido, é que pesará o encargo de provar que a ruptura da vida conjugal se deu por culpa do cônjuge, mediante a exibição de documentos hábeis ou por meio de ação própria.¹⁹⁵

Ainda sobre o texto do art. 1830, pode-se supor uma hipótese em que há cônjuge sobrevivente separado de fato há mais de dois anos, e que por sua vez, não teve culpa na separação e ao mesmo tempo, uma atual companheira. Neste caso, há discussão de como será estabelecido o direito sucessório. Segue o entendimento do Professor Guilherme Calmon:

Diante do falecimento da pessoa casada – e separada de fato há mais de dois anos – que vivia em companheirismo com outra pessoa que não o cônjuge, será perfeitamente possível o chamamento conjunto do cônjuge e do companheiro sobrevivente em igualdade de condições a respeito dos bens adquiridos a título oneroso durante o companheirismo (art. 1790 do CC), e o chamamento exclusivo do cônjuge sobrevivente quanto aos demais bens deixados pelo falecido. (...) Para tanto, é fundamental que o cônjuge sobrevivente prove que a convivência com o falecido se tornou impossível sem sua culpa.¹⁹⁶

De outra forma, entende Mário Luiz Delgado Régis:

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.130.

¹⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 132.

Na solução dessa antinomia, deve-se concluir pela prevalência, no caso, do disposto no inciso IV do art.1790, tido como norma especial em relação ao art.1.830, assegurando-se assim, ao companheiro, a totalidade da herança no tocante a esses bens, e excluindo, em consequência, quanto aos mesmos, qualquer direito sucessório do cônjuge". Observa, porém, que "deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável."¹⁹⁷

Não se pode excluir o direito sucessório do cônjuge, porque não pode ser ele penalizado pela separação que não causou. Mas não parece justo excluir o novo companheiro (...) Fica, nessa hipótese, o companheiro, com direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Para tal entendimento, há que se ampliar a expressão parentes sucessíveis, utilizada no inciso II como no inciso IV do art.1.790, para abranger qualquer pessoa beneficiada pelas regras da sucessão legítima, ou seja, qualquer pessoa beneficiada pelas regras da sucessão legítima, ou seja, qualquer daquelas constantes da ordem de vocação hereditária prevista no art.1.829. A solução parece mais lógica.¹⁹⁸

Há sem dúvida, dificuldade quanto à interpretação desta concorrência entre cônjuge e companheiro, a começar pelo fato de que havendo colateral sucessível, este reduz a herança do companheiro que recolheria tão somente um terço dela. Mas neste caso, por atração à qualidade superior do cônjuge na ordem de vocação hereditária, o companheiro irá afastar o colateral. Mas e quanto a sua quota? Restará limitada a 1/3, conforme seria em concorrendo com os colaterais? O professor Euclides de Oliveira se orienta no sentido de restringir ao companheiro a quota de 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável quando há concorrência com o cônjuge:

Então, havendo colaterais sucessíveis, tem-se que o cônjuge será herdeiro, mas não se pode desprezar, nesse momento, a posição do companheiro, a quem, por analogia do que receberia em concurso com os colaterais, caberia tão-somente um terço do que coubesse ao cônjuge.¹⁹⁹

Percebe-se que quanto a este tema a jurisprudência através de casos concretos terá fundamental importância quanto ao direcionamento e parâmetros desta concorrência entre cônjuge e companheiros.

¹⁹⁷ REGIS, Mario Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código? *Revista Brasileira e Direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFam, ano 07, nº. 29, abril/maio 2005.p.218

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.132.

¹⁹⁹ *Ibid*, p.183.

5.1.1. O direito real de habitação entre os cônjuges.

O direito real de habitação é tratado no art. 1831. Entretanto, antes da análise deste dispositivo deve-se observar que no direito anterior exigiam-se dois os pressupostos para o seu reconhecimento (1611§2º do Código Civil de 1916): o regime de comunhão universal de bens e a existência de um único imóvel destinado à família.

Atualmente não há mais limitação quanto ao regime de casamento para este direito e observa-se nas palavras de Guilherme Calmon que mesmo antes deste dispositivo, esta limitação já não era observada pois:

Em período anterior ao advento do CC de 2002, fora apresentada posição doutrinária no sentido e reinterpretar o §2º, do art. 1611, CC 1916, para considerar que não havia mais a exigência de determinado regime de bens para o reconhecimento do direito sucessório, especialmente diante da regra estabelecida pelo art. 7º, parágrafo único da Lei nº. 9.278/96: “ considerando que o regime de comunhão universal de bens nunca existirá no companheirismo, é lógico concluir que a lei propositadamente não restringiu o direito a tal regime para o efeito de aplicá-lo em todos os casos (...) Conseqüentemente, para evitar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois estaria criando mais direitos aos companheiros, se comparados aos casados sob regime diverso da comunhão universal de bens, deve ser considerada a cláusula de maior favorecimento, no sentido de alargar o direito real de habitação entre casados, para todo e qualquer regime.²⁰⁰

Assim, retiram-se da análise do art. 1831 do Código Civil, duas inovações:

a) O cônjuge sobrevivente terá direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens. Pelo texto do Código Civil de 1916, somente o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal possuía esse direito (antigo art. 1611, § 2º), observadas as considerações acima dispostas.

b) O direito real de habitação perdurará, ainda que o cônjuge sobrevivente contraia novas núpcias ou conviva em união estável. Não há mais condição resolutiva. Pelo regime do código anterior, o direito real de habitação só era assegurado, enquanto durasse a viuvez.

Desse modo, diante da omissão a respeito e o cônjuge se manter viúvo, não haverá perda do direito real de habitação se o sobrevivente, titular do direito real

²⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 127.

de habitação, constituir nova família fundada no casamento ou no companheirismo.²⁰¹

Percebe-se que os filhos não terão direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, e ainda, o dispositivo legal não se refere à propriedade, mas ao direito real (de habitação) sobre coisa alheia, logo, o cônjuge sobrevivente não poderá dispor do imóvel. Poderá, por outro lado, renunciar a este direito, segundo entendimento do Conselho da Justiça Federal através do Enunciado 271: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”.

Atenta-se ainda que o Código de 1916 assegurava o direito do cônjuge sobrevivente ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos, ou à metade, se não houvesse (antigo art. 1611, § 1º). Tratava-se do usufruto viual.

O atual Código não se refere ao usufruto; somente ao direito real de habitação. Desapareceu, portanto, o usufruto viual coerentemente com o novo tratamento dado ao cônjuge no direito sucessório. Nas palavras do professor Luiz Paulo:

Já quanto ao usufruto legal sucessório, houve revogação expressa do parágrafo 1º do art. 1611 do código anterior pelo Código de 2002 (vide art. 2045). Mesmo que tal revogação não fosse expressa, tal direito perdeu o sentido, a necessidade prática, tendo em vista que o cônjuge e o companheiro foram contemplados em propriedade (direito real por excelência) em relação ao patrimônio do de cujus, pelo referido diploma substantivo, a não ser que lhe faltem, no caso concreto, legitimidade para tanto.²⁰²

“Não subsiste o direito de usufruto ao cônjuge sobrevivente, para as sucessões abertas na vigência do código civil de 2002. Em lugar do usufruto, o cônjuge passa a ter participação concorrente na propriedade e bens da herança”.²⁰³

5.2. Aspectos Sucessórios na união estável.

O Código Civil de 1916 não continha dispositivo de direito sucessório relativamente às uniões estáveis. Já o código de 2002 enfrentou este aspecto, entretanto, não utilizou de melhor técnica frustrando expectativas, como mais a frente será demonstrado.

²⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 128.

²⁰² Artigo do Professor Luiz Paulo Vieira de carvalho. NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITARIA, no site www.jmleoni.com, p. 3,

²⁰³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.134.

Apenas um artigo do atual código dispõe sobre o tema, a saber, o artigo 1790, mas seu pequeno corpo já é suficiente para conter inúmeras discussões. Nas palavras de Rodrigo Pereira:

A sucessão na união estável, em síntese, sofreu duas mudanças muito significativas, em relação às leis anteriores. A primeira foi a delimitação dos bens sucessíveis àqueles adquiridos a título oneroso, na constância da conjugalidade. A segunda é que a herança será dividida, em vários níveis, conforme preceitua o art. 1790.²⁰⁴

Como dito, o Código Civil de 2002 traz a questão sucessória dos companheiros no artigo 1790 e a primeira observação que se faz necessária é quanto a sua disposição no diploma legal.

A crítica que se impõe na análise inicial do citado artigo, certamente refere-se à má técnica legislativa que, equivocadamente, insere a matéria nas “Disposições Gerais”, do Livro das Sucessões, quando, na realidade, nada tem a ver o tema com Disposições Gerais, e muito menos, na abertura de um Livro do Código Civil. O artigo não é uma Disposição e, muito menos “Geral”, bastando para tanto examinar seu conteúdo e o detalhismo excessivo que apresenta no transcorrer de seus quatro incisos. Uma Disposição Geral, como a própria expressão sugere, esgota-se na apresentação de enunciado amplo, de princípio genérico, aplicável a todas as demais espécies dela decorrentes, não é o que ocorre no citado artigo 1790.²⁰⁵

Assim, deveria o tema estar inserido em associação com o art. 1829 que trata da ordem de vocação hereditária e não nas “Disposições Gerais” do Livro das Sucessões, ou seja, “o correto seria ter incluído o companheiro no próprio art. 1829, CC e não acrescer mais um dispositivo ao texto do código”²⁰⁶. Neste mesmo entendimento, Zeno Veloso, ao comentar o art. 1829 trata que “neste artigo é que deveria ter sido referida a sucessão dos companheiros, regulada atecnicamente, no art. 1790”.²⁰⁷

Explica-se, conquanto não se justifique essa alocação errônea, pelo fato de a união estável somente ter sido introduzida no texto do projeto na sua fase final de

²⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e a curatela*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 187.

²⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 53. v. XXI.

²⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

²⁰⁷ VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. FIÚZA, Ricardo (Coord). São Paulo: Saraiva, 2002, p.1648.

votação, quando das emendas apresentadas no Senado Federal, em 1997. Fez-se então, um enxerto apressado do direito do companheiro na sucessão hereditária.²⁰⁸

Como dito, o legislador separou os dispositivos, enquanto o cônjuge encontra-se no artigo 1829 e no artigo 1845 do Código Civil de 2002 que o eleva à condição de herdeiro necessário, o companheiro somente está inserido textualmente no 1790.

Este dado divide a doutrina quanto à condição ou não do companheiro como herdeiro necessário, pois há entendimento de que em igualdade com os cônjuges, seria ele também herdeiro necessário, embora não conste do texto do art. 1845.

Tal posição possui como fundamento a igualdade entre cônjuges e companheiros, o Princípio da não discriminação entre as famílias, sob pena de inconstitucionalidade e ainda defende-se que quando o art. 1790 estabelece que a companheira “participará da sucessão” de forma imperativa, está obrigando a participação e conseqüentemente ao atribuir quota certa e inafastável ao companheiro traz a idéia de herdeiro necessário. Neste sentido:

Ao ver deste atualizador, que se identifique também na regra do art. 1790, nº. IV, do novo Código Civil, caso de herança necessária, em razão da qual se deverá reconhecer, em favor do companheiro, o direito à legítima, quando não haja qualquer parentes sucessíveis com quem concorra... se na hipótese que ora se cogita, for permitido a um dos companheiros dispor da totalidade de seu patrimônio, o exercício dessa irrestrita liberdade de testar poderá comprometer, em muitos casos, a própria sobrevivência do mais próximo de seus familiares – o resultado, manifestamente indesejável, parece condenar qualquer interpretação em sentido contrário.²⁰⁹

O companheiro é herdeiro necessário, isso, pelo seguinte: em primeiro lugar, o legislador diz que ele participará da herança, de modo imperativo. Em segundo lugar, quem participa de uma herança, ou participa como herdeiro, ou participa como legatário. E aqui se ele recebe quinhão não individualizado, no momento da morte, é um herdeiro(...) Porém, o mais importante está situado no art. 1850: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.”. Ora, regra restritiva de direito patrimonial se interpreta de modo estrito, não sendo possível utilizar-se aqui da aplicação da analogia. Esquecendo o legislador ou não, o companheiro ou a companheira não figuram no art. 1850. Figuram neste artigo, o cônjuge sobrevivente não pode excluí-los da sucessão por testamento. Sendo assim, eles são herdeiros necessários mesmo que suas quotas estejam reduzidas.²¹⁰

²⁰⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.141.

²⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 167.

²¹⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, Sucessão dos cônjuges e Sucessão na união estável. *Revista da EMERJ*, Trimestral, Número Especial, Parte II jul 2002 a abr de 2003, p. 205.

No entanto, o melhor entendimento é que caso fosse esta a intenção do legislador, este teria incluído o companheiro no artigo 1845, e como não o fez, não pretendia colocá-lo como herdeiro necessário.

Assim, ao menos pela letra expressa da lei, o companheiro e a companheira são herdeiros legítimos, mas não necessários, são apenas herdeiros facultativos. As razões transcritas enriquecem o tema: “Companheiro não é herdeiro necessário, não tem direito à legítima, podendo ser livremente excluído pelo testador na sucessão testamentária²¹¹

Neste código, entretanto, os companheiros não estão incluídos no rol dos herdeiros necessários, como está incluído o cônjuge. O (a) companheiro (a), portanto, pode ser excluído da herança sem necessidade de menção ou prova acerca da indignidade.²¹²

Diante destes poucos aspectos, já é perceptível a grande discussão do tratamento da sucessão entre companheiros, mas, ainda que sob críticas, como se encontra na ordem vigente, o melhor entendimento quanto ao tema no Código de 2002 passa obrigatoriamente pela análise do artigo 1790, que dispõe:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

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

Já no *caput* do dispositivo é possível perceber a diferença com relação a sucessão do cônjuge pois, neste dispositivo que regulamenta a sucessão dos companheiros, estes participarão da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, ou seja a concorrência ocorrerá justamente quanto aos bens sobre os quais o companheiro já é meeiro. Deveria ele, beneficiar-se da herança, isto sim,

²¹¹ NERY JR, Nelson. *Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.784.

²¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e a curatela*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 181.

dos bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente (art 1.829).

Não resta dúvida quanto à discriminação. Neste particular professor Luiz Paulo e o atualizador da obra de Caio Mário (Carlos R. B. Moreira) se manifestam da seguinte forma:“ restringindo-se, a meu, ver, absurdamente o direito sucessório da companheira ou ao companheiro apenas eventual existência de aquestos no patrimônio do falecido”.²¹³

Retrocesso: basta considerar a situação dos companheiros que não chegam a formar patrimônio comum e que, por conseguinte, estariam (a luz do caput do art. 1790) reciprocamente excluídos da sucessão. Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não somente faria jus à meação, como ainda não seria chamado a suceder o de cujus.²¹⁴

Há entendimento que tal dispositivo é fruto do tratamento diferenciado que a própria Constituição quis instituir entre casamento e união estável:

O caput do artigo 1790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existente entre casamento e união estável, reafirmando que o (a) companheiro (a) participará da sucessão do outro, quando os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (...) situação inferior ao casamento onde a regra geral continua sendo a de considerar a mulher como meeira do patrimônio comum do casal. O privilégio da meação, pois, fica ressaltado, ainda uma vez, no texto infraconstitucional, a afastar qualquer exegese equivocada que pretenda visualizar na união estável a igualdade ao casamento”.²¹⁵

Equivocada, porém, a interpretação neste sentido. Em verdade, o art. 1790 enseja sim uma diferença, mas não a diferença desejada pela Constituição que por sua vez, no §3º do art. 226, iguala o tratamento entre as famílias. Fundamental lembrar que este mandamento é norma programática, devendo assim, o legislador considerá-lo no momento da elaboração de leis, embora se perceba que incorporar valores constitucionais em textos infraconstitucionais se mostre uma dificuldade cada vez mais freqüente.

Justamente por esta dificuldade retratada e pela ausência de leis claras e precisas, o *caput* do art. 1790, de início, já apresenta flagrante vantagem para o cônjuge, cuja base de

²¹³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, Sucessão dos cônjuges e Sucessão na união estável. *Revista da EMERJ*, Trimestral, Numero Especial, Parte II jul 2002 a abril de 2003 p. 203.

²¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155.

²¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*, Vol XXI, 3º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55.

cálculo é maior, pois irá suceder quanto a todos os bens. Quanto a esse tratamento diferenciado e por outros mais adiante analisados discute-se a constitucionalidade deste artigo.

Exemplo trazido pelo professor Euclides de Oliveira demonstra que este dispositivo ao lado do 1829. I, traz também hipótese de flagrante vantagem para o companheiro em detrimento do cônjuge. Esta situação não incentiva a conversão da união estável em casamento, como deseja a Constituição, assim, com toda a propriedade, aponta o professor o seguinte:

Na realidade, apresenta-se vantajoso ao companheiro, o direito sucessório, comparativamente ao cônjuge, quando só haja bens havidos onerosamente durante a convivência. Dá-se a cumulação, para o companheiro, dos direitos de meação e herança, pois o art. 1790 manda aplicar a concorrência de tais bens, sem qualquer ressalva. Diversamente o cônjuge sobrevivente tem direito a concorrer na herança com descendentes quando não tenha direito a meação, dadas as ressalvas de que não ocorre a concorrência se casado com o falecido pelo regime da comunhão universal.²¹⁶

Chega-se à situação extrema de discriminação entre filhos de família fruto de casamento e de filhos fruto da união estável, pois se o cônjuge receber maior quinhão, automaticamente os filhos receberão menos e vice versa, levando ao claro desrespeito à vedação constitucional de tratamento desigual entre esses dois tipos de família e principalmente, coloca-se uma hierarquia entre os filhos que há tempos foi afastada do Ordenamento Jurídico brasileiro.

Analisando o primeiro inciso do artigo 1790, deve-se atentar que o mesmo não traz qualquer ressalva quanto à parte mínima reservada na divisão ao companheiro sobrevivente, como ocorre no art. 1832 *in fine* em relação ao cônjuge. Logo, não há quota mínima reservada para o companheiro, demonstrando-se, mais uma vez flagrante discriminação.

“O inciso I do art. 1790 do CC – que se refere à sucessão em favor do companheiro que concorre com filhos comuns, não traz qualquer ressalva quanto à parte mínima reservada na divisão ao companheiro sobrevivente”.²¹⁷

²¹⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.161.

²¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 130.

“Se comparar essa regra com a norma atinente à concorrência do cônjuge com os descendentes comuns, verificar-se-á que não houve a reserva da quarta parte da herança ao companheiro sobrevivente”.²¹⁸

De fato, através do texto expresso da lei, não há a reserva mínima para companheiros, entretanto, alguns autores defendem a sua existência através dos seguintes argumentos:

Ora, se o legislador reconhece que na união estável, pode ocorrer união e esforço na aquisição de bens, como no casamento, não é possível (ao menos no terreno da lógica) que desconheça a garantia da quarta parte da herança em relação ao companheiro. Se ao cônjuge supérstite é garantido este montante de quota hereditária, da mesma forma (por força do reconhecimento expresso do art. 1725) aquele montante deve ser garantido ao companheiro. Como, porém ao (a) companheiro (o) desde a lei n 8971/94, vem-se reconhecendo o direito sucessório, previsto e lei e admitindo, sem vacilações, pela doutrina e pela jurisprudência, tudo indica que a “quota “ a que se refere o art. 1790, I, equivale a mesma proporção a que se refere o art. 1829, I, quando trata a ordem de vocações hereditária.²¹⁹

Observa-se ainda que se o companheiro concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho (art. 1790, I, CC) quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Já quanto aos demais bens (bens particulares), somente os filhos terão direito à sucessão. Assim, se o companheiro faleceu e deixou três filhos comuns e companheira, cada um receberá ¼ quanto aos bens adquiridos onerosamente, resguardada a meação do cônjuge e à quota dos filhos serão acrescentados os bens particulares. Não há que se falar em meação do companheiro quanto aos bens particulares.

Ocorre que, no caso de cônjuge na mesma hipótese, ou seja, com três filhos, o cônjuge (casado em comunhão parcial, deixando bens particulares) ficará com 1/4 (quota mínima segundo garantia do artigo 1832) e os filhos receberão também 1/4, ou seja, estes receberão menos do que a situação acima descrita onde se trata de uma família em união estável.

²¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.99.

²¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*, Vol XXI, 3º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 60.

Desta forma, os filhos nascidos durante a união estável estão, nesta hipótese, em caso de falecimento de um dos companheiros, em melhor situação do que a dos filhos nascidos durante o casamento, que terão que dividir a totalidade da herança com o cônjuge. Assim, há diferenciação entre os filhos, vedada constitucionalmente.

O art. 1790, I, do Código Civil, refere-se a filhos comuns e não, a descendentes comuns. Diante desta leitura, indaga-se como se dará a sucessão do descendente comum (ex.: neto), se o falecido deixou companheiro e o óbito ocorreu na vigência do novo Código Civil?

Atenta-se que a solução mais adequada é interpretar a expressão “filhos comuns”, como sendo “descendentes comuns”, pois filhos e netos são da mesma classe (descendentes). Logo, não seria razoável que os demais descendentes comuns, que não são filhos, recebessem de forma diferenciada, ou seja, na forma do inciso III. Esta é a sugestão do Enunciado 266 do Conselho da Justiça Federal (“Aplica-se o inciso I do art. 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”) e também da doutrina mais atual:

Também equivocada a menção, no inciso I, do mesmo artigo, da concorrência com filhos, quando mais abrangente e apropriada a referência a descendentes, como ocorre na hipótese de filhos pré-mortos deixando herdeiros netos do autor da herança. Veja-se que o inciso II faz correta menção a descendentes.²²⁰

Ao descrever a primeira hipótese, fala-se em concorrência “com filhos comuns”, devendo-se entender, porém, que a referência correta é a de descendentes comuns. A semelhante conclusão se chega não somente pela oposição nítida que se pretendeu estabelecer entre os dois primeiros incisos – o segundo dos quais alude, de modo adequado, a descendentes não comuns -, como também pelo fato de que, se assim não for, os descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos etc) acabariam por enquadrar-se entre aqueles (outros parentes sucessíveis) de que fala o n.º III do art. 1790, com isso, produzindo resultados absurdos: basta imaginar que o cônjuge, se concorrer com muitos netos comuns(quatro ou mais), terá direito a ¼ da herança (art. 1832), enquanto o companheiro, na mesma situação receberia a fração (maior) de 1/3 – a lei teria, em iguais circunstâncias, conferindo ao companheiro mais direitos que ao cônjuge.²²¹

Entendimento contrário não poderá ser vislumbrado, visto que se o intérprete não ampliar o sentido da norma como acima sugerido, os descendentes comuns, que não são

²²⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.161.

²²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157

filhos, por exemplo, os netos, sucederiam na forma do inciso III, gerando uma incoerência: o neto receberia mais do que o filho.

No que tange ao inciso II, observa-se que se o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles. Assim, se existir descendentes, inclusive filho, mas que seja só do autor da herança o companheiro ou a companheira terá direito à metade do que cada um receber.

A redação é defeituosa, pois nem todos os descendentes chamados terão, forçosamente, direito a frações idênticas: o legislador, pela redação dada ao dispositivo, parece ter partido da premissa oposta (e equivocada). É perfeitamente possível que, ao lado do companheiro, concorram, por exemplo, filhos e netos do autor da herança, quando os últimos sejam convocados por direito de representação e, conseqüentemente, dividam a quota do filho pré-morto (novo Código Civil, arts.1.835 e 1.855) . A metade”, a que se refere o texto legal, deve ser, pois, calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados por direito próprio: havendo a simultânea vocação de filhos e netos (apenas) do de cuius , a parte do companheiro deverá corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filho e à(s) estirpe(s) do(s) filho(s) pré-morto(s).²²²

Mas observa-se que se a companheira tem um filho comum e há também filhos só do *de cuius* aplica-se a hipótese do inciso I porque este dispositivo não está dizendo “só” filho comum, isto é, deve ser interpretado no sentido de que basta ter um filho comum para que se utilize o mandamento do inciso I e a hipótese do inciso II fica reservada para o caso de somente haver filho do morto.

Como os filhos do de cuius – quer aqueles provenientes da união estável entre ele e o companheiro sobrevivente, quer os de outra qualquer origem – têm os mesmos direitos sucessórios (Constituição Federal, art.227, §6º), seria logicamente inadmissível cogitar de solução por meio da qual os critérios dos incisos I e II fossem ,ambos, aplicados simultaneamente: o companheiro não poderia receber quotas idênticas à dos filhos comuns, a qual também corresponde à metade daquela atribuída aos não comuns- as frações dos primeiros e dos últimos devem ser forçosamente iguais (...) Inclino-nos por adotar a solução mais favorável ao companheiro, que é a do n.º. I do art.1.790: partilha por cabeça, em igualdade de condições para todos os co-herdeiros (ou, mais precisamente, para todos aqueles chamados por direito próprio), levando em conta a circunstância do novo Código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art.1832, parte final).²²³

Quanto ao inciso II retoma a dúvida já apontada na matéria e gera tanta perplexidade quanto o primeiro inciso, a ocorrência com descendentes só do autor da herança lhe atribui direito apenas à metade do que couber aos filhos, partindo-

²²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158.

²²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158.

se do pressuposto que a ausência de filiação comum lhe dá direito “pela metade”.
224

A respeito da filiação híbrida, o professor Luiz Paulo tem o seguinte entendimento:

No entanto, como o legislador, no inciso I, se refere tão somente a filhos comuns e no inciso II menciona os descendentes (em geral) somente do autor da herança, é possível também o raciocínio, dentro da literalidade regra de que, na hipótese de filiação híbrida, bem como na situação de concorrência com outro(s) descendente(s) comum(s), excluindo-se o (s) filho(s) do de cujus, ser pertinente pela aplicabilidade do inciso III do artigo em questão, garantindo-se ao companheiro sobrevivente em ambas as hipóteses, 1/3 (um terço) da herança e aos demais sucessores, 3/4.²²⁵

O inciso III do art. 1790, dispõe: “se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a 1/3 da herança”

Havendo pai e mãe sobrevivente ao autor da herança, o concurso do companheiro é igual ao direito que teria o cônjuge, ou seja, um terço da herança, para cada um dos três herdeiros concorrentes. Mas, sendo pré-morto um dos ascendentes, ou sobrevivendo apenas avós do autor da herança, o companheiro continua tendo apenas um terço, enquanto, se fosse casado, perceberia metade dos bens (art. 1.837 do Código Civil).²²⁶

Quanto ao inc III: “ o inciso é plenamente justificável, na medida em que prioriza a retenção do (a) companheiro (o) que, na ótica do codificador, contribuiu na aquisição do patrimônio. Causa, porém, espécie, quando se refere a “um terço” de herança e inquestionável retrocesso, pois, se na união estável, a regra as relações patrimoniais é o regime da comunhão parcial dos bens (art. 1725), o direito do (a) companheiro (o) no direito sucessório diz respeito à metade do patrimônio e não, certamente, a um terço.²²⁷

Se, todavia, aprovado o Projeto de Lei nº. 6.960, de 2002, o art. 1.790 será alterado, passando a caber ao companheiro, quando concorra com ascendentes, uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles.

É importante frisar que o inciso III textualmente indica que o companheiro concorre com colateral. A respeito, duas observações são indispensáveis: o cônjuge afasta o colateral

²²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 62. v. XXI

²²⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITARIA, no site www.jmleoni.com, p. 05

²²⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.171.

²²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*, Vol XXI, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

enquanto neste dispositivo, o companheiro concorre com ele e ainda com diferença a menor de quota. Ademais, na Lei 8971/94 já previa que o companheiro afastava o colateral.

No sentido constitucional de preservação dos direitos já conquistados, não poderia o legislador eliminar direito anteriormente positivado, seria um retrocesso vedado constitucionalmente, pois além de impedir a evolução natural das legislações, fere a família em seu mais nobre aspecto: a realização pessoal de seus membros.

Trata-se de evidente retrocesso no critério do sistema protetivo da união estável. No regime da Lei n. 8.971/94, o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. É o que se dá, também, no tratamento reservado ao cônjuge no novo Código Civil, colocando-o em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, para o recebimento da totalidade da herança na falta de descendentes ou de ascendentes (art. 1.829, III, c/c o art. 1.838). Já com relação ao companheiro sobrevivente, pelo critério do Código em vigor, estará recebendo apenas um terço dos bens deixados pelo outro, enquanto a parentes distantes, como eventualmente um primo falecido, tocaria a maior parte do patrimônio.²²⁸

O Código Civil de 2002 (...) situou o companheiro em posição pior na ordem de vocação hereditária: na ausência de descendentes e de ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com “outros parentes sucessíveis” e não mais na qualidade de herdeiro único (Lei nº.8.971/94, art.2º, nº. III). No sistema agora em vigor, apenas quando o de cujus não tinha parente sucessível algum é que se atribuirá ao companheiro a herança em sua integralidade.²²⁹

Há uma visível diferença entre o que ai se dispõe em relação ao companheiro... a vantagem do cônjuge está no fato de que , à falta destes parentes na linha reta, ele se situa como terceiro na ordem de vocação hereditária, recebendo a totalidade de bens deixado pelo falecido.²³⁰

Interpretações doutrinárias à parte, apresenta-se jurisprudência acerca do tema cujo entendimento exposto, pela primeira vez, em julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aprova tal retrocesso, com os seguintes fundamentos do Relator Marcus Faver:

Pode ter havido, no tocante ao tema, até mesmo um retrocesso em relação à legislação anterior – Lei nº. 8971/94 (...) Todavia, pelo sistema implantado pelo art. 1790 do Código Civil, havendo colaterais sucessíveis, a companheiro apenas terá um terço da herança, conforme dispõe o inciso III do referido dispositivo legal. (...)As disposições podem ser consideradas injustas, mas não têm eiva de inconstitucionalidade (...) Reconhecer os agravantes (irmãos do obituado) como seus herdeiros colaterais.²³¹

²²⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.173.

²²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154.

²³⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.159.

²³¹ Agravo de Instrumento nº. 2003.002.14421/2003 – 4º Vara de Órfãos e Sucessões - 18º Câmara Cível

Ressalte-se também que o inciso se refere à “herança”. Mais uma vez, há divergência de entendimento se o companheiro teria direito efetivamente à sua totalidade, ou seja, se a sua quota sucessória abrangerá também os bens particulares. No sentido de que teria direito à sucessão dos bens particulares:

Se deve interpretar a expressão “herança”, constante dos nº.III e IV do art.1.790, em seu sentido próprio, mais abrangente do que “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”(caput). No rigor da boa técnica, o conteúdo do caput deveria ser comum a todas as hipóteses em que o dispositivo a seguir se desdobra; no caso específico, porém, se a “herança” do que tratam os nº. III e IV se limitar aos bens comuns (conforme sugere o caput), chegaríamos a situações de extrema iniquidade (...) A aparente incongruência entre o caput e os dois últimos incisos do art. 1.790 (na redação atual do novo Código Civil) se resolveria, assim, pelo entendimento de que, nas hipóteses de concorrência com descendentes, comuns ou não, a participação do companheiro na herança do de cujus está efetivamente restrita aos bens mencionados no caput, ao passo que, quando deva concorrer com outros parentes sucessíveis, a fração seria calculada sobre a totalidade da herança.²³²

Não será possível se defender, embora talvez de técnica duvidosa, que o inciso III está desvinculado do caput? Porque herança é todo um conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido. Se a lei aqui se utiliza da expressão herança. Para um juiz que procura a equidade e queira, no caso concreto, fazer justiça, ele pode até dizer que houve uma má técnica e contemplar o companheiro sobre todo o acervo hereditário e não só sobre eventuais aquestos. Na verdade, entendo estar este inciso apartado do caput, dele não dependente.²³³

Em sentido oposto, justifica-se que o inciso III deve ser interpretado de acordo com o *caput* do art. 1790, Código Civil, que se refere apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, excluindo os bens particulares. Assim, o companheiro deve herdar 1/3 (quota invariável) dos bens aquestos e os parentes, 2/3 da herança, além dos bens particulares.²³⁴

Acrescenta-se que, nesta hipótese, não havendo parentes sucessíveis, os bens particulares do falecido devem ser herdados pelo Município, Distrito Federal ou União (herança jacente, artigo 1844, do Código Civil de 2002).

²³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 156.

²³³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, Sucessão dos cônjuges e Sucessão na união estável. *Revista da EMERJ*, Trimestral, Numero Especial, Parte II jul 2002 a abr de 2003 p. 205.

²³⁴ Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol V, Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O inciso IV dispõe que não havendo parentes sucessíveis terá direito a totalidade da herança. Cabe aqui a mesma indagação acima. O termo “totalidade” ora empregado está inserindo os bens particulares?

Se considerar que só herda os aquestos, a herança vai toda para o Município. O melhor entendimento é de que herda a totalidade dos bens, conforme as transcrições abaixo:

Há quem ache que na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria direito apenas a totalidade da herança, no que atina aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois o restante seria do poder público por força do artigo 1844 do CC, se o Município, o Distrito Federal ou a União é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia admitir que receba acervo hereditário concorrendo com herdeiro que, no artigo sub examine, seria o companheiro? Na herança vacante configuram-se ma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém, não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro é que Poder Público entra como sucessor, se houver herdeiro, afasta-se o poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cujus, na qualidade de sucessor. Daí o nosso entendimento de que não havendo parente sucessível, o companheiro terá direito à totalidade do acervo hereditário, alusivo ao patrimônio obtido, de modo oneroso ou gratuito, durante a convivência, e até mesmo, aos bens particulares do de cujus, adquiridos antes da união estável, por força do disposto no art. 1844 CC (norma especial), pois se assim não fosse, instaurar-se ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica”.²³⁵

“É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790, caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro a sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o de cujus não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC 1790IV). Fugindo do comando do caput, ainda que se muita técnica legislativa; c) a abertura da herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC1829) e, apesar de não constar do rol do CC1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não testamentário”.²³⁶

Em sentido contrário:

Por fim, na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente poderá amealhar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, segundo o que determina o caput e o inc IV do art. 1.790. Assim, não existindo parentes sucessíveis, os bens do falecido serão entregues ao poder público, em detrimento do companheiro supérstite.²³⁷

²³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1329.

²³⁶ NERY JR, Nelson. *Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.784.

²³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.99.

Há outras impropriedades. Caso o falecido não tenha parentes sucessíveis, a totalidade da herança transmite-se ao companheiro supérstite. Todavia, a totalidade da herança que será transmitida é aquela que o sobrevivente está autorizado a concorrer, ou seja, os bens adquiridos durante a união a título oneroso, vez que, por uma interpretação sistemática, devemos ler os parágrafos acordes com os mandamentos do caput. Se o de cujus, tinha outros bens, anteriores à convivência, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, à União, quando no território federal, a teor do que determina com o art. 1844.²³⁸

Participa o convivente da sucessão do outro restritamente nos bens adquiridos onerosamente, nas proporções assinaladas, se existirem sucessores filhos comuns, ou sucessores filhos só do autor da herança, ou sucessores outros parentes. Não havendo parentes sucessíveis, o sobrevivente receberá a totalidade da herança, mas restritamente quanto aos bens surgidos, de forma onerosa, durante a união estável"²³⁹

5.2.1. O direito real de habitação entre os companheiros.

O Código Civil de 2002 trata do direito real de habitação quanto aos cônjuges no artigo 1831 e silencia quanto aos companheiros sobre este importante benefício.

Recorda-se que no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9278/96, trazia previsão a respeito, mas há uma diferença desta previsão para aquela disposta no art. 1831 direcionada para os cônjuges. Naquela lei, para o exercício do direito real de habitação não há a exigência de que o imóvel seja o único a partilhar, como preceitua o texto do Código vigente.

Assim, são dois dispositivos: um no Código Civil referente expressamente ao cônjuge e outro especial acerca do companheiro. Por isto, pode ensejar dúvida quanto a aplicação destes mandamentos: aplica-se a Lei nº. 9.278/96 que não faz qualquer exigência para que os companheiros tenham o direito real de habitação ou utiliza-se por analogia ao companheiro, o disposto no Código Civil para os cônjuges, que traz tal exigência?

O mais acertado entendimento é de que a Lei nº. 9.278/96 no que tange ao direito real de habitação não está revogada e portanto, deve ser aplicada, e o Código Civil, por sua vez, deve ser aplicado em relação ao cônjuge. A doutrina está se manifestando neste sentido:

²³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha . Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 190

²³⁹ Rizzardo, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.905

Curiosamente o novo CC, no art. 1831, somente se refere ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Contudo, não se referiu ao mesmo direito real em favor do companheiro por morte do outro. Há aqui, grave lacuna legislativa que, na realidade, deve ser solucionada no sentido de se considerar em vigor o disposto no parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº. 9.278/96. Como não houve revogação expressa da Lei de 1996. Bem como inexistente incompatibilidade entre o disposto no art. 1831 CC e o art. 7º, parágrafo único, Lei nº. 9.278/96, adotando-se os critérios de interpretação e harmonização das normas jurídicas no interior do sistema, conclui-se pela vigência da regar do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente.²⁴⁰

O problema se agrava se nós atentarmos para a inexistência da previsão do direito real de habitação para a união estável. Diante disso, e mesmo porque as duas leis sobre união estável não foram expressamente revogadas, concluo que o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9278/96 continua vigendo, co-existindo paralelamente a este código. Mesmo porque o direito em tela está disposto em parágrafo autônomo da lei, juntamente com o direito a alimentos (caput), atendendo às necessidades de amparo do companheiro supérstite, complementando o direito assistencial de alimentos. Este é também o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa.²⁴¹

O projeto de Lei nº.6960, de 2002 acrescenta um parágrafo único no art. 1790, para restaurar em favor do companheiro, o direito real de habitação anteriormente previsto na Lei nº. 9.278/96.

O Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal ressalta a imprescindibilidade da questão ao dispor: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº. 278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput d CF/88”.

Nos primeiros tópicos deste capítulo restou demonstrado a tamanha diversidade e dificuldade de interpretação das normas que dispõem sobre os aspectos sucessórios no casamento e na união estável. Principalmente no que tange ao art. 1790 desta dificuldade pode ser explicada como a tentativa de cada um dos doutrinadores e mesmo da jurisprudência em adequá-lo aos mandamentos constitucionais, tendo em vista, que quanto a esta tarefa, o legislador não logrou êxito.

Por este motivo, ainda que seja constante a tentativa de adequá-lo à Constituição, pois está presente no ordenamento vigente, deve-se atentar quanto a sua inconstitucionalidade, conforme abaixo será demonstrado.

²⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 129.

²⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

5.2.2. Duvidosa constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002.

No momento da análise do art. 1790 foi demonstrado que ao seguir textualmente seus mandamentos encontra-se distinção no tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros, ora em favor do primeiro, ora em favor do segundo.

De fato, como a Constituição Federal não iguala a união estável e casamento e sim os equipara, alguns autores entendem que tal diferença não é discriminação e sim justa distinção fruto do próprio mandamento constitucional, pois como institutos diferentes, naturalmente terão regulamentos distintos. E desta forma, este argumento é utilizado como pilar para atribuir perfeita correspondência do art. 1790 com o ordenamento constitucional vigente. Abaixo transcrito, alguns desses fundamentos:

O novo código repita-se, procura guindar a união estável ao patamar de casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e no direito sucessório. E faz com largueza de espírito no artigo 1790. Sem inicie, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria. Embora possam se levantar dúvidas e questionamentos sobre a extensão e alcance dos dispositivos ali arrolados, não resta dúvida que a idéia de igualdade e equiparação entre as duas realidades ressurgiu sempre veementemente, com a ressalva que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e (a) companheiro (o) é herdeiro facultativo concorrendo com os demais sucessores.²⁴²

Ocorre que é indispensável atentar que o Constituinte efetivamente não igualou os institutos, porém no que se refere ao aspecto familiar exige, sem dúvida, a igualdade, que mostra-se inexistente na nova disposição do Código Civil de 2002. É fundamental retomar a interpretação escalonada apresentada pelo professor Francisco Cahali do §3º, art. 226 da Constituição, na qual nos aspectos referentes à família, as diversas instituições assim consideradas devem ter o mesmo tratamento legal. E ainda, a norma constitucional que trata deste aspecto possui eficácia plena e efeitos imediatos.

Nota-se inclusive, em um exame abrangente da proteção jurídica dispensada à união estável, que no campo dos direitos relativos aos alimentos (art. 1694 Código Civil) e a meação (art. 1725 Código Civil), a igualdade entre as famílias foi respeitada, pois o

²⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 63,64. v. XXI.

companheiro é tratado da mesma forma que a pessoa casada, o que não ocorre na esfera do direito sucessório.

Ora, se o casamento e união estável são famílias, no que se refere à proteção familiar, não se deve admitir tratamento diferenciado entre eles, sob pena de inconstitucionalidade e flagrante injustiça. A base para esta igualdade é a consideração de que ambas possuem o mesmo *status*, são espécies de uma mesma categoria, qual seja, a família e assim, como pertencem à mesma categoria, devem obrigatoriamente receber o mesmo tratamento.

A idéia de que categorias iguais recebem tratamentos iguais parte do pensamento filosófico de Chaim Perelman, na qual expressa que para buscar a noção de justiça deve-se primeiro chegar à concepção de igualdade²⁴³. Para tanto, estabelece seis concepções de igualdade²⁴⁴ através das quais atingirá o conceito de que justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, ou seja, que possuem uma certa característica em comum.

Das seis concepções de igualdade apresentadas se pode situar a união estável e o casamento naquela em que trata “a cada qual segundo a sua posição”. Tal “fórmula de justiça” consiste em tratar os seres conforme a categoria a que pertençam. É justo que se tenha atitudes diferentes para membros de diversas classes e trate igual os da mesma. De acordo com esta concepção, se ambos possuem uma mesma posição, como por exemplo, ambos sendo família, igualmente devem ser tratados.

Ora se a Constituição Federal estabelece que o casamento e a união estável são instituições familiares, devem obrigatoriamente possuir o mesmo tratamento. Entretanto, no que tange ao direito sucessório inserido na regra do art. 1790 do Código Civil, há flagrante desigualdade. E, caso se note distinção entre as mesmas em qualquer legislação, automaticamente estará infringindo normas e princípios constitucionais, dentre outros viola-se diretamente o Princípio da Pluralidade de famílias, que reza pela igualdade entre

²⁴³ Ressalta-se que a idéia de igualdade relacionada à justiça não é recente, conforme nos diz o próprio Perelman: "Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas, filósofos contemporâneos, todos estão de acordo com este ponto. A idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade." Perelman, Chaim, *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.14.

²⁴⁴ 1 - A cada qual a mesma coisa;
 2 - A cada qual segundo seus méritos;
 3 - A cada qual segundo suas obras;
 4 - A cada qual segundo as suas necessidades;
 5 - A cada qual segundo a sua posição;
 6 - A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

elas e, portanto, diante de tal constatação, o art. 1790 estará eivado do vício da inconstitucionalidade.

Uma norma inconstitucional pode ser definida como aquela “cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, de modo expreso ou implícito, ao contemplado em dispositivo constitucional.”²⁴⁵ Mais precisamente quanto à inconstitucionalidade material, que será defendida neste ponto do trabalho, tem-se que a mesma reporta-se ao conteúdo normativo, “se é compatível com o conteúdo da constituição, em não o sendo, o ato normativo será materialmente inconstitucional”.²⁴⁶

Assim, primeiramente, ao se discutir a constitucionalidade do art. 1790 deve-se ter em mente toda a alteração que a ordem constitucional de 1988 trouxe sobre o tratamento da família e que a legislação infraconstitucional deve obrigatoriamente seguir. Ressalta-se que o dispositivo a ser analisado deve estar de acordo não só com as normas da Constituição, mas também com seus princípios e preceitos que não podem ser vistos como desprovidos de força vinculativa.

É certo que a família na Constituição de 1988 passa a desempenhar função de fonte de promoção da dignidade da pessoa humana que por sua vez, é princípio expreso em seu art. 1º, IV e que tem como fundamento o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). Para tanto, a família passa a merecer tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas. Trata-se da concepção eudemonista da família, de acordo com a qual não é mais o indivíduo que existe para a família, mas, ao contrário, a família que existe em função do desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Por este motivo é tão importante a proteção que o Estado direciona à família (art. 226, *caput* e, §8º da Constituição), pois há o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações familiares. O §3º do art. 226 da Carta Constitucional ao instituir a pluralidade da família estende a importância da proteção estatal a outras instituições além do casamento, como a união estável e a família monoparental.

E especificamente quanto a união estável, mesmo destacando sua equiparação e não igualdade com o casamento, no que se refere a questão familiar, e não às responsabilidades

²⁴⁵ Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: RT, 1992, p. 24

²⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42

provenientes da solenidade do ato de casar, deve-se ter tratamento igualitário sob pena de ferir o Princípio da pluralidade.

Ademais, se a relevância jurídica da relação familiar representa a base para o desenvolvimento da personalidade de seus membros como instrumento da dignidade da pessoa humana não se pode permitir que uma família possua direitos e outra não, principalmente no que tange ao direito sucessório. É inadmissível que um ente de uma família possua maior proteção sucessória do que o mesmo ente de outra espécie de família.

Através desta premissa a análise do art. 1790 do Código Civil levará ao entendimento de que o legislador ao tratar de forma desigual o cônjuge e o companheiro hierarquiza as famílias, infringindo o Princípio da pluralidade entre as famílias e da dignidade da pessoa humana, pois a família como fonte de bem estar de seus entes terá tratamento distinto se originada do casamento ou da união estável.

A desigualdade no art. 1790 é clara, a começar pelo *caput* que limita a sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável enquanto que no casamento não há esta limitação. Atente-se também que não há quota reservada de 1/4, como ocorre com o cônjuge na concorrência com descendentes e ainda, quando o mesmo concorrer com ascendentes em primeiro grau terá direito a quota de 1/3, sendo que a hipótese de haver apenas um ascendente ou se maior for aquele grau, lhe tocará a metade da herança, enquanto a quota para o companheiro será invariavelmente de 1/3.

Ainda que se admita peculiaridades entre união estável e casamento e distinções entre cônjuge e companheiro, é vedada discriminação entre as famílias, como dito repetidas vezes e também entre filhos e, a consequência lógica da diferença de quinhão sucessório entre cônjuge e companheira, automaticamente acarretará diferença entre a quota a ser recebida pelo filho proveniente de uma união estável e pelo proveniente de casamento. Mostra-se, contudo, inegável o tratamento desigual, apresentado no Código Civil de 2002.

É compreensível, até mesmo do direito à diferença, sem que isso signifique inferioridade ou superioridade entre uma e outra forma e constituição de família, que se estabeleça, por exemplo, que o cônjuge seja herdeiro necessário e o companheiro, não. O injusto provocado pelo texto do art. 1790 é que a herança recaia somente sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, o que certamente provocará muitas injustiças.²⁴⁷

O companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode

²⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha . Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p191.

caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.
248

Ademais outro fundamento para a inconstitucionalidade do 1790 é de que ao longo do tempo, diversos direitos foram concedidos aos companheiros, justamente para levar a igualdade no tratamento familiar. Estas conquistas não podem ser abolidas, ao contrário, devem ser preservadas e aperfeiçoadas sob pena de violar o princípio da vedação do retrocesso da norma.

Repara-se que se a Constituição proíbe até mesmo proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais (60, §4º, IV), ou seja, os direitos fundamentais que se aplicam às relações privadas são intangíveis e isso se justifica em nome da estabilidade de todo o sistema jurídico que não admite retrocesso.

Este retrocesso é inconcebível porque os princípios informativos da Constituição Federal principalmente na estrutura familiar “exercem função prospectiva, à medida em que constituem produto de uma evolução que não permite retrocesso, sob pena de extinção da própria noção de família”.²⁴⁹ Ora, se nem mesmo emenda pode aboli-los, como pode lei infraconstitucional extinguir direitos conquistados pelos companheiros de acordo com mandamentos e princípios constitucionais? Pois é exatamente este retrocesso inadmissível que o atual Código retrata.

A respeito basta notar que a Lei nº. 8.971/94 estabelecia no inciso III do art. 2º que na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro seria o herdeiro da totalidade dos bens. No entanto, a disciplina do atual Código impõe que nessa mesma hipótese, ou seja, na ausência de ascendentes e descendentes, o companheiro não será herdeiro sozinho, pois irá concorrer com os colaterais. Equiparam-se as relações de afetividade dos primos, tios-avós e sobrinhos-netos com o companheiro sobrevivente que manteve comunidade de vida com o *de cuius*.

Ressalta-se que esta mesma lei estabelecia o direito à herança independente do momento da aquisição dos bens e do título da aquisição, seja gratuito ou oneroso. Com o Código atual, o direito à herança está restrito a parte integrada pelos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência dos companheiros.

²⁴⁸ VELOSO, Zeno. Da união estável. In: FIUZA, Ricardo. (Coord.). Novo código civil comentado, São Paulo: Saraiva, 2002, p.1604.

²⁴⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 274.

É nítido também o retrocesso quanto ao direito real de habitação que era disposto na Lei nº. 9.278/96, no parágrafo único do artigo 7º no qual o companheiro teria este direito enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Já com o Código de 2002, há previsão quanto ao direito real de habitação em relação aos cônjuges mas há omissão quanto aos companheiros.

Entende-se que os direitos já conquistados colaboram para o desenvolvimento das relações familiares não originadas no casamento e, conseqüentemente, contribuem para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Assim, qualquer restrição a estes direitos se mostra retrocesso inaceitável.

Os valores surgidos e encampados pela Constituição Federal são frutos de um avanço que não pode, jamais, retroceder. Esses valores, como produtos da dialética democrática, não podem perder-se pelo simples passar dos anos. Aliás, existem valores, cuja perda comprometerá a própria condição de dignidade humana, e porque não dizer, esfacelará a noção de família tal qual a concebemos contemporaneamente, já que serão afetados direitos humanos fundamentais, como o respeito a afetividade, e todas as características que a família atualmente possui.²⁵⁰

Não há dúvidas de que este artigo apresenta um grande retrocesso para a união estável, vez que colocou o companheiro em posição muito inferior ao cônjuge. Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que união estável é uma “família de segunda classe” e não uma outra espécie de família, nem melhor nem pior do que casamento, apenas diferente. Constitucionalmente todas as espécies de entidades familiares são iguais em dignidade. Tal recuo promove a quebra lógica constitucional da ordem jurídica, que elevou a união estável ao status de família, não tendo razão, diante disso, de privilegiar-se o casamento. É certo que esse é o paradigma, por tradição, de constituição de família. Mas os outros tipos não podem sofrer quaisquer restrições.²⁵¹

É possível se afirmar que a restrição aos direitos dos companheiros fere diretamente a dignidade humana dos membros destas famílias, bem como à proteção garantida pelo Estado a esta instituição. Portanto qualquer diploma legal que induz restrição a estes direitos já conquistados, deve ser entendido como inconstitucional.

Desta forma, diante da desigualdade e do explícito retrocesso da letra do art. 1790 do Código Civil de 2002 que fere explicitamente normas e princípios constitucionais, o melhor entendimento é a defesa de sua inconstitucionalidade material, tendo em vista que esta advém “quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da

²⁵⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 276.

²⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha . Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 188.

própria Constituição”²⁵². Torna-se fácil elencar as violações do art. 1790 aos princípios da igualdade entre as famílias, o da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito e da vedação ao retrocesso. Neste sentido, pela inconstitucionalidade:

Deve-se considerar sobre o tema que o dispositivo (art. 1790 NCC) é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar essencial proteção a família fundada no companheirismo (art. 226, §3º da Constituição Federal), lhe retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.²⁵³

É flagrante, portanto, a inconstitucionalidade do art. 1790CC, que aloca o companheiro em uma posição jurídica inferior ao cônjuge, ratificando preconceito arraigado e de um propósito de ser a união estável uma “família de segunda classe.”²⁵⁴

Restou demonstrado que o texto do 1790 é incompatível com a Constituição de 1988 e “ essa incompatibilidade não pode perdurar porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico”.²⁵⁵ Entretanto, enquanto permanecer vigente o operador do direito deverá valer-se de manobras de interpretação e apresentar soluções a fim de torná-lo operável, já que a operabilidade é um dos princípios informadores do Código Civil e a letra do 1790 afasta, de pronto, o mérito deste princípio.

5.2.3. Interpretação do art. 1790 do código civil de 2002.

Conforme acima disposto o art. 1790 do Código Civil de 2002 possui mandamentos que contêm o vício de inconstitucionalidade. Entretanto, fato é que até que efetivamente seja declarada sua inconstitucionalidade ele permanece em vigor e produzindo efeitos, pois segue a presunção de constitucionalidade da norma. Assim, cabe ao intérprete e aplicador do direito a função de adequá-lo aos princípios e regras constitucionais que deveriam estar inseridos em seu texto e que, no entanto não estão.

Mesmo recusando ao juiz o direito de legislar, não se pode negá-lo o poder de interpretação, sob pena de tornar nulo seu ofício, ou seja, a aplicação do direito já carrega consigo o ato de interpretar. A interpretação visa manter a norma no ordenamento

²⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 49.

²⁵³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

²⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha . Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.191.

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.45.

afastando o temor de declará-la inconstitucional e assim provocar um vazio legislativo com danos à sociedade.

Qualquer interpretação de normas no ordenamento jurídico terá por base a Constituição que é o sistema normativo que ancora os principais valores a serem absorvidos pela sociedade e resgatados pelas demais normas integrantes do sistema jurídico. Ela estabelece uma série de valores que deverão fundamentar as normas hierarquicamente inferiores, uma vez que a norma constitucional é sempre eivada de força prevalente. O intérprete, e ainda com mais razão o intérprete constitucional, buscará, através de sua atividade qualificada, tornar efetiva a concretização desses valores, de uma forma dinâmica e permanente.

Principalmente no que se refere à interpretação quanto ao aspecto familiar, deve-se atentar para o fato de que

A dura conquista do reconhecimento de novas espécies de famílias e de todas as suas características não pode sucumbir à pressão de grupos conservadores, no presente e no futuro, daí então o forte caráter prospectivo das normas-princípios do Direito de Família contidas na Constituição da República. O respeito da evolução futura à estrutura familiar delineada na Constituição Federal é a garantia de que as novas gerações terão uma sociedade pluralista, democrática e que prestigia a liberdade de cada um de optar por qualquer das formas de união familiar que propicie a expansão de sua felicidade.²⁵⁶

É necessário hodiernamente, conscientização de que especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício dos direitos constitucionais, sem qualquer discriminação cabendo ainda adotar todas as medidas legislativas que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos.

Esta conscientização acima referida deve recair não só no âmbito do Estado-legislador que tem a obrigação de conferir um campo para a eficácia desta norma mas também no plano do Estado-juiz porque mesmo se este entender que houve alguma omissão por parte daquele, ainda assim, mediante um conflito, ele poderia se valer dos comandos da Constituição, além de seguir orientação doutrinária e jurisprudencial, para utilizar a interpretação mais adequada da norma ao caso concreto.

²⁵⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 275.

Conscientiza-se e que “o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, sem dúvida (...) uma condição importante para melhor adequação do direito á realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias”.²⁵⁷

Através destes primeiros delineamentos procura-se neste tópico sugerir interpretações ao texto do art. 1790 para que o mesmo tenha sua incongruência mitigada aonde for possível fazê-la, considerando-se que “no caso de normas com várias interpretações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais”.²⁵⁸

Art. 1790. 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 concorre com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorre com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

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

Embora equivocado, o *caput* do dispositivo regulamenta que os companheiros participarão da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Deveria ele, beneficiar-se dos bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente. Entretanto, o texto é expresso e não cabe qualquer interpretação capaz de alterá-lo, sob pena de legislar-se negativamente, ou seja, ultrapassar o poder de interpretar.

Analisando o primeiro inciso do artigo 1790, deve-se atentar que o mesmo não traz qualquer ressalva quanto à parte mínima reservada na divisão ao companheiro sobrevivente, como ocorre no art. 1832 *in fine* em relação ao cônjuge. Logo, não se pode estabelecer tal quota afrontando o legislador, embora, seja flagrante discriminação, inclusive gerando situações onde há diferenciação entre os filhos, vedada constitucionalmente, pois caso a quota para companheiro se mostre distinta do cônjuge,

²⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas. 2003, p. 41

²⁵⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2000, p. 43.

consequentemente também serão diferentes as quotas recebidas por filhos oriundos de casamento em relação aos provenientes de união estável.

O inciso I do mesmo artigo refere-se a filhos comuns e não, a descendentes comuns. Atenta-se que a solução mais adequada é interpretar a expressão “filhos comuns”, como sendo “descendentes comuns”, pois filhos e netos são da mesma classe (descendentes). Logo, não seria razoável que os demais descendentes comuns, que não são filhos, recebessem de forma diferenciada, ou seja, na forma do inciso III.²⁵⁹

No que tange ao inciso II, observa-se que se o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles. Então se existir descendentes, inclusive filho, mas que seja só do autor da herança o companheiro ou a companheira terá direito à metade que cada um receber.

Quanto a filiação híbrida, como a norma não apresenta solução expressa, permite a interpretação de se entender pela aplicação do inciso I porque este dispositivo não está dizendo “só” filho comum, isto é, deve ser interpretado no sentido de que basta ter um filho comum para que se utilize o mandamento do inciso I e a hipótese do inciso II fica reservada para o caso de somente haver filho do morto.

O inciso III do art. 1790, dispõe: “se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a 1/3 da herança”. Quanto ao fato do companheiro concorrer com colateral não há dúvidas, tendo em vista que o texto é expresso, resta apenas, como feito anteriormente considerá-lo inconstitucional, principalmente porque em legislação anterior (Lei nº. 8.971/94) esta concorrência já estava superada.

Entretanto, visando mitigar efeitos danoso ao companheiro, resta a interpretação de que quando a lei se refere a “herança” entende-se como a totalidade dos bens e não somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável como informa o *caput*.

O inciso IV dispõe que não havendo parentes sucessíveis terá direito a totalidade da herança. Cabe aqui a mesma interpretação acima. O termo “totalidade” ora empregado está inserindo os bens particulares, principalmente porque caso assim não fosse entendido os bens particulares se tornariam herança vacante pela disposição do art. 1844 a herança seria devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cuius* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível. A *contrario sensu*, havendo cônjuge ou companheiro, a

²⁵⁹ Enunciado 266 do Conselho da Justiça Federal: Aplica-se o inciso I do art. 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filho comuns.

herança não será devolvida ao ente público, tornando-se obviamente herança para o companheiro.

Quanto ao direito real de habitação o Código Civil de 2002 trata no art. 1831 com relação aos cônjuges, no entanto silencia quanto aos companheiros. O mais acertado entendimento é de que no que tange ao direito real de habitação deve se considerar em vigor o disposto no parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº. 9.278/96.

Assim, percebe-se que diante da interpretação sugerida, algumas regras, embora em desconformidade com o texto constitucional estão expressas de tal maneira que não comportam variadas interpretações mas sim aquela nitidamente descrita.

A interpretação conforme a constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com a norma constitucional, outros não, ou, no dizer de Canotilho, “ a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe espaço de decisão (=espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela.”²⁶⁰

Desta forma, sob pena de ultrapassar os limites da interpretação, nada pode ser feito para alterar seu sentido demonstrando a insuficiência do critério interpretativo diante do art. 1790. Resta apenas aguardar as alterações legislativas para que finalmente sejam atendidas as disposições constitucionais em benefício da família para finalmente “a sucessão entre companheiros seja regulado de forma idêntica à sucessão entre cônjuges, dada a evidente paridade das situações”.²⁶¹

²⁶⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2000, p. 43.

²⁶¹ VELOSO, Zeno. Da união estável. In: FIUZA, Ricardo. (Coord.). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.1605.

CONCLUSÃO

A conclusão automática sobre qualquer tema relacionado à família é a dificuldade da legislação acompanhar as alterações dela decorrentes. Por este motivo, ao tratar dos novos aspectos sucessórios entre companheiros no atual Código Civil é obrigatório abordar as etapas de transformação da estrutura familiar, bem como as legislações constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema. Assim, desta apresentação, as seguintes conclusões podem ser extraídas:

1 – A família ao longo dos tempos passou por diversas modificações. Entretanto, ainda na Constituição brasileira de 1969 havia influencia canônica com concepção patriarcal e individualista, na qual o casamento era considerado indivisível e apenas a família oriunda do matrimônio era legalmente protegida.

2 - Em 1977 foi editada a Emenda Constitucional nº. 9 na qual o divórcio foi instituído possibilitando aos desquitados a celebração de novo casamento e consequentemente constituição de família legalmente protegida. Ocorre que, com a inclusão da mulher no mercado de trabalho e com as crescentes dificuldades econômicas muitos casais passaram a viver junto, a dividir o mesmo espaço como família e colocando a formalidade do casamento de lado. O mesmo ocorre com mães solteiras e as famílias constituídas por pai e filho. Percebe-se que não há modelo familiar único, embora a Constituição Federal só admita a família através do matrimônio.

3 – A prática cada vez mais comum de união sem formalidade exigia que o legislador abordasse a questão, reconhecendo a família existente nestes laços afetivos. E o momento oportuno será a Constituição de 1988 que ateve-se a princípios como o do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. E desta forma no art. 226, §3º e §4º foram reconhecidas constitucionalmente duas espécies de família além do casamento: a família proveniente da união estável e as famílias monoparentais

4 – A Carta Constitucional passa a abordar não só diferentes tipos de famílias, mas uma nova ordem quanto ao Direito de Família que pode ser traduzida na: igualdade de

direitos entre homem e mulher, na absoluta paridade entre os filhos, na prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal, na aceitação da união estável e do grupo formado por um dos pais e aos descendentes como entidade familiar.

5 - O novo parâmetro da estrutura familiar na Constituição de 1988 reflete na instituição familiar desde sempre reconhecida, o casamento. Principalmente quanto a questão patrimonial durante a separação de fato. De acordo com os novos princípios e a afetividade em detrimento do patrimônio se o afeto não mais existe, a consequência lógica é a extinção dos aspectos patrimoniais durante o período de afastamento.

6 - A inserção do §3º do art. 226 da Constituição Federal, leva à divisão, quanto a sua aplicabilidade, em três aspectos distintos: a) relações sociais e de proteção do Estado à união estável enquanto entidade familiar terá eficácia plena, b) conversão da união estável em casamento terá eficácia limitada e, c) relações de direito material entre os partícipes da união terá necessidade de regulamentação através de legislação infraconstitucional.

7 - A necessidade de regulamentação da união estável estimula a criação de lei especial sobre o tema seguindo os novos valores da Constituição, por tratar de situações que o Código de 1916, em sua generalidade, não poderia fazê-lo, sob pena de misturar institutos e fundamentos.

8 - Algumas características e requisitos da união estável podem ser destacados: A) Finalidade de constituir uma família, B) Estabilidade, C) Unicidade de vínculos, F) informalismo ou ausência de formalidades. Como requisitos objetivos: A) Diversidade de sexos, B) Ausência de impedimentos matrimoniais, C) Comunhão de vida e, D) Lapso temporal de convivência. E como requisitos subjetivos: A) convivência *more uxório* e, B) *Affectio maritalis*:

9 - A lei nº. 8.971/94 foi a primeira norma infraconstitucional a estabelecer alguns parâmetros no aspecto das relações intrínsecas da união estável, seguindo os comandos do §3º do artigo 226. Esta lei exige a condição liberdade do estado civil do companheiro, atribui o requisito temporal de cinco anos para a configuração da união estável, reduzido se desta união tenha resultado filhos e também estabelece o direito a alimentos, usufruto, direito de propriedade, meação e herança, se não houver descendentes ou ascendentes.

10 - A segunda lei a disciplinar a união estável é a Lei nº. 9.278/96. Em seu texto não há mais a exigência da qualidade de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, assim, admite-se a união estável entre pessoas casadas mas separadas de fato. Será

também reconhecida a assistência moral e material, a comunicação dos bens adquiridos onerosamente durante a união, o direito real de habitação e a delimitação de parâmetros para a conversão da união estável em casamento. Era aguardada uma evolução no tratamento da união estável através do Código Civil de 2002.

11 – O Código Civil de 2002 foi elaborado calcado em três princípios fundamentais: o princípio da Eticidade, da Socialidade e da Operabilidade. E sob o ponto de vista metodológico, pode-se destacar duas características principais: A - Unificação dos Direitos das Obrigações e B - Adoção de cláusulas gerais como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, tais como: Direito da Personalidade, Cláusula geral de boa-fé objetiva e Cláusula geral da função social do contrato.

12 - Quanto à união estável, este novo diploma dispõe sobre alguns efeitos, como os deveres de lealdade, respeito, assistência moral e material, inclusive quanto ao direito a alimentos. Reza também quanto ao regime de bens entre os companheiros que será o da comunhão parcial de bens, no que couber e disciplina ainda, a possibilidade de converter a união estável em casamento. Em relação à prole há o dever de guarda, sustento e educação.

13 - Uma das grandes inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 são os aspectos sucessórios, pois alterou dispositivos quanto à sucessão do cônjuge e inseriu a sucessão do companheiro. O cônjuge passa à qualidade de herdeiro necessário, com exceção de três hipóteses: se casados pelo regime da comunhão universal de bens ou pelo regime da separação legal e ainda pelo regime da comunhão parcial e o autor da herança não houver deixado bens particulares

14 - O Código Civil de 2002 traz também interessante disposição legal no art. 1830, onde o cônjuge sobrevivente terá direito à herança, se estava separado de fato há mais de dois anos, se provar que não teve culpa na separação. Tal regra leva à hipótese de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro quando há cônjuge sobrevivente separado de fato há mais de dois anos, e que por sua vez, não teve culpa na separação e ao mesmo tempo, uma atual companheira. Os parâmetros desta concorrência não foram claramente estabelecidos na lei.

15 - O direito real de habitação entre os cônjuges é tratado no art. 1831 com duas alterações significativas: haverá o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens, e o mesmo perdurará, ainda que o cônjuge sobrevivente contraia novas núpcias ou conviva em união

estável. Nota-se que este artigo silencia quanto aos companheiros sobre este importante benefício. O mais acertado entendimento é de que a Lei nº. 9.278/96 no que tange ao direito real de habitação não está revogada e portanto, deve ser aplicada,

16 – O atual Código Civil enfrentou o aspecto sucessório da união estável em apenas um artigo, o 1790. Conforme melhor técnica, deveria o tema estar inserido em associação com o art. 1829 que trata da ordem de vocação hereditária e não nas “Disposições Gerais” do Livro das Sucessões. Assim, enquanto o cônjuge encontra-se nos artigos 1829 e 1845, que o eleva à condição de herdeiro necessário, o companheiro somente está inserido textualmente no art. 1790 e sem esta mesma condição.

17 – É explícito no art. 1790 a distinção no tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros, ora em favor do primeiro, ora em favor do segundo. Se o casamento e união estável são famílias, não se deve admitir tratamento diferenciado entre eles, no que se refere à proteção familiar, sob pena de inconstitucionalidade. O legislador ao tratar de forma desigual o cônjuge e o companheiro hierarquiza as famílias, infringindo os princípios da Pluralidade entre as famílias e da Dignidade da Pessoa Humana, pois a família como fonte de bem estar de seus entes não pode ter tratamento distinto se originada do casamento ou da união estável.

Ademais outro fundamento para a inconstitucionalidade do 1790 é de que ao longo do tempo, diversos direitos foram concedidos aos companheiros, justamente para levar a igualdade no tratamento familiar. Estas conquistas não podem ser abolidas, ao contrário, devem ser preservadas e aperfeiçoadas sob pena de violar o princípio da vedação do retrocesso da norma, principalmente no que se refere a direitos fundamentais.

Diante da desigualdade e do explícito retrocesso da letra do art. 1790 do Código Civil de 2002 que fere explicitamente normas e princípios constitucionais, o melhor entendimento é a defesa de sua inconstitucionalidade material.

19 - Até que efetivamente seja declarada a inconstitucionalidade do art. 1790, o mesmo permanece em vigor e produzindo efeitos, pois segue a presunção de constitucionalidade da norma. Assim, cabe ao intérprete e aplicador do direito a função de adequá-lo aos princípios e regras constitucionais que deveriam estar inseridos em seu texto e que, no entanto não estão.

Percebe-se finalmente, a importância e dificuldade do tema pois, diante de um Código Civil vigente há pouco mais de três anos são perceptíveis profundos equívocos e retrocesso em seu texto.

Especificamente quanto ao artigo 1790, a doutrina e jurisprudência terão a difícil tarefa de adequar o texto aos mandamentos constitucionais até a declaração de sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. L. G.; AZEVEDO, Á.V. (Coord). *Código civil comentado: direito das sucessões em geral, sucessão legítima*. v 18. São Paulo: Atlas, 2003.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Nova ordem de vocação hereditária. Seção Artigos e Pareceres. Disponível em http://www.meuhd.com.br/clientes/jml_col_A_Nova_Ordem_de_Vocacao_Hereditaria.doc <Acesso em:29 dez. 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.
- BITTENCOURT, Lúcio. *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SEREJO, Lourival. *Direito constitucional de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BORGHI, Hélio. *União estável e casamento. Aspectos polêmicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 25-26.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v 1. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 1999.
- CAMARGO G.; NERY, R.M.A; VIANA, R (Org); *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável. *Revista da EMERJ*, Número Especial, Parte II. julho 2002 a abril de 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2004. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Marcus Vinicius Americano da. *Coletânea de estudos jurídicos e a nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito, a justiça*. Porto Alegre: Livr. do advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Dir. das Sucessões*. v 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: RT, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Comentários à constituição de 1988*. v 4. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIÚZA, Ricardo (Coord). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, G. C. N; PEREIRA, R. C. (Coord); PEREIRA, T. S (Coord). *Separação de Fato e Ética no Direito de Família. A ética da convivência familiar sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O companheirismo: uma espécie de família*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v 747, 1987, janeiro de 1998.

GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado. Inclusive o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de família d acordo com o novo código civil*. RJ: forense, 2004.

GUEIROS, Optato. *O direito, a igreja e o Estado*. São Paulo: (s.e.) 1954.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. *As leis da união estável e o direito intertemporal*. In: Nova realidade do direito de família. Tomo 1. Rio de Janeiro: Jurídica, 1998.

GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. (Coord.), *Comentários ao Código Civil: Parte Especial: Direito das Sucessões* v 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. *Revista de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFam.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões*, v 21, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Domingos Sávio Brando. *A nova lei do divórcio comentada*. O DIP. Editores Ltda, 1978.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade conjugal. Direitos e deveres*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. *Comentários à constituição do Brasil*, v 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Comentários à constituição do Brasil*. v 8, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk.. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes. *Direito de Família*, Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1939.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- MORAES, Maria Celina Bodin e. A caminho de Direito Civil-Constitucional. *Revista de Direito Civil*, v 65, 1991.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas. 2000.
- NERY JR, Nelson. Código civil anotado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- OLIVEIRA, Vianna. O idealismo da constituição, São Paulo: Ed. Nacional, 1939. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, , 1988.
- PENA, Guilherme. *Direito constitucional – teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2003.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol V. Direito de Família*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Instituições de Direito Civil, Vol VI, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Direito Civil - Alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Instituições de Direito Civil. v 1* . Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, M. B; PEREIRA, R.C. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3 ed. Del Rey, 2003.
- _____. Da união estável, da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Número Especial: EMERJ Debate o Novo Código Civil – Parte I, p. 38-44, fevereiro a junho de 2003.

_____. *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Série Cadernos CEJ, v 20, 2002.

_____. *Aplicações da Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Saraiva. 1990.

REGIS, Mario Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código? *Revista Brasileira e Direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFam, ano 07, nº. 29, abril/maio 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, Orlando Gomes. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

MELLO, C. M. (Org); FRAGA, T.A.E. (Org). *Temas polêmicos de direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. *O movimento de descodificação do Direito Civil*. 1999.

VELOSO, Z; FIÚZA, R. (Coord). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salva, *dir civil: dir das sucessões*. 2 ed. Atlas, 2002.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. Tomo II. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova realidade do direito de família*. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999..

Legislação

BRASIL: *Código Civil*. 56. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)