

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ

ANA CLEUSA DELBEN

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS,
ANALISADO NO DIREITO DAS SUCESSÕES À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PARA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

MARINGÁ

2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

ANA CLEUSA DELBEN

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS,
ANALISADO NO DIREITO DAS SUCESSÕES À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PARA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, nível de Mestrado, do Centro Universitário de Maringá, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, subárea de Direitos da Personalidade, linha Os Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade, sob a orientação do Prof. Dr Ivan Aparecido Ruiz.

MARINGÁ

2010

ANA CLEUSA DELBEN

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS,
ANALISADO NO DIREITO DAS SUCESSÕES À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PARA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de Maringá como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: _____

**Professor Doutor Ivan Aparecido Ruiz
CESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ**

Membro: _____

**Professora Doutora Iara Rodrigues de Toledo
UNITOLEDO/SP – CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO**

Membro: _____

**Professor Doutor José Sebastião de Oliveira
CESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ**

Aos meus pais.

AGRADECIMENTO

A Deus que é a força para todas as horas. A Santo Expedito meu santo protetor, porque é na fé que encontramos força para vencer os desafios.

Aos amigos do curso, em especial a Ana Manuela dos Reis Rampazzo, Lysian Carolina Valdes e Viviane Cristina Rodrigues Cavallini, pelas nossas trocas de experiência, carona, informações, material, apoio, aflições.

Ao Prof. Dr. Ivan Ruiz, pela contribuição, colaboração, correção desse texto científico, bem como por ter empreendido e dedicado tempo, para a minha orientação do longo desse período.

Aos Profs. Drs. José Sebastião de Oliveira e Valéria Silva Galdino Cardin, pelas críticas construtivas a esta pesquisa.

E aos funcionários do mestrado, que sempre buscaram atender as solicitações feitas, com o maior respeito e carinho.

A todos muito obrigada.

A família é um fato natural. É o esponsal natural das almas, acima e fora das
ficções civis.

Eça de Queirós

RESUMO

A personalidade individualiza as pessoas, dando a cada um, suas peculiaridades, distinguindo-as de qualquer outra. Tem-se que aquela retrata a capacidade de direito da *persona*, vez é o meio pelo qual o titular pode adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses. Ao buscar tratá-la, verifica-se que existem os direitos fundamentais que tratam direitos relacionados à vida, à integridade física, ao corpo à liberdade, bem como o direito de ação, bem como há também os direitos da personalidade que tratam sobre a honra, o nome, a imagem, a liberdade de pensamento, ao segredo. Existem também os direitos humanos, que são consagrados internacionalmente, mesmo que não codificados, dentre eles podem ser citados os direitos humanos familiares, que resultam do direito fundamental à família. Por ser tratar a pesquisa, de direitos humanos de família, percebe-se que a evolução da sociedade trouxe, além dos diversos avanços tecnológicos, mudanças na formação e constituição da família, evoluindo do matriarcado e patriarcado, para as famílias constituídas pelo casamento e união estável, vez que as pessoas possuem total liberdade em associar-se afetivamente. Com a publicação da Constituição Federal de 1988, viu-se que a união estável foi equiparada ao casamento em direitos e obrigações, havendo assim, paridade entre esses. Embora tratamentos desiguais sejam permitidos, percebe-se que não são permitidas discriminações entre os cônjuges e os companheiros. Com isso, não se pode admitir que dispositivos que assegurem ao companheiro apenas o direito à sucessão no tocante aos bens conquistados a título oneroso pelo falecido, permaneçam constitucionais, pois isso faria com que aquela fosse excluída da sucessão do patrimônio adquirido por seu par em decorrência de herança ou doação. Também, não se pode admitir que o cônjuge unido sob regime da comunhão parcial de bens, adquira apenas a meação, que já lhe era de direito, e o companheiro receba além da meação, os bens deixados a títulos onerosos pelo seu par. O fato de ter o legislador dado aos pares destas uniões afetivas consagradas pela Constituição Federal de 1988, tratamento disforme no âmbito sucessório, causa uma diminuição em seu patrimônio, fere sua dignidade, isto porque, a pessoa terá que analisar qual a melhor forma de associar-se afetivamente, e isto, tolhe sua liberdade de escolha, na hora de constituir sua relação afetiva, deixando o bem que é o afeto que é um direito subjetivo de caráter extrapatrimonial, de lado, para que a par se preocupasse com que forma seria mais benéfica a seu patrimônio, vez que a escolha errada, poderia causar-lhe um eventual prejuízo em seu sustento e mesmo em sua moradia. Desse modo, poderá a pessoa lesada ou ameaçada em seus direitos buscar a lei, os princípios e mesmo o Poder Judiciário, para amparar seus interesses. Assim, como a ação é uma prerrogativa da personalidade, podendo o sujeito fazer valer seus direitos subjetivos impulsionando, por meio de seus direitos objetivos, o Poder Judiciário, por meio de uma gama de tutelas jurisdicionais, por meio de processos de conhecimento ou de execução ou cautelares ou executivos, e esta proteção que é dada denomina-se tutela jurídica.

Palavras - chaves: Casamento. União estável. Sucessão. Dignidade.

ABSTRACT

The personality of the people individualizes, giving each one its own peculiarities, distinguishing them from any other. It has to be that the ability to portray the right "persona", as is the means by which the holder may to acquire, to exercise, to modify, to replace, to terminate or to defend interests. In seeking to treat it, it appears that there are fundamental rights that deal with rights related to life, limb, body, liberty, and the right of action, and there are also personality rights that deal with the honor the name, image, freedom of thought, the secret. There are also human rights, which are internationally acclaimed, although not codified; among them may be cited familial human rights that result from the fundamental right to family. Because treating the research, the human rights of families, we realize that the changes in society brought in addition to the many technological advances, it changes in the formation and constitution of the family, evolving from matriarchy and patriarchy, for families formed through marriage and marriage stable, since people have full freedom to associate their feelings. With the publication of the Federal Constitution of 1988, it was seen that the stable was equivalent to marriage rights and obligations, so there is, parity between them. Although unequal treatments are allowed, one realizes that they aren't allowed to discriminate between spouses and companions. Thus, one can't assume that devices that ensure the partner just the right to succession in respect of the goods won for consideration by the deceased to remain constitutional, because it would cause that should be excluded from succession to the assets acquired by his par due inheritance or donation. Also, one can't assume that the spouse united under the regime of partial community property, purchase only the moiety, it was already law, and his companion get beyond moiety, the assets left for consideration by your partner. The fact that the legislature given to pairs of these affective unions enshrined in the Constitution of 1988, the treatment deformed under inheritance, causes a decrease in your property, it hurts their dignity, because the person will have to analyze how best to involve their feelings, and this hinders their freedom of choice, time to be your loving relationship, leaving the good that is the affection that is a subjective right in character off-balance sheet side, so that the couple was concerned about how it would be more beneficial to their patrimony, since the wrong choice could cause you any harm to their livelihoods and even their homes. Thus, can the person injured or threatened in their rights to seek the law, principles and even the judiciary, to protect their interests. Thus, as the action is the prerogative of the personality, the subject can enforce their rights, subjective driving through his objective rights, the judiciary, through a range of guardianship tribunals through the processes of knowledge or performance or precautionary or executive, and this protection that is given is called legal protection.

Key - words: Marriage. Stable. Succession. Dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DA PERSONALIDADE	17
1.1 DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	17
1.2 DA PERSONALIDADE AO DIREITO DA PERSONALIDADE NO CURSO DA HISTÓRIA	19
1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	27
1.4 DO LIAME ENTRE O DIREITO SUBJETIVO E O DIREITO OBJETIVO NO DIREITO DA PERSONALIDADE	29
1.5 DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	31
1.6 DAS TEORIAS A RESPEITO DO DIREITO SUBJETIVO	33
1.7 DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS	37
1.8 DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO SUBJETIVO	40
2 OS SUJEITOS DA PERSONALIDADE E AS UNIÕES AFETIVAS	42
2.1 A ENTIDADE FAMILIAR	42
2.2 OS PERSONAGENS DAS ENTIDADES FAMILIARES	45
2.3 O CÔNJUGE: O SUJEITO DO CASAMENTO	46

2.4 O CONCUBINO: O PERSONAGEM DA UNIÃO LIVRE	48
2.5 O COMPANHEIRO: O SUJEITO DA UNIÃO ESTÁVEL	51
3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS	55
3.1 O VOCÁBULO PRINCÍPIO	55
3.2 OS PRINCÍPIOS EM DIREITO DE FAMÍLIA	57
3.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA	63
3.4 O PRINCÍPIO DA PARIDADE E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	65
3.5 A IGUALDADE ENTRE CASADOS E CONVIVENTES	65
4 DO DIREITO SUCESSÓRIO NAS SOCIEDADES CONJUGAIS	70
4.1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE SUCESSÃO	70
4.1.1 Da relevância histórica do instituto	70
4.1.2 Da Evolução Histórica No Direito Sucessório Conjugal Brasileiro	71
4.1.3 Da conceituação do instituto	75
4.2 DAS MODALIDADES DE SUCESSÃO	77

4.3 CAPACIDADE DE SUCEDER NO DIREITO CONJUGAL COM A PUBLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	79
4.4 NO TOCANTE A CONCORRÊNCIA DA CÔNJUGE E DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO	85
4.4.1 Da Concorrência da Cônjuge com os Filhos	85
4.4.2 Da Concorrência da Companheira com os Filhos	87
4.5 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL	88
5 ASPECTOS RELEVANTES DA TUTELA JURÍDICA E DA TUTELA JURISDICIONAL	92
5.1 A AÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	93
5.2 A TUTELA JURISDICIONAL E DA TUTELA JURÍDICA	94
5.3 O MONOPÓLIO ESTATAL NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	96
5.4 TUTELA JURISDICIONAL: OBJETO E FINALIDADE	99
5.5 A TUTELA JURISDICIONAL NA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E NA EXTRAJUDICIAL	100
5.6 DA TIPOLOGIA DA TUTELA JURISDICIONAL	102
6 A TUTELA JURÍDICA DA COMPANHEIRA	106

6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	106
6.2 DA LEGITIMIDADE DA COMPANHEIRA NA BUSCA DA TUTELA	107
6.3 DA TUTELA JURÍDICA DA COMPANHEIRA	111
6.4 DAS DIVERGÊNCIAS A RESPEITO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NO ÂMBITO SUCESSÓRIO	113
6.4.1 No tocante ao prejuízo da cônjuge	113
6.4.2 No tocante aos eventuais prejuízos da companheira	115
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As famílias de hoje evoluíram de relações guiadas pelo matriarcado, onde as haviam uniões baseadas na proteção materna, onde os homens saíam para caça, pesca e guerra e eram elas as chefes da casa, passando ao patriarcado, em que, o homem era o supremo e superior, era ele quem decidia todas as coisas, era o sacerdote, o responsável, o cabeça, o juiz da família, passando hoje às entidades familiares formadas pelo casamento, seja civil ou seja religioso, pela união estável, pela monoparentalidade, pela socioafetividade, pela homoafetividade, bem como por aquela formada apenas pelo pai ou pela mãe e por seus filhos sejam esses biológicos ou sócio-afetivos.

Assim, o que se perceberá é que no curso da história da humanidade homens e mulheres viveram e vivem em constantes mudanças, sejam de comportamento, sejam de pensamento, sejam nas formas de se relacionarem. Mudanças, estas que repercutem no cenário mundial, inclusive pelos avanços tecnológicos e pela globalização.

A mulher que antigamente era uma figura reprimida, mantida dentro do lar, hoje está cada vez mais alcançando o seu espaço, inclusive mostrando o valor que tem no seio da sociedade moderna.

Ela demonstra que realmente foi feita da costela do homem para se manter ao lado dele, nas decisões a serem tomadas em prol da família, não podendo ser submissa tampouco superior dentro da relação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos avanços que já ganhavam força na doutrina e na jurisprudência tomaram forma de lei, e, com isso, as famílias que já vinham ganhando formato diferente do patriarcado e matriarcado, tiveram sua consagração. Constitucionalmente, falando bem como ganhavam significativos avanços, inclusive no campo sucessório dos cônjuges e dos companheiros.

Assim, no decorrer desta pesquisa, buscar-se-á conceituar,

diferenciar, esclarecer dúvidas conceituais, ainda que de modo sucinto, sobre pessoa, personalidade, direitos subjetivos e fundamentais, cônjuge, companheiro, casamento, união estável, sucessão, herança e meação, nos dois primeiros capítulos.

Após a discussão será a respeito de princípios, buscando entendê-los conceitualmente *en passant* relata-se o que são alguns dos princípios centrais do direito de família, como por exemplo, princípio da “*ratio*”, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio do pluralismo familiar, princípio da consagração do poder familiar, princípio da liberdade, princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade prima pela não diferenciação entre os seres e com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, buscam fortalecer a pessoa, fazendo com que ela alcance todos os atributos de sua personalidade. Esse princípio da igualdade propriamente dito será onde se buscará identificar se homens e mulheres ainda possuem tratamentos diferenciados, respaldando-se histórica e legislativamente, no século XX e início do atual.

Diante da evolução da humanidade e da queda da realização dos matrimônios, seja pela falta de religiosidade, seja pela oneração excessiva para a celebração desses, está cada vez mais “*em voga*” a sociedade conjugal de fato, produzida pela união estável, e o que se almejará a seguir, será saber se existe paridade de direitos e obrigações entre os casados e os conviventes.

Mesmo por que, no dia-a-dia do operador do direito, questões relativas à capacidade sucessória, principalmente do companheiro, serão freqüentemente suscitadas, tais como a de um casal que vivia em concubinato há anos, sendo um deles que era separado judicialmente, que possuía para partilhar um bem imóvel que já detinha em condomínio com a ex-esposa, seria esse bem partilhável com o parceiro ou não?

Ou ainda, um casal, que não possuía qualquer impedimento para a celebração do matrimônio, mas, que convivia em sociedade conjugal de fato há mais de trinta anos, e onde os únicos bens do casal eram aqueles deixados em decorrência do falecimento dos pais de um deles. Poderiam ser herdados pelo outro companheiro em decorrência da morte de seu par? Ou por

serem adquiridos por esses, a título gratuito, ou seja, por meio de herança, ou eles deveriam ser devolvidos aos irmãos do falecido?

Feriria os princípios da igualdade ou da dignidade da pessoa do companheiro dispositivos como o art. 1790 do Código Civil, que prevê a concorrência da companheira com os demais herdeiros, no caso de partilha de bens adquiridos a título oneroso posteriormente à união? Ou ainda, como o do art. 1829 do mesmo *codex*, que não contempla o companheiro, como sucessor legítimo?

A tutela dos direitos da companheira será o desfecho da pesquisa, que contará com a diferenciação entre tutela jurídica e tutela jurisdicional, vez que, em vezes legislativamente um direito não está consagrado, ou até está, porém, de modo que sua interpretação cause prejuízos de ordem financeira e moral a uma das partes. Assim, a que se sentiu lesada ou ameaçada, poderá buscar junto ao Poder Judiciário uma forma de sanar a questão, propondo uma das formas de tutela ou mesmo uma ação de inconstitucionalidade, para que o dispositivo que possa vir a prejudicar seu interesse seja interpretado de modo diverso e mesmo sua revogação, ainda que tacitamente, seja possibilitada.

2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

A palavra evolução é algo que reflete e bem a sociedade e a família de hoje.

Ao conhecimento empírico, aquele passado através das gerações, o conhecimento do senso comum, está cada vez mais sendo agregado valores de outras formas de conhecimentos como o filosófico, o teológico, o escolar-acadêmico, e todos esses auxiliam no conhecimento racional científico que é construído pela pesquisa em fatos, fenômenos, teorias, com o intuito de criar ciência.

Na busca pela solução dos problemas formulados nas hipóteses a ser pesquisadas, a evolução também tem feito, com que a coleta de dados seja mais farta e o banco de informações sejam aumentados, por

meio das mais variadas técnicas de pesquisas, nos mais diversos métodos de procedimento e aprendizagem.

Evolui-se da pesquisa no senso comum dos usos e costumes, para ideias consagradas na doutrina, nos livros, nos artigos científicos, nas dissertações e teses de doutorado.

Evolve-se da pesquisa no papel para a pesquisa *on line*, não descartando por óbvio, as técnicas experimentais, de coleta de dados, por questionários, entrevistas e observações. Na realidade, todos esses meios e formas são agregados na busca do famigerado conhecimento.

Assim, das inúmeras horas de pesquisas em bibliotecas físicas, com livros muitas vezes antigos e empoeirados, o pesquisador passa a freqüentar plataformas de bibliotecas digitais, visitando um mundo externo de informações sem sair de sua casa, sendo inclusive tais artefatos garantidos como direitos fundamentais à educação e à informação.

Razão esta foi que se adotará para esta pesquisa, além da pesquisa física em livros e revistas jurídicas, os acessos *on lines*, em sites do governo como Domínio Público, Planalto e de Tribunais de Justiça, bem como sites, dentre outros, de revistas jurídicas de Instituições como CESUMAR – Centro Universitário de Maringá, USP – Universidade de São Paulo, UNB – Universidade de Brasília, UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, além de sites de pesquisadores como Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Rodrigo da Cunha Pereira, Sérgio Resende Barros, entre outros.

Os métodos de pesquisa utilizados serão como o de procedimento o jurídico, buscando interpretação de leis, doutrinas e jurisprudências e o intuitivo, como de abordagem, verificando a hipótese previamente lançada, qual seja, a de que existe ou não diferença de tratamento no campo sucessório entre cônjuge e companheira, com relação ao acervo deixado pelo extinto.

Assim, objetivará a presente pesquisa a: Analisar se há igualdade ou desigualdade entre os cônjuges e companheiros no campo do direito sucessório. Ponderar se as desigualdades de tratamento maculam a dignidade da companheira ou da cônjuge, respingando em seu direito de escolha de formar uma entidade familiar. Demonstrar a utilização de tutelas do direito processual civil no âmbito das relações familiares. Verificar se a

limitação à sucessão da companheira ou da cônjuge, e conseqüente diminuição de seu o patrimônio causa-lhe abalos à sua subsistência e sustento e conseqüentemente à sua vida e por fim, demonstrado meios que o par dispõe juridicamente, para proteger seus interesses de lesões ou de ameaças de lesões.

1 DA PERSONALIDADE

1.1 DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ao começar a pesquisa sobre a igualdade entre os cônjuges e companheiros no direito das sucessões para verificar se esta existe, ou se do contrário se inexistente macula a dignidade daquela que está em situação de desigualdade, é importante trazer o que seja a personalidade, quem pode tê-la, quais as teorias que a aceitam, que a negam, e se esta faz parte dos direitos fundamentais ou humanos, ou mesmo se é o próprio direito.

Assim, o termo personalidade tem origem latina, derivando de “*personalitate*”, sendo uma qualidade, não um direito, ela é uma retratação do ser capaz de direitos, que possibilita à pessoa ser sujeito de direito dentro de uma relação jurídica.¹

De Plácido e Silva também conceitua personalidade como derivada do “latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro”².

Assim, a personalidade é algo que individualiza a pessoa, a identifica, no modo de ser, distinguindo-a de outra, sendo uma qualidade, não um direito, sendo ela uma retratação do ser capaz de direitos, possibilitando à pessoa ser sujeito de direito dentro de uma relação jurídica.³

Todas as pessoas são dotadas de personalidade e para que esta se desenvolva é preciso analisar o meio em que esses indivíduos vivem, bem como os valores, suas experiências em sociedade e a cultura que lhe foi passada.

A personalidade de um ser é algo que vai se moldando com o decorrer da vida. As particularidades e peculiaridades de cada pessoa são os

¹ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: parte geral. Campinas: Bookseller, 1999. t. I, p. 216.

² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 360.

³ MIRANDA, Pontes de. Loc. cit.

detalhes que formam a personalidade. As reações diante dos problemas são os definidores de temperamento e de caráter de uma pessoa.

Para Clayton Reis “a personalidade é o caráter multifacetário, do ser humano ante o ponto de vista psicológico e jurídico”⁴. Desta maneira, a personalidade jurídica funda-se na visão psicológica, que é a realidade psíquica do indivíduo.

De modo geral, não se distingue, a conceituação de personalidade tanto na Psicologia como no Direito, mesmo por que a base de ambos é o indivíduo, enquanto sujeito de direitos. Mesmo não se distinguindo, elas não se confundem, tanto que a personalidade jurídica é como o homem vê a sua personalidade psíquica, tendo por parâmetro a sua criação social e a ordem jurídica existente.

O conceito jurídico de personalidade não se qualifica de forma diferente em que se assenta o fundamento psicológico da pessoa - há, em ambos, uma noção precisa de identidade do ser humano.

Quando se diz, que a personalidade é um atributo jurídico se busca amparo em Orlando Gomes que preceitua, que todo homem é sujeito, de direito e de obrigações:

[...] Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias, nas condições de sua atividade jurídica e, nos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente.⁵

Desta maneira, a personalidade, é o meio pelo qual o seu titular pode adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses, ainda que de modo representado ou assistido. Desta maneira, Pontes de Miranda assegura que “personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e execuções e também ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e execuções”.⁶

⁴ REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. *Revista Jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 141.

⁶ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 209.

Na psicologia, a personalidade é uma construção científica que objetiva explicitar a realidade psíquica do indivíduo⁷, constituindo o *id* que é a estrutura da personalidade original, que é inata, básica e mais central, passando-se ao *ego* que tem consciência da realidade externa, tendo a tarefa de garantir a saúde, segurança e sanidade da personalidade⁸, e o *superego* “é o depósito dos códigos morais, modelos de conduta e dos construtos que constituem as inibições da personalidade.”⁹.

A personalidade é como o ser humano é visto em diversos enfoques, até mesmo nas tomadas de decisões em suas características pessoais, tais quais, timidez, extroversão, poder de persuasão, bondade ou maldade, entre outros fatores, que distinguem uma pessoa da outra, sendo original e tendo peculiaridades.

1.2 DA PERSONALIDADE AO DIREITO DA PERSONALIDADE NO CURSO DA HISTÓRIA

A idéia da representação teatral, onde os atores usavam máscaras para caracterizar as divindades ou, ainda, para desempenhar a “personalidade” de outra pessoa, deu impulso ao que hoje se chama de personalidade.

A evolução desse termo é trazida por Washington de Barros Monteiro, que diz que a palavra pessoa, vem do latim *persona* e da representação teatral da antiga Roma. Inicialmente, a *persona* era a máscara usada pelos atores, para ecoar suas palavras, sendo o *personare*, o meio de ressoar tal voz, e após o vocábulo passou a ser a própria atuação do ator, para finalmente chegar a significar o próprio indivíduo ao representar esses papéis.

10

⁷ FERMENTÃO. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6, p. 253, dez. 2006.

⁸ FADIMAN, James. **Teorias da Personalidade**. São Paulo: HARBRA, 1986. p. 11.

⁹ FADIMAN, James, op. cit., p. 12.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1. p. 99.

Os vocábulos personalidade jurídica, capacidade jurídica e capacidade de fato, eram usados de modo confuso no mundo romano. Em Roma a personalidade jurídica acontecia com o homem nascendo com vida e tendo presença de viabilidade fetal. Tinha também reconhecimento da personalidade quando se antecipava o começo da existência para a data da concepção; assim, por exemplo, o filho resultante de justas núpcias recebia o estado do pai no momento da concepção. Além destas causas naturais, a pessoa devia reunir os três status, sejam eles: a) *status libertatis*; b) *status familiae* e c) *status civitatis*. Cada *status* indica a posição da pessoa em relação ao Estado (como homens livres e cidadãos romanos) e à família (como *pater familias* ou *filius familias*)¹¹.

A personalidade é tratada pelos direitos da personalidade e só passa a ter esse nome nos idos do século XIX. Antes disto era visto como direitos fundamentais, bem tratados com as revoluções burguesas do século XVIII, visto que os humanistas centram suas questões no homem e no mundo em que esse habita.¹²

Nesta Era se afirma ao indivíduo à liberdade de consciência e de expressão. Aqui tem origem as liberdades políticas e dos direitos e deveres dos cidadãos devendo ser resguardados os direitos inerentes à pessoa humana, anteriores à existência do próprio Estado.

A personalidade é indissociável da pessoa, sendo a capacidade de possuir direitos e contrair obrigações. A codificação dos direitos da personalidade foi necessária para garanti-los e dar-lhes coercitividade.

Surgiram duas correntes a respeito da tutela da personalidade. Uma delas, dizia que ela era una e indivisível, sendo tutelada por um único direito da personalidade. A segunda teoria, atomista, lançava várias projeções da personalidade, sendo protegida cada uma delas de maneira mais concreta. Essa foi mais aceita e difundida, dada às críticas que só entendiam como existentes aqueles direitos da personalidade tutelados, e dadas às muitas mudanças da própria personalidade, estão sendo encarados como de caráter

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro, Forense, 1996. p. 98.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>> Acesso em: 12 abr. 2010.

indivisível, tutelando os direitos da pessoa em seus mais variados aspectos, sejam físicos, psíquicos e intelectuais.

José Afonso da Silva esclarece que os direitos e garantias individuais, são consagrados no ordenamento jurídico desde a primeira Constituição, datada de 25 de março de 1824, passando pela Constituição de 1891, onde se era garantida a inviolabilidade dos direitos referentes à liberdade, à segurança e à propriedade, e, pela Constituição de 1934, que consagrou também os direitos relativos à nacionalidade e os direitos chamados políticos. Por seu turno, porém, a Constituição de 1937, percebia um flagrante desrespeito aos direitos do homem.¹³

Já a Constituição de 1946, além de tratar sobre a nacionalidade e a cidadania, albergou também os direitos e garantias individuais, e especialmente tratando sobre o direito à vida, que se repetiram na Constituição de 1967 e em sua Emenda n. 1 do ano 1969, afirmando os direitos relativos à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.¹⁴

As Constituições Republicanas tratavam de modo geral os direitos e garantias individuais, não tratando de modo claro os direitos da personalidade, apenas tendo significativa ampliação em seu rol de tutela, com a Constituição Republicana de 5 de outubro de 1988, que trouxe diversas inovações, e, até mesmo direitos que não eram chancelados.

O art. 5º da Constituição de 1988¹⁵ tutela os direitos à vida, à liberdade, à honra, ao sigilo, à intimidade, à imagem, à criação intelectual,

¹³ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 170-171.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

dentre outros, visto que em seu § 2º estabelece a possibilidade de novos direitos fundamentais serem albergados. A personalidade jurídica é também garantida nesse instrumento, sob enfoque social, quando se trata da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 1916, elaborado por Bevilácqua, não tratava expressamente os direitos da personalidade, porém, existiam artigos que se reportavam a esses, ainda que sucintamente, a saber: art. 666, inc. X que dispõe sobre o direito à imagem¹⁶; art. 671, parágrafo único, que versa sobre o segredo de correspondência¹⁷ e o direito moral do autor (arts. 649¹⁸, 650, parágrafo único¹⁹ e 651²⁰, parágrafo único, 658.²¹)

[...]

¹⁶ Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor:

I - A reprodução de passagens ou trechos de obras já publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja compilação destinada a fim literário, didático, ou religioso, indicando-se, porém, a origem, de onde se tomarem os excertos, bem como o nome dos autores.

II - A reprodução, em diários ou periódicos, de notícias e artigos em caráter literário ou científico, publicados em outros diários, ou periódicos, mencionando-se os nomes dos autores e os dos periódicos, ou jornais, de onde forem transcritos.

III - A reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza.

IV - A reprodução de todos os atos públicos e documentos oficiais da União, dos Estados e dos Municípios.

V - A citação em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra com intuito de crítica ou polêmica.

VI - A cópia, feita à mão, de um obra qualquer, contanto que se não destine à venda.

VII - A reprodução, no corpo de um escrito, de obras de artes figurativas, contanto que o escrito seja o principal, e as figuras sirvam somente para explicar o texto, não se podendo, porém, deixar de indicar os nomes dos autores, ou as fontes utilizadas.

VIII - A utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova.

IX - A reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças.

X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

¹⁷ Art. 671. Quem publicar qualquer manuscrito, sem permissão do autor ou de seus herdeiros ou representantes, será responsável por perdas e danos.

Parágrafo único. As cartas-missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores ou de quem os represente, mas podem ser juntas como documento em autos judiciais.

¹⁸ Art. 649. Ao autor de obra literária, científica, ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la.

§ 1º Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de sessenta anos, a contar do dia do seu falecimento.

§ 2º Morrendo o autor sem herdeiros ou sucessores, a obra cai no domínio comum.

¹⁹ Art. 650. Goza dos direitos de autor, para os efeitos econômicos por este código assegurados, o editor de publicação composta de artigos ou trechos de autores diversos, reunidos num todo, ou distribuídos em séries, tais como jornais, revistas, dicionários, enciclopédias e seletas.

Parágrafo único. Cada autor conserva, neste caso, o seu direito sobre a sua produção, e poderá reproduzi-la em separado.

²⁰ Art. 651. O editor exerce também os direitos a que se refere o artigo antecedente, quando a obra for anônima ou pseudônima.

O Anteprojeto do Código de Orlando Gomes de 1963 trouxe a positivação dos direitos da personalidade, falando inclusive sobre o nome, disposição do corpo, direito autoral e imagem, bem como esclarecendo que tais são inalienáveis e intransmissíveis.²²

Pari passu ao que já foi disciplinado no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988 acima citado, o Código Civil de 2002, veio trazendo um capítulo próprio tratando sobre os direitos da personalidade, como os direitos à vida, à integridade física e psíquica, ao nome, à imagem, à honra, à vida privada, bem como, assegurando a tutela desses às pessoas, sem qualquer distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e ou quaisquer outras formas de discriminação como havia na época do Império.

Verifica-se no Código Civil Brasileiro, publicado em 10 de janeiro de 2002, que a esses direitos são vedadas a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, mesmo na modalidade voluntária, salvo exceções, como exemplo, nos casos de direito à imagem de pessoa pública, ou casos como na disposição do próprio corpo, onde pode ocorrer a transfusão sanguínea e o transplante de órgãos.

Assim, direito da personalidade é essencial e inerente à pessoa de seu titular, seja ele, capaz ou não de gerir seus atos civilmente. Esses direitos são referentes às projeções da pessoa para o mundo exterior, em seu relacionamento com a sociedade e protetores de sua dignidade. Por ser relativo ao seu titular, não se transmite com a morte, eis que o art. 11 do Código Civil de 2002²³ esclarece como características desse direito a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade desses.

Os direitos da personalidade são tratados como direitos subjetivos, que visam bens e valores essenciais da pessoa humana de seu titular, razão esta que são irrenunciáveis, tanto nos seus aspectos físico,

Parágrafo único. Mas, neste caso, quando o autor se der a conhecer, assumirá o exercício de seus direitos, sem prejuízo dos adquiridos pelo editor.

²¹ Art. 658. Aquele que, com autorização do compositor de uma obra musical, sobre os seus motivos escrever combinações, ou variações, tem, a respeito destas, os mesmos direitos, e com as mesmas garantias, que sobre aquela o seu autor.

²² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 40-41.

²³ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

quanto moral e intelectual²⁴. Para Santos Cifuentes esses direitos são inseparáveis da pessoa:

Se tienen fatalmente porque nacen con la persona y por la vida la acompañan, amén de los reflejos posteriores de la muerte. [...] A diferencia de todos los demás derechos, ao se carece de ellos em el origen y tampoco se pierden definitivamente durante la vida de la persona.²⁵

E completa dizendo que eles tem um conteúdo mínimo e imprescindível para a vida, por serem essenciais a esta²⁶ e por permanecem na esfera do próprio titular, sendo desses inseparáveis, conforme palavras de Adriano De Cupis:

De fato, nos direitos da personalidade a intransmissibilidade reside na natureza do objeto, o qual, como já dissemos, se identifica com bens mais elevados da pessoa, situados, quanto a ela, em um nexo que pode dizer-se de natureza orgânica.²⁷

Assim, os direitos da personalidade tem como objeto a “[...] a vida, a integridade física, a honra, a liberdade [...]. Nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por correspondem aos bens mais elevados, tem caráter de essencialidade”.²⁸

Para Adriano de Cupis, direito subjetivo não poderá ser posto à disposição de outrem, por fazer parte de sua existência²⁹. Assim, Santiago Dantas, no tocante aos bens das pessoas estabelece que:

[...] entre os bens externos, sobre os quais o homem exerce as suas faculdades de apropriação, vão constituir, depois, numerosos direitos patrimoniais, e esses bens internos, cujo desfrute o homem encontra em si mesmo, constituem uma categoria de direitos que são os direitos da personalidade. Tais direitos tem características próprias que os distinguem dos demais.³⁰

²⁴ FERMENTÃO. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6. p. 245, dez. 2006.

²⁵ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea. p.180.

²⁶ CIFUENTES, Santos, op. cit., p.181.

²⁷ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004. p. 54-55.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ SAN TIAGO DANTAS, Edmea. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p.194.

Diferentemente, dos bens extrapatrimoniais, os efeitos patrimoniais decorrentes dos direitos da personalidade não tem as mesmas características, sendo, portanto, renunciáveis e prescritíveis.

1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 traz direitos e deveres buscando o tratamento igual para todos.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana, consagradas no art. 1º, incs. II e III da Constituição Federal de 1988³¹ são fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, consagram-se os direitos fundamentais positivados pelo Estado e tratados constitucionalmente³², sendo considerados individuais ou subjetivos, abrangendo-se nesta categoria, também os direitos sociais e políticos³³ com o que concorda Sílvio Romero Beltrão.³⁴ Frise-se esses direitos são elencados como cláusulas pétreas, não podendo ser modificados.³⁵

No tocante, à distinção entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, temos que os primeiros relacionados ao Direito Privado, sendo eles, ligados à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de consciência e de religião,

³¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

³³ REIS, Jair Teixeira dos. **Direitos humanos: para provas e concursos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

³⁴ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 47-48.

³⁵ DIAS, Jean Carlos. **Curso Crítico do Processo de Conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2005. p.26.

intimidade, ao segredo, autoral. Ao passo, que os segundos, seriam os de trato público, tais como direito à vida, à integridade física, ao corpo, à liberdade e o direito de ação.³⁶

Ocorre que, “sempre que alguém possua um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito”.³⁷

Distinguindo os direitos humanos dos direitos fundamentais, tem-se que os últimos são positivados constitucionalmente e os primeiros são supra-positivados³⁸, querendo isso significar, o fato de que os direitos humanos são tratados pela ordem internacional, sendo eles direitos naturais, inerentes à existência do homem, independentemente de posituação.³⁹ E, por isso “[...] os interesses humanos são indivisíveis, não podendo, assim, ser cotizados e apropriados individualmente.”⁴⁰

Apenas para salientar, os direitos humanos tem “[...] importância no campo social, moral, ou filosófico, mas também ganham significado jurídico, já que podem ser invocados como substrato para a tutela individual das pessoas humanas.”⁴¹ Exemplificando, esta constatação, Sérgio Resende de Barros chama o direito de família “[...] “direitos humanos familiares”, para designar os direitos humanos que derivam do direito fundamental à família para concretizá-lo. Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas os direitos humanos e os direitos fundamentais não constituem institutos jurídicos distintos [...]”⁴²

Destarte, em outras palavras, conclui-se que os direitos da personalidade tem caráter constitucional, sendo positivados na Constituição Federal, e portanto, são chamados de fundamentais, encontrando guarida no direito privado por seu cunho pessoal, ao passo que o direito fundamental de

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 22-23.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 47.

³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Loc. cit.

³⁹ REIS, Jair Teixeira dos. Loc. cit.

⁴⁰ DIAS, Jean Carlos, op. cit., p.24-25.

⁴¹ DIAS, Jean Carlos, op. cit., p.24.

⁴² BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: principais e operacionais. *In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 613.

modo geral, encontra razão no direito público, de esfera político, social e econômico.

1.4 DO LIAME ENTRE O DIREITO SUBJETIVO E O DIREITO OBJETIVO NO DIREITO DA PERSONALIDADE

Existe uma relação entre o direito que a pessoa detém e o direito legislado, que regula as atividades desse sujeito, que é o que se verá a seguir.

A classificação do direito como subjetivo, segundo Paulo Nader, data do século XIX, sendo um emprego de normas jurídicas, sobre os fatos sociais⁴³.

O direito subjetivo é visto como uma faculdade outorgada a uma pessoa, como se fosse um poder jurídico impingido à ordem de cada indivíduo para o cumprimento de um dever jurídico, bem como para ser alcançado diante uma necessidade jurídica.⁴⁴

Quando se trata do direito subjetivo, se diz que o indivíduo tem a faculdade, na escolha de como agir, ou seja, *facultas agendi*, que se adapta ao direito objetivo que é a norma de ação, *norma agendi*, sendo esta uma “[...] norma abstrata, geral e obrigatória para todos, destinada a incidir e a ser obedecida, espontânea ou coercitivamente.”⁴⁵

O direito subjetivo é ligado ao poder, sendo prerrogativas do titular de receber certo efeito jurídico, em virtude da regra de direito. A expressão designa uma liberalidade reconhecida pela lei a alguém, para realização de determinados atos, seria *o jus est facultas agendi*.⁴⁶

Ao tratar a respeito do direito subjetivo, Vicente Raó enxerga nele uma humanização dos direitos, ligando-os às tendências individuais e

⁴³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 372.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 88.

⁴⁵ PACHECO, José da Silva. **Curso de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 37.

⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3.

sociais da natureza humana⁴⁷. Tanto o é, que para esse autor: “Direitos existem ditados pela natureza humana, os quais, por isso, são superiores às normas objetivas que podem e devem, sem dúvida, discipliná-los em razão da harmonia social, mas, desconhecê-los não podem, sob pena de incidirem em ilegitimidade: a negação dos poderes inerentes à natureza do homem, ali onde ocorre, não significa a inexistência, mas a violação dos correspondentes direitos”⁴⁸.

Miguel Reale estabelece que o direito subjetivo nasce com as situações subjetivas que implica a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou ato de outrem.⁴⁹

Existe, pois, pretensão por um sujeito ativo e o dever de realizar o que é devido, pelo sujeito passivo, tudo dentro de uma proporcionalidade compatível com o que está sob pretensão.

Miguel Reale considera a pretensão como vínculo entre o modelo normativo e a experiência concreta, ligada a uma existência social, podendo inclusive, se socorrer a tutela jurisdicional para consagrar o direito subjetivo, para se obter algo que está sendo pretendido. É, a um só tempo, a pretensão material, voltada contra o devedor, como a pretensão processual, endereçada ao Estado, tendo, pois a feição da “[...] previsibilidade tipológica da pretensão e o da realizabilidade da pretensão.”⁵⁰

Desse modo, o direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio⁵¹, conclusão esta compartilhada por Paulo Nader.⁵²

Relacionando assim, direitos fundamentais com os direitos subjetivos por serem voltados ao indivíduo e tendo uma “dimensão objetiva, transformando-os também em valores ou fins a serem perseguidos por toda a sociedade [...]”⁵³.

⁴⁷ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 545.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 257.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² NADER, Paulo, op.cit. p.372.

⁵³ VALE, André Rufino Do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 259.

O direito objetivo, por sua vez, é o conjunto das regras jurídicas, que regulam o poder de ação do indivíduo⁵⁴. Ao passo que, o direito subjetivo é o meio de satisfazer interesses humanos (*hominum causa omne jus constitutum sit*). O segundo deriva do primeiro.⁵⁵

Nesta linha, o direito subjetivo é a faculdade que alguém tem sobre algo ou alguma coisa. E, como esse direito precisa ser amparado, existirá o direito objetivo para garanti-lo.⁵⁶ Para concluir, buscando guarida em José de Oliveira Ascensão, pode-se dizer que o direito das sucessões, por estar normatizado, tem validade objetiva, sendo que, quem está legitimado a receber a herança, tem um direito subjetivo, proveniente do direito conquistado.⁵⁷

Trazendo a relação o direito subjetivo e o direito objetivo, pode-se dizer que a pessoa por ter o primeiro, protege sua personalidade e seus direitos a ela inerentes. E, poderão buscar o Poder Judiciário, para casos onde estes direitos, porventura, foram subtraídos, por meio do direito de ação, garantido por normas estabelecidas pelo direito objetivo.

1.5 DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para esquadrihar a solução sobre a natureza jurídica desse faz-se uma incursão na história.

A corrente individualista jusnaturalista a respeito da personalidade nasceu no século XVI, com auge com Locke, Rousseau no século XVIII, culminando com ascensão na França, em 1789 e nos códigos da época napoleônica. Para Wilson de Souza Campos Batalha, o jusnaturalistas pactuaram uma série de direitos subjetivos, que são precedentes e superiores à vida social, são inalienáveis e imprescritíveis, sacrossantos anteparos à volúpia legislativa de tudo regulamentar e restringir.⁵⁸

⁵⁴ GOMES, Orlando, op.cit., p.8.

⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I. p. 04.

⁵⁶ FIÚZA, César. **Novo Direito Civil Curso Completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 14

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira. 10. ed. rev. Livraria Almedina. Coimbra. Set, 1999. p. 39.

⁵⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito: filosofia, história e ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 834.

Nesta concepção do individualismo o indivíduo está acima do Estado, sendo que a Sociedade deve servi-lo.

Desta máxima, tem-se que os homens nascem com direitos, devendo ser respeitadas suas liberdades, suas vontades, bem como se impõe a eles, a permissiva de que seus direitos cheguem até onde comecem os dos outros semelhantes, tudo por questão de igualdade. Todos são autônomos.

Idealiza-se um direito absoluto e natural entre os povos de todas as nações, onde o jurista tem que revelar esse ideal jurídico e o legislador deverá realizá-lo.

A crítica que se faz à teoria individualista é que, o homem não pode viver só, sendo que, seus direitos, existem para uma relação em sociedade, o que não justificaria essa individualização pessoal.⁵⁹

Por esta razão, o direito natural não pode ser visto sem a tutela jurisdicional do Estado, pois senão, apenas existiria o emprego da força pessoal, e não de um direito. O que se mantém, todavia, é o caráter de vontade pessoal desta teoria.

Já no tocante, à teoria supra-individualismo, o Estado está no mais alto patamar, ao passo que o indivíduo terá que servi-lo. O homem é mera peça despersonalizada na engrenagem coletiva.⁶⁰

Wilson de Souza Campos Batalha esclarece que em países como a Alemanha, a comunidade era o alicerce de todo o ordenamento jurídico-político, não existindo qualquer brecha para o direito subjetivo. A liberdade era o cumprimento do dever. No positivismo, Leon Duguit, segundo esse autor, sustenta a não existência do direito subjetivo fora do direito objetivo, anteriores ou superiores a esses. De acordo, com ele, enquanto Duguit combatia a existência do direito subjetivo, no sentido de seu conteúdo, procurando estabelecer o direito objetivo pelo fato da solidariedade social, Kelsen fazia referência a inexistência do direito subjetivo, tomando por base a formalística da ciência jurídica.⁶¹

⁵⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 440-441.

⁶⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 835.

⁶¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 837.

O existencialismo encara o direito subjetivo em sua primeira forma, como um dever jurídico, isto é uma norma que estabelece situações a serem cumpridas, pela faculdade do agente.⁶²

Portanto, o que se depreende é que o indivíduo não vive só e o Estado tem o dever jurídico de proteger os interesses daquele.

1.6 DAS TEORIAS A RESPEITO DO DIREITO SUBJETIVO

Diferentes são as teorias que retratam o direito subjetivo dentre elas a teoria da vontade, do interesse, a mista, e as que negam o direito subjetivo, além da processual do direito subjetivo.

Desse modo, ao tratar sobre as teorias a respeito do direito subjetivo, Ricardo Rodrigues Gama retrata a teoria da vontade, que estabelece que aquele direito é o poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica. Portanto, a pessoa tem um poder querer, para realizar os fins a que se destina por uma vontade juridicamente protegida.⁶³

A crítica que se faz a teoria da vontade é que ela não compreendia as pessoas incapazes de querer, tanto os menores, como os privados de razão e os ausentes e tampouco fazia referência à existência de direitos subjetivos ignorados pelo titular, segundo o que retrata Miguel Reale⁶⁴, e mesmo aqueles direitos que subsistem involuntariamente, sem que o titular queira.⁶⁵

Já a teoria do interesse sustenta-se no direito subjetivo como um interesse tanto para coisas concretas como materiais, tudo juridicamente protegido⁶⁶, em outras palavras “[...] seria a proteção normativa dos interesses das pessoas.”⁶⁷

Em toda relação jurídica existe uma forma protetora, uma casca de revestimento em um núcleo protegido. Tal capa, que reveste o

⁶² BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., 839

⁶³ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de Introdução ao Direito**. 3. ed. Juruá, 2007. p. 149.

⁶⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 250.

⁶⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. Loc. cit.

⁶⁶ REALE, Miguel, op. cit., p. 251

⁶⁷ GAMA, Ricardo Rodrigues, op. cit., p. 150.

núcleo, é representada pela norma jurídica, ou melhor, pela proteção à ação, o que quer dizer, por aqueles remédios jurídicos que o Estado confere a todos para a defesa do que lhes é próprio. O núcleo é representado por algo que interessa ao indivíduo⁶⁸.

Esta teoria esbarra-se na seguinte situação, a ação processual faz parte dos direitos subjetivos, tanto que, é de interesse das partes uma sentença, ainda que em grau recursal.

Acontece, porém que, ao contrário, a ação material não é um direito subjetivo, porque, esta é a própria capacidade de pleitear tutela jurisdicional. Nesse sentido, o direito subjetivo é uma parcela da existência da jurisdição.

Ainda, segundo Paulo Nader, essa teoria é criticada, vez que nela se confunde a finalidade do direito subjetivo com sua natureza.⁶⁹

E, por ser o termo interesse amplo, é difícil de se apurar o seu real sentido, e ainda que juridicamente protegido, nem tudo que é interessante, desenvolve um direito subjetivo.⁷⁰

Com a confusão entre a teoria da vontade e do interesse nasce a teoria mista, onde prepondera o bem, satisfazendo-se tanto uma necessidade como um interesse. Aqui o direito subjetivo reveste-se, como um poder de vontade protegido pelo ordenamento jurídico, buscando o interesse das partes na satisfação da proteção jurisdicional⁷¹.

Miguel Reale ao lançar estudo sobre a teoria mista critica dizendo que:

Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo⁷²

E congrega: “É, portanto, o interesse protegido enquanto atribuído a alguém um poder de querer.”⁷³

⁶⁸ REALE, Miguel, op. cit., p. 251.

⁶⁹ NADER, Paulo, op.cit.. p.376.

⁷⁰ REALE, Miguel, op. cit., p. 252.

⁷¹ NADER, Paulo, op.cit.. p. 376.

⁷² REALE, Miguel, op. cit., p. 253.

⁷³ Idem.

Caio Mário da Silva Pereira revela que não importa qual dos elementos – vontade ou finalidade – é o mais importante, tanto que para ele, "uma e outra se acham presentes, e, pois, a definição há de conter o momento interno, psíquico; e o externo, finalístico".⁷⁴

O descrédito a esta teoria é justamente a miscelânea que faz entre a teoria da vontade e a do interesse, em nada angariando ao conceito do direito subjetivo, tanto é que Miguel Reale lança a seguinte manifestação a respeito da presente mixórdia:

Essa teoria, entretanto, não vence as objeções formuladas contra cada uma de suas partes. O ecletismo é sempre uma soma de problemas, sem solução para as dificuldades que continuam nas raízes das respostas, pretensamente superadas. As mesmas objeções feitas, isoladamente, à teoria da vontade e à do interesse, continuam, como é claro, a prevalecer contra a teoria eclética [...].⁷⁵

Wilson de Souza Campos Batalha esclareceu que existem também as teorias que negam o direito subjetivo, sendo elas obtidas por intermédio da ótica de Leon Duguit e Kelsen, que ilustram que não há um direito subjetivo⁷⁶.

Miguel Reale esclarece que, na visão positivista de Leon Duguit, apenas o direito objetivo existe, sendo assim, esse estabelece o comportamento dos membros de uma sociedade. Assim, o que existem são situações de fato, que possuem de natureza subjetiva⁷⁷.

De acordo com Maria Helena Diniz, sob esta ótica, a situação jurídica, nesta visão é um fato sancionado pela norma jurídica, hipótese em que se tem a situação jurídica objetiva, ou a situação dentro da qual se encontra uma pessoa beneficiada por certa prerrogativa ou obrigada por determinado dever.⁷⁸

Destarte, as situações jurídicas são vistas pelo direito objetivo, eis que a pessoa, não detém poder individual, oponível frente à sociedade. Já Wilson de Souza Campos Batalha, tratando desta teoria, fala que nela, o

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. p. 23.

⁷⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 255.

⁷⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p.836-837.

⁷⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 255.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 248

indivíduo não tem outro direito senão o de cumprir o seu dever, colocando no lugar dos direitos subjetivos a idéia de função social.⁷⁹ Assim:

O homem não tem direitos; a coletividade tampouco. Mas, todo o indivíduo tem, a sociedade, uma certa função a desempenhar, uma certa tarefa a executar. E esse é, precisamente, o fundamento da regra de Direito, que se impõe a todos, governantes e governados.⁸⁰

E, a partir desta teoria é que o direito subjetivo foi repensado, conforme se verifica:

A Teoria Geral do Direito hodierna, partindo dessas e outras críticas às antigas teses que já examinamos, reelaborou os estudos sobre o direito subjetivo, fixando alguns pontos essenciais. Um deles se refere exatamente ao conceito de situação subjetiva que, a princípio, passou a ser sinônimo de direito subjetivo para, mais acertadamente, ser vista, depois, como o gênero no qual o direito subjetivo representa a espécie⁸¹.

Para Hans Kelsen o direito objetivo é quem cria o direito subjetivo, sendo que há uma proteção de um interesse, por meio de ação, para que nasça o direito subjetivo (teoria processual do direito subjetivo), afirmando que:

A essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como 'órgão' da comunidade, designado na teoria tradicional como 'pessoa privada' - normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta - o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever⁸².

Assim, para Hans Kelsen, citado por Miguel Reale, o direito subjetivo é: "[...] o poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico." Isto se dá, porque, para Kelsen a não prestação corresponde a uma sanção segundo a sua teoria pura.⁸³

⁷⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p.836.

⁸⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 255.

⁸¹ Idem.

⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 153.

⁸³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 255.

O indivíduo deverá obedecer às normas impostas pelo Estado, não sendo possível a oposição de prerrogativas individuais em relação ao Estado. Nesse contexto Caio Mário da Silva Pereira⁸⁴, estabelece:

Se este determina uma dada conduta individual, agirá contra o ofensor da norma no propósito de constrangê-lo à observância, sem que o fato de alguém reclamar a atitude estatal de imposição se traduza na existência de uma faculdade reconhecida" [...]

Hans Kelsen acredita que o direito subjetivo pressupõe o dever subjetivo da outra pessoa, sendo assim, o oposto do dever jurídico.⁸⁵

Porém, se crê que a concepção negativa do direito subjetivo não poderá prosperar, visto que, tem que ser levado em conta o homem como elemento do poder, o qual pela obediência dos demais sujeitos, torna-se pleno.

Wilson de Souza Campos Batalha alerta que García Maynez criticou a visão de Kelsen, dizendo que esse confundia o plano dos juízos normativos e o das situações objetivas a que se referiam.⁸⁶

Assim, Caio Mario da Silva Pereira conclui sobre a falha dos que negam a existência do direito subjetivo, dizendo que aqueles:

[...] não conseguem os eminentes juristas abstrair-se da existência de um aspecto individual do jurídico, que será o substitutivo do direito subjetivo ou compreenderá a denominada 'situação jurídica', já que a existência da norma em si, ou do direito objetivo só, conduz à existência de deveres exclusivamente.⁸⁷

A luz desta pesquisa verificar-se-á que existe o direito subjetivo do indivíduo, e nas relações familiares, aquele que sentir que tem sua capacidade de exercer, expressar, garantir seus direitos, por vontade e interesse poderá socorrer-se ao Judiciário, para que a lesão à sua personalidade e ou aos seus direitos seja reparada.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. p. 20.

⁸⁵ KELSEN, Hans. Loc. Cit.

⁸⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 838.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 20.

1.7 DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Dentre as diversas classificações trazidas pela doutrina, tem-se que aquelas com relação à eficácia e quanto ao conteúdo.

No tocante, à eficácia, esses direitos podem ser absolutos, ou seja, são preceitos que devem ser respeitados por todos. Desse diapasão, tem-se que seu titular poderá opor seu direito frente a todos os outros, ou seja, sua eficácia é *erga omnes*. E segundo, Orlando Gomes, esses direitos reais são os personalíssimos, direitos individuais do homem, os de família e os reais.⁸⁸

Ao lado dos direitos absolutos ou universais, têm-se os relativos, que segundo essa classificação, são aqueles que impostos e geridos a determinadas pessoas, que são particularizadas dentro de uma relação jurídica. Esses direitos reais possuem efeitos são *in personam*.⁸⁹

Dentro desta classificação ainda, tem-se os direitos transmissíveis e não transmissíveis, sendo que os primeiros podem ser transferidos a outrem, ao passo que os não transmissíveis são personalíssimos, seja por absoluta impossibilidade de fato ou por impossibilidade legal. Ainda, no tocante à classificação, têm-se os direitos encarados como principais e acessórios, sendo os principais autônomos, respondendo por si só, ao passo, que os acessórios seguem o principal. No contrato de mútuo, o direito ao capital é o principal e o direito aos juros é acessório. E, por último, ao tratar de eficácia, ainda tem-se que observar os direitos renunciáveis e não renunciáveis. Sendo os primeiros, aqueles em que o sujeito ativo, por ato de vontade, pode deixar a condição de titular do direito sem a intenção de transferi-lo a outrem, enquanto que nos irrenunciáveis tal fato é impraticável, como se dá com os direitos personalíssimos.⁹⁰

Quando se trata do conteúdo do direito subjetivo, fala-se em Direito Público e Direito Privado, sendo assim, ainda tem-se subdivisões pertinentes.

⁸⁸ GOMES, Orlando, op.cit., p.112.

⁸⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 378.

⁹⁰ Idem.

Os Direitos Subjetivos Públicos – são aqueles que tratam de direito de liberdade, de ação, de petição e direitos políticos. Em relação ao direito de liberdade, na legislação brasileira, como proteção fundamental, tem-se na Constituição Federal, o direito a habeas corpus, para aquele que está privado ou na eminência de o ser em sua liberdade de locomoção, princípios como da liberdade, item II do art. 5º, quando dispõe sobre obrigações de praticar ou não determinados atos em virtude de lei” (princípio denominado por norma de liberdade)⁹¹, também confirmado pelo art. 146 do Código Penal.⁹²

O direito de ação é a possibilidade de exigir, quando cabível, a prestação jurisdicional do Estado.⁹³

O direito de petição é a possibilidade de requerer informação administrativa sobre o assunto de interesse do requerente, de acordo com o art. 5º, inc. XXXIV, Constituição Federal.⁹⁴

Já os direitos políticos são garantidos ao cidadão que poderá votar e ser votado, e assim, exercer funções públicas nos três poderes da Administração.⁹⁵

Ainda, na classificação dos Direitos Subjetivos, têm-se aqueles encarados como Privados. Sob o aspecto econômico, os direitos subjetivos privados dividem-se em patrimoniais e extrapatrimoniais, conforme suscetíveis, ou não, de apreciação pecuniária⁹⁶.

No tocante, aos direitos subjetivos patrimoniais compreendem-se aqueles de ordem econômica, material, aqueles que se expressam em valor pecuniário. Os direitos patrimoniais, como no caso do direito hereditário, se subdividem em reais que são oponíveis *erga omnes* e pessoais (obrigacionais, sucessórios, e intelectuais ou autorais) que são *in personam*.⁹⁷

Assim, direitos reais – *jura in re* – possuem como objeto um bom móvel ou imóvel, como o domínio, usufruto, penhor⁹⁸. Ao passo, que os obrigacionais ou de crédito ou pessoais tem por objeto uma prestação pessoal, como ocorre no mútuo, contrato de trabalho etc. Sucessórios são os direitos

⁹¹ Ibidem.

⁹² Art. 146 - A argüição de falsidade, feita por procurador, exige poderes especiais.

⁹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 267.

⁹⁴ NADER, Paulo, op. cit., p. 378.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ GOMES, Orlando, op.cit., p.113.

⁹⁷ GOMES, Orlando, op.cit., p.117.

⁹⁸ NADER, Paulo, op. cit., p.379.

que surgem em decorrência do falecimento de seu titular e são transmitidos aos seus herdeiros. Já, os direitos intelectuais, que rezam sobre a produção de espírito dos autores e inventores, sendo que, eles apenas podem explorar economicamente sua obra.

Direitos subjetivos extrapatrimoniais são os personalíssimos e os puros de família, como o próprio nome já diz, estão fora do patrimônio, possuem relevância moral e não pecuniária⁹⁹.

Direitos inatos são aqueles que nascem com a pessoa, encarados como personalíssimos, dentre eles tem-se, aqueles que tutelam sua vida, sua integridade corpórea e sua moral e seu nome etc. Já os direitos de famílias decorrem do vínculo familiar, como os existentes entre os cônjuges e seus filhos.¹⁰⁰

Muito embora se fale que os direitos extrapatrimoniais são aqueles que não refletem valor pecuniário, uma observação há que ser feita, é que, se houver lesão, ainda que moral, a direito personalíssimo de outrem, poderá ser ajuizada ação com finalidade de reparação pecuniária do dano sofrido.¹⁰¹

Desse modo, têm-se os direitos absolutos e os relativos, os autônomos e os acessórios, os renunciáveis e os não renunciáveis, os patrimoniais e os não patrimoniais, que merecerão ser respeitados sob pena de que aquele que lesionar ou ameaçar de lesar o interesse do outro responda pelo dano sofrido.

1.8 DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO SUBJETIVO

Ao analisar o item em comenta, verifica-se que os elementos fundamentais do direito subjetivo são: o sujeito, o objeto, a relação jurídica e a proteção jurisdicional.¹⁰²

⁹⁹ NADER, Paulo, op. cit., p.378.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ GOMES, Orlando, op.cit., p.114.

¹⁰² GOMES, Orlando, op.cit., p.100-101.

O sujeito é o titular do direito subjetivo, podendo tanto ser a pessoa física ou jurídica, que é o sujeito do direito, da pretensão, da ação ou da exceção.¹⁰³ Assim, todo ser humano é legitimado para o exercício desse direito, ainda que seja incapaz, porque, pode se fazer representar ou assistir por representantes legais. Como exemplos têm-se: o proprietário no direito de propriedade, o credor nas obrigações, o Estado na cobrança de tributos, o requerente nas ações judiciais, o menor na ação de alimentos, ainda que, representado pela genitora.

Já o objeto seria a finalidade buscada pela relação jurídica, podendo ser coisa corpórea, ou incorpórea, redutível em dinheiro ou não, sobre o qual recai o poder do sujeito. Para ser objeto, tem que ser útil, sendo assim, tem que ter expressão econômica, ser passível de permutabilidade e limitabilidade. Por exemplo, no contrato de trabalho o objeto é a realização do trabalho, na ação de indenização por dano moral, a tutela é o resguardo a imagem e a honra de dada pessoa.¹⁰⁴

Por seu turno a relação jurídica vem a ser a relação inter-humana, “a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica.”¹⁰⁵

Esta relação pode ser um vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, obrigando um deles a um determinado comportamento, ou mesmo um poder sobre uma coisa. Pode ainda ser, o conjunto de efeitos jurídicos que nascem de sua constituição, da qual emanam direitos e deveres.¹⁰⁶

À tutela dada pelo Estado, para salvaguardar os direitos subjetivos ou a relação jurídica, normalmente dada pelo ordenamento jurídico, e particularmente por meio de uma sanção, dá-se o nome de proteção jurisdicional. Em seu aspecto objetivo, proteção assegurada pelo Estado, que utiliza sua força frente à sociedade. No tocante subjetivo, esta chancela é dada pelo poder conferido ao titular de exigir de outrem o respeito ao seu direito.¹⁰⁷

Desta maneira, passadas as considerações sobre a personalidade, seu direito, sua relação com o direito fundamental e com o direito humano e a individualização do direito subjetivo e suas teorias, passa-se

¹⁰³ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 214.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando, op.cit., p.100-101.

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 169.

¹⁰⁶ GOMES, Orlando, op.cit., p.94.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando, op.cit., p.514.

ao estudo sobre os personagens das uniões afetivas que refletirão na pesquisa.

2 OS SUJEITOS DA PERSONALIDADE E AS UNIÕES AFETIVAS

2.1 A ENTIDADE FAMILIAR

Antes mesmo de tratar o objeto de estudo, qual seja a sucessão entre cônjuges e entre companheiros, cumpre destacar algumas passagens relevantes sobre o tema família para o direito, mesmo porque, a origem da família remonta de priscas eras, dadas as necessidades de externar ou a proteção ao patrimônio ou ao afeto, e com o passar dos tempos se verifica que muitas mudanças ocorreram nesse meio, isto porque, o ser humano não nasceu para viver sozinho.

Historicamente as famílias viviam em tribos sendo que as relações sexuais eram feitas de formas livres, dentro desta tribo (endogamia), por esta razão a linhagem materna da família era conhecida, mas, não paterna, daí nascendo o matriarcado¹⁰⁸.

Com o passar dos tempos o incremento da agricultura e da pecuária, foram se formando os clãs ou gentes, destacando-se assim, o poder dos pais das famílias gentílicas, sobre a mulher, os filhos e todos os demais que fizessem parte da família, vez que ao pai, competia a direção da família, todos os membros ficam sob seu jugo¹⁰⁹. O *pater*, era o chefe da casa (*oikou despotes*), a ele competia as funções de representante do judiciário, chefe político e religioso.¹¹⁰

Na era romana, tanto o pai como a mãe tinham funções bem definidas, sendo a daquele, o *patrimonium* e desta o *matrimonium*, no primeiro sentido seria, no tocante, ao zelo e manutenção dos bens de Roma. E, o papel da genitora, era o de gerar e criar os futuros cidadãos e chefes de famílias na *domus romana* (casa romana). Os genitores tinham essa preocupação, porque

¹⁰⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil), v. 6, p. 19.

¹⁰⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

¹¹⁰ BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, Paternidade e Filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 8.

sendo que os filhos seriam os herdeiros das coisas romanas e darem continuidade à *civitas romana*.¹¹¹

Já na Idade Média, a união sexual foi transformada pela Igreja Romana em sacramento, sendo abençoada aquela que fosse consagrada pelo dogma da religião doméstica.¹¹², perpetuado na Idade Moderna e Contemporânea, somando-se o caráter patrimonial, matrimonial e sob a benção do sacerdote¹¹³.

Já no Brasil “a deficiência da legislação estimulou a constitucionalização do direito de família. As relações familiares redundaram em um núcleo constitucional fértil de inovações e, por isso mesmo, de contradições.”¹¹⁴

Assim tem-se que, a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, tinha caráter político, e foi outorgada por Dom Pedro I, não tratava a respeito da família, do casamento, fosse ele civil ou religioso, apenas tratando sobre a família imperial.¹¹⁵

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 trazia o reconhecimento do casamento civil, em detrimento do religioso.¹¹⁶

Já a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934, foi a pioneira ao tratar sobre a família, no âmbito constitucional, esclarecendo que o casamento era indissolúvel, fosse ele civil ou religioso, devendo apenas ser registrado.¹¹⁷

A Constituição polaca, outorgada em 10 de novembro de 1937, praticamente repisou o que já havia sido consagrado pela Constituição anterior,

¹¹¹ BARROS, Sérgio Resende. **Trajatória da família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/trajetoria-da-familia.cont>> Acesso em: 03 abr. 2010.

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 21.

¹¹³ BARROS, Sérgio Resende. **Trajatória da família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/trajetoria-da-familia.cont>> Acesso em: 03 abr. 2010.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 27-31.

¹¹⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 35-39.

¹¹⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6, p. 107, dez. 2006.

acrescendo o dever da educação aos filhos, sendo que, ao Estado competia oferecer a educação de modo principal ou subsidiário.¹¹⁸

A Lei Maior de 18 de setembro de 1946 acompanhou a trilha deixada pelas demais constituições, sendo a família a legítima, constituída pelo casamento válido, fosse ele civil ou religioso com efeitos civis.¹¹⁹

Já a carta constitucional de 24 de janeiro de 1967, também consagrou o casamento como indissolúvel, sendo ele civil, com a celebração gratuita, e podendo o casamento religioso ter efeitos civis, desde que requeridos pelo celebrante ou qualquer interessado¹²⁰. Porém, esta foi emendada pela Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, trouxe inovações no campo constitucional, mas, a maior delas ocorreu em 1977, com a Emenda 09/77, que trouxe o divórcio, fulminando assim, a indissolubilidade do casamento. Emenda, esta que foi regulamentada pela Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei de Divórcio.

E, no tocante, à Constituição da República Federativa do Brasil, que foi promulgada em 05 de outubro de 1988, precisamente em seus arts. 226¹²¹ e 227¹²² percebe-se que nela foi consagrada como base da

¹¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 53.

¹¹⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6, p. 107, dez. 2006.

¹²⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 64.

¹²¹ Art. 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, nos termos da lei.

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

§ 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.

§ 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 desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹²² Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

sociedade, a família, formada pelo casamento ou pela união estável. Foram, protegidos também, os filhos havidos ou não pelo casamento, sendo possível o divórcio, desaparecendo o pátrio poder, vez que tanto ao pai como à mãe compete o dever de educação dos filhos, bem como os direitos e deveres da sociedade conjugal, deverão ser decididos de comum acordo entre homens e mulheres, tendo-se por base o princípio da igualdade, constitucionalmente garantido.

Assim, com esta sucinta trajetória da evolução da família, passa-se, a uma abordagem sobre os sujeitos da sociedade conjugal, formada pelo casamento e pela união estável.

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

2.2 OS PERSONAGENS DAS ENTIDADES FAMILIARES

As famílias são formadas pelos pais, mães, filhos, irmãos, e, em alguns casos afetividade é tão grande, que empregados e amigos são agregados à família. E, no caso em tela, para que, sejam tratados os direitos sucessórios no casamento e na união estável, importante distinguir conceitualmente estas famílias e esses sujeitos, começando pelo conceito de pessoa e após entidade familiares, passando por cônjuge e companheiro, ainda que superficialmente, vez que o objeto do estudo é a hipótese de haver a paridade destas uniões, no plano sucessório.

Para principiar a abordagem, intentar-se-á uma conceituação sobre a pessoa, seja ela homem ou mulher, sendo a mesma dotada de capacidade para ser sujeito ativo ou passivo de direito, na ordem civil, ainda que representada, de modo individual ou coletivo, “dotado de direitos e obrigações.”¹²³

O termo pessoa vem do latim “*persona*”, derivando da denominação dada à máscara que era usada pelos atores romanos destinadas a dar eco às palavras daqueles¹²⁴, sendo assim, pessoa é o sujeito de direito¹²⁵. O Código Civil de 2002 em seu art. 1º esclarece que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Atrelado a tal entendimento, pode ser esclarecido que: “o permanente objetivo do Direito, em suas aporções diversas, é o ser humano. As relações que define envolvem apenas os interesses e os valores necessários ao ente dotado de razão e vontade.”¹²⁶ Nesta esteira, conclui Tércio Sampaio que a pessoa é aquela que é capaz de exercer diversos papéis dentro da sociedade, seja no âmbito familiar, político, social e econômico.¹²⁷

Assim, se a pessoa titular de direito, que é exercente de diversos papéis dentro de uma sociedade, inclusive no âmbito familiar, mais

¹²³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, op. cit., p. 347.

¹²⁴ GIUSTI, Mirian Petri Lima de Jesus. **Sumário de direito civil**. São Paulo: Rideel, 2003. p. 7.

¹²⁵ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 215.

¹²⁶ NADER, Paulo, op. cit., p. 347.

¹²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 155-156.

precisamente, no presente estudo, a cônjuge e a companheira, são detentoras de personalidade e capaz de direitos.

2.3 O CÔNJUGE: O SUJEITO DO CASAMENTO

Assim vos declaro marido e mulher. Com esta celebre frase, o padre ou pastor conjuga os esposos na celebração do matrimônio religioso, passando aqueles de um ser individualizado para um ser uno, esposo e esposa e Deus, o mesmo acontecendo quando o juiz de paz declara que aos olhos da lei, marido e esposa formam um casal.

Na pesquisa, em comenta, os personagens são os cônjuges e os companheiros supérstites.

No campo do direito, tem-se que exprimir que só é cônjuge aquele que contrai núpcias com outrem, respeitadas o grau de afinidade e de vontade, para o ato, e cônjuge seriam “[...] pessoas conjugando suas vidas intimamente, por um afeto que as enlaça especialmente, quanto aos fins e aos meios de vivência, convivência e sobrevivência..”¹²⁸ O Código Civil de 2002, trata em seu art. 1521¹²⁹ sobre os impossibilitados de casar, como os ascendentes com os descendentes e dos adotantes ou os adotados com os cônjuges um do outro. Também não podem se casar os irmãos (independente se unilaterais ou bilaterais) e os demais colaterais, bem como, as pessoas, ainda casadas também não podem se casar novamente, e, tampouco, podem o cônjuge sobrevivente com aquele que foi condenado por homicídio ou tentativa de homicídio de seu consorte.

¹²⁸ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

¹²⁹ Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Por ser o Brasil um país católico, a Constituição Federal de 1988, embora resguarde todas as formas de entidade familiar, prima pelo casamento, sempre privilegiando a união entre homens e mulheres que se entrelaçam civilmente, tanto que não dificulta a conversão da união estável em casamento. Assim, na busca de conceituar o que seja cônjuge, Sérgio Resende de Barros defende que: “Cônjuges são, como o próprio nome diz, os que se sentem conjugados por uma origem ou destino de vida em comum. Nessa conjugação de vidas, atua o afeto.”¹³⁰

O matrimônio “*solo se configura si se trata de la unión de hombre y mujer*”¹³¹, sendo ele um “vínculo jurídico [...] que visa o auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.¹³²

O casamento se consuma em face da *affectio maritalis*, que cria entre os esposos uma expectativa de direito consubstanciada no respeito, na convivência, na ajuda mútua, na sinceridade recíproca, no relacionamento duradouro e na observância de princípios e de valores que devem reinar na intimidade da sociedade familiar formada.¹³³ Sobre o casamento, Maria Berenice Dias se pronuncia esclarecendo que, embora a lei não conceitue casamento, ele é fundamento da sociedade, constituído pela vontade dos pares, que tem a liberdade de unirem-se, tendo forma definida em lei.¹³⁴

Desta maneira, nada mais justo do que encarar o afeto como um direito individual, que não pode ser negado a qualquer pessoa, por ser um direito fundamental¹³⁵, de primeira dimensão, sendo o “direito ao afeto a liberdade de afeiçoar-se um ao outro”¹³⁶, direito esse que está “implícito na

¹³⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **A Ideologia do Afeto**. Loc. cit.

¹³¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA *apud* MORELLO, Augusto Mario. **Persona, sociedad y derecho**. Buenos Aires: Lajouane, 2006. p. 91.

¹³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

¹³³ FRANCHINI, João Gisberto. Da ocorrência de danos morais entre cônjuges ou conviventes e da sua reparabilidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v.4, n. 1, p. 214, jul. 2004.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **O dever de fidelidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=22>>. Acesso em: 19 out. 2008.

¹³⁵ BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 882.

¹³⁶ *Idem*. p. 885.

Constituição, cujo § 2º do art. 5º admite direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e princípios por ela adotados.”¹³⁷

Assim, o casamento é a união mais comum de afeiçoarem-se homens e mulheres, tornando-os esposos, por afeto e vontade própria, com intuito de formarem família e que obedece a procedimentos ditados em lei.

2.4 O CONCUBINO: O PERSONAGEM DA UNIÃO LIVRE

Dizer que as uniões existentes entre homens e mulheres são apenas aquelas formadas pelo casamento, seria negar relacionamentos como namoros, noivados e as uniões livres, como aquelas formadas clandestinamente, como o concubinato ou a mancebia.

Edgard de Moura Bittencourt esclarece que classificar a união livre apenas como o concubinato, ou seja, um entrosamento de vidas e interesses seria arbitrário, posto que existem também, a mancebia e a amigação, tendo como sujeitos, a amante, barregã, amásia¹³⁸, formadoras de uniões clandestinas.

Outra relação existente é a sociedade de fato, formada por pessoas casadas ou não, que por meio de seu trabalho ou de suas finanças constituem em conjunto um patrimônio. Estas sociedades sem personalidade jurídica, podem se dar entre pessoas que não convivem afetivamente, como o caso de condôminos, e colegas de trabalho, ou entre companheiros e concubinos. Como o nome diz, a sociedade de fato não é constituída juridicamente, porém, nos moldes do art. 981 do Código Civil de 2002¹³⁹, nelas as pessoas, se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**: Família Natural. Direitos da Concubina. Investigação da Paternidade. Guarda de Filhos. Acidentes do Trabalho e Previdência. Outros efeitos da união livre. 2. ed. (Correspondente a 4 ed. de “O concubinato no Direito”). São Paulo: LEUD, 1980. p. 16.

¹³⁹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

atividade econômica e a partilha entre si dos resultados, podendo ser formadas apenas para um negócio ou vários, de acordo com a conveniência das partes.

No direito romano, o concubinato era visto como um casamento de grau inferior gerando, porém, direitos às mulheres que se ligavam a homens em uniões extra-matrimoniais¹⁴⁰. Por falta de consciência e por acreditarem que apenas o casamento religioso já era suficiente aos olhos da lei, muitas pessoas deixavam de efetivar o casamento civil¹⁴¹, vivendo assim, um concubinato.¹⁴²

Estabelece o art. 1.727 do Código Civil de 2002 que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato¹⁴³, que é uma comunhão de leitos: *cum* (com) *cubare* (dormir)¹⁴⁴, porém, não existe juridicidade nesta união, não sendo protegida pelo Direito de Família.¹⁴⁵

Na união estável os sujeitos são chamados de companheiros, ao passo que na união clandestina os personagens são denominados de concubinos¹⁴⁶. A concubina é discriminada e tem limitações, ao passo que a companheira, une-se ao homem separado e para a sociedade em geral é vista como esposa, podendo esta última diferentemente da primeira, suceder, ter reconhecida sua união, bem como sua prole. Assim, a concubina seria como uma amante, um relacionamento extraconjugal e a companheira ao contrário, por exemplo: o homem não está mais casado, mesmo que esteja separado de fato, ele não está mais convivendo com a esposa.

Desta maneira, concubinato é o relacionamento extraconjugal de pessoas casadas, que não cumprem com o dever de fidelidade. São relações adúlteras, não sendo eventuais, porém, o casal está impedido de

¹⁴⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 1.

¹⁴¹ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 171.

¹⁴² BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 9.

¹⁴³ Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

¹⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p.54.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

¹⁴⁶ BRUM, Jander Maurício. **Concubinato**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 36.

casar. O concubinato não é união estável.¹⁴⁷ No tocante à proibição do poliarrismo tem-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, contempla a monogamia, sendo que “[...] a proteção jurídica às relações livres como entidades familiares, é somente aplicável àquelas não adúlteras.”¹⁴⁸

Nesta linha, recentemente, foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que a poligamia não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que, uma senhora que pretendia o reconhecimento de sua união estável com um senhor com quem teve um relacionamento por mais de 30 (trinta) anos, teve seu pedido indeferido, vez que o seu par, ainda convivia sobre o mesmo teto que sua ex-esposa, mesmo tendo dela se separado judicialmente. Nesse caso, foi declarado que o casamento por não ter sido desfeito pelo divórcio corria o risco de voltar ao status de casados, com um simples pedido dos pares.¹⁴⁹

No concubinato, um ou ambos os participantes podem possuir impedimentos para o casamento, mesmo que a união seja estável.¹⁵⁰ Esta “*união livre* ou *concubinagem*” é o relacionamento intersubjetivo sem compromissos ou deveres para os seus participantes.¹⁵¹

O concubinato classifica-se em: puro e impuro, sendo o primeiro, aquele, existente entre homem e mulher, que não tenham impedimentos para o casamento, como ocorre nas uniões onde os pares são viúvos, solteiros ou separados judicialmente. Ao passo, que o segundo define-se por aquela união clandestina, adúltera, onde um dos elos do relacionamento é casado.¹⁵²

O concubinato antigamente tinha caráter obrigacional, sendo regido pelo direito das obrigações e qualquer processo que discute esta relação, deveria ser intentado na Vara Cível e não na jurisdição de família, eis

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção sinopses jurídicas). v.1, p. 191.

¹⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 66.

¹⁴⁹ **Relação afetiva paralela a casamento não constitui união estável**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97098>. Acesso em: 9 maio 2010.

¹⁵⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4. ed. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942.

¹⁵¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5, p. 217.

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável: de acordo com o novo código civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 74.

que o instituto não tinha *status familiae*¹⁵³, porque era um nada jurídico¹⁵⁴, era uma figura de fato.

Desta maneira, após a conceituação de mancebia, sociedade de fato e concubinato, urge definir o termo companheiro, o par da união estável, sendo esta uma das modalidades de entidades familiares contempladas na Constituição Federal de 1988.

2.5 O COMPANHEIRO: O SUJEITO DA UNIÃO ESTÁVEL

O afeto é algo que prende, que envolve, homens e mulheres, índios e negros, brancos e pretos. Desses laços formam-se amizades, e destas podem nascer um sentimento mais forte, que é o amor e o desejo de formar família.

As implicações, como a necessidade de documentos como: Cédula de Identidade e Certidão de Nascimento original, para solteiros. A certidão de casamento com a averbação de divórcio, para os divorciados. A certidão de óbito do ex-cônjuge, para o viúvo. E, o passaporte original ou Registro Nacional de Estrangeiros original, para o noivo estrangeiro em muito dificultam e oneram a celebração de um casamento, e assim, a saída para aqueles que não possuem e tampouco, tem condições de refazerem esses documentos, e, atreladas, a estas burocracias, pode-se, destacar, o fato de casais que se unem e que possuem religiões diferentes, faz com que muitas famílias sejam formadas por uniões estáveis.

Esta união estável foi protegida no art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, que a elevou a categoria de entidade familiar, sendo regulamentada, pelas Leis n. 8971 de 29 de dezembro de 1994 e n. 9278 de 10 de maio 1996, sendo disciplinada nos arts. 1.723 a 1.727 do

¹⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit., p. 130.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

Código Civil de 2002. Com base no preceito do art. 1723 desse *codex*¹⁵⁵ percebe-se que esta união difere-se do casamento, porque não possuem o vínculo matrimonial, sendo, portanto, uma família de fato.

Na análise, do texto legal, verifica-se que “não se exige prazo mínimo para a configuração da entidade familiar, nem a qualificação dos companheiros em solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados.”¹⁵⁶

Esse relacionamento tem caráter assente, percorrendo o tempo, mesmo não exigindo prazo mínimo para se aperfeiçoar, seja durante o tempo de alegria e de tristeza, e criando expectativas para o futuro em comum.¹⁵⁷ Esta relação não poderá ser oculta e deverá ser entre casal heterossexual.¹⁵⁸

Os direitos e deveres do casal que vive em união estável são semelhantes aos daqueles que se casaram, obedecendo, os preceitos do art. 1724 do Código Civil de 2002¹⁵⁹, como os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, sendo assim, a união estável constitui um propósito de comunhão de vida plena.¹⁶⁰

O principal fato para haver a união estável é a afeição entre duas pessoas, e desta afeição nasce direitos e obrigações, sobre bens e valores, “como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.”¹⁶¹, levando-se sempre em conta a dignidade da pessoa humana, “que é o critério pelo qual a Constituição coordena e proporciona a proteção dos interesses individuais em sua interação com os deveres sociais, categoriais e difusos.”¹⁶²

Apenas para esclarecer, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002, a heterossexualidade não vinha sendo vista pela

¹⁵⁵ Art. 1.723. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁵⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legislação constitucional**. Renovar. Rio de Janeiro: 2004. p. 169.

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 397.

¹⁵⁸ ARAÚJO JUNIOR, Gediél Claudino de. **Direito de Família: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p.70.

¹⁵⁹ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹⁶⁰ ARAÚJO JÚNIOR, Gediél Claudino de. **Direito de família: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

¹⁶¹ BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 886.

¹⁶² BARROS, Sergio Resende de, op. cit., p. 888.

jurisprudência como requisito caracterizador de uma união estável, posto que, já se decidiu, que os casais homoafetivos, possuem os mesmos direitos dos companheiros¹⁶³, tanto que no tocante ao direito previdenciário o companheiro homossexual poderá perfeitamente receber a pensão por morte do seu par.¹⁶⁴

Carlos Roberto Gonçalves esclarece que concubinato puro ou companheirismo seria a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados, ou que tiveram o casamento anulado).¹⁶⁵

O companheirismo é diferente do casamento, que era tratado por Silvio Rodrigues como um “contrato de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”¹⁶⁶. Assim, não importa mais a diversidade de sexo ou se existe um documento que “prenda” um homem à sua mulher, o que vale mesmo é o afeto, o sentimento que os enlaça com o intuito de formar uma família, mesmo porque, “a contratualização pode gerar efeitos perversos: desnaturar e até destruir a relação afetiva.”¹⁶⁷

O Código Civil de 2002 unificou em único termo, companheiro, o parceiro da união estável, posto que, haviam muitos termos que identificavam esses sujeitos, como conviventes, concubinos e parceiros.¹⁶⁸

A união estável forma um estado civil autônomo, deixando o companheiro de ser solteiro, separado, divorciado e viúvo, ou com casamento anterior anulado¹⁶⁹, sendo que as relações patrimoniais, são regidas pelo

¹⁶³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Processo: REsp 148897/MG. Recurso Especial 1997/0066124-5. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar (1102). Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: Brasília, 10 fev. 1998. Data da Publicação/Fonte: DJ 06 abr. 1998 p. 132. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 10 ago. 2009.

¹⁶⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Processo: REsp 395904/RS. Recurso Especial: 2001/0189742-2. Relator(a): Ministro Hélio Quaglia Barbosa (1127). Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma. Data do Julgamento: Brasília, 13 dez. 2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 06 fev. 2006 p. 365. RIOBTP vol. 203 p. 138. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 10 ago. 2009.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 186-187.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6, p. 17.

¹⁶⁷ BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 886.

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Loc. cit.

regime da comunhão parcial, nos moldes do art. 1725 do Código Civil de 2002.¹⁷⁰

E, para concluir Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Nery estabelecem que os relacionamentos baseados em uniões estáveis dotadas de convivência pública, por não se permitir que o adultério, “não poderão ser ocultos, secretos e clandestinos”¹⁷¹, deverão ser contínuas e ininterruptas, para que constituam famílias, onde o casal se preste à “mútua assistência, moral e material, um do outro, aos cuidados da prole (prole comum e prole – principalmente os filhos menores – do outro), às exigências de lealdade ou de fidelidade entre os companheiros, à preservação da dignidade pessoal um do outro, dos filhos e daqueles que estão sob a dependência do par, à constituição e à preservação de patrimônio, comum e de cada qual, para favorecimento do bem viver da comunidade familiar e para garantia das vicissitudes da vida dos companheiros, seus filhos e dependentes.”¹⁷²

Assim, verifica-se que o companheiro, é tão consagrado e protegido no ordenamento jurídico quanto o cônjuge, vez que forma a família que é o berço de todas as relações pessoais.

¹⁷⁰ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

¹⁷¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 938.

¹⁷² Idem.

3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

3.1 O VOCÁBULO PRINCÍPIO

Na construção de uma residência, de um edifício são necessárias além do cimento e dos tijolos, as vigas que darão sustentação à edificação, vigas estas que também fazem parte da construção da ciência.

Assim, o termo princípio tem muitos significados, “tem uma função evocativa dos valores fundantes de um ordenamento jurídico, também alude ao início de algo que começa; às noções básicas de uma ciência [...]”¹⁷³

Desse modo, no Direito, estas vigas, esses nortes são os princípios, que são o início, o começo, o ponto de partida do estudo. Esse vernáculo dá a idéia de base, de viga mestra¹⁷⁴, “os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico”¹⁷⁵, ou seja, são hipóteses normativas basilares, de caráter geral, codificadas ou não, que revelam os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito¹⁷⁶. Porém, como salienta André Rufino do Vale “tudo o que se pode dizer é que não existe um conceito unívoco de princípio”¹⁷⁷ mesmo porque “[...] uma norma poderá ser considerada um princípio na medida em que seja posta num contexto comparativo e relacional jurídico e fático”¹⁷⁸. E, para Ricardo Luis Lorenzetti, os princípios tem como características a simplicidade e a hierarquia superior em relação às normas, tendo como “[...] função de controle, de limite, de guia da atividade principal.”¹⁷⁹

¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 122.

¹⁷⁴ VIEIRA, Katharine Santos. **A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade**. Disponível em <http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_10.PDF>. Acesso em 15 maio 2009.

¹⁷⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 6 e 7.

¹⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 123-125.

¹⁷⁷ VALE, André Rufino Do, op. cit., p. 138.

¹⁷⁸ Idem. p. 140.

¹⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 123.

Como esclarece Norberto Bobbio “o ordenamento jurídico [...] é um conjunto de normas”¹⁸⁰. Existem também os princípios gerais do direito que para aquele, seriam “[...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. [...] os princípios gerais são normas como todas as outras.”¹⁸¹ E, “na cultura jurídica moderna o conjunto de normas jurídicas (regras+princípios jurídicos) constitutivas de uma sociedade organizada é concebido como um sistema de normas juridicamente vinculantes sistema jurídico.”¹⁸²

Estabelece Robert Alexy que: “*tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser.*”¹⁸³ As regras diferenciam-se dos princípios, vez que esses e os valores possuem indeterminação lógica, sendo normas *prima facie*, constituindo mandados de otimização. Ao passo que, as regras diferentemente, são determinadas, perfazem mandados, proibições ou permissões¹⁸⁴, são aplicadas *fattispecie*¹⁸⁵, podendo estas serem cumpridas ou descumpridas.¹⁸⁶

As regras são aplicadas, seguindo o critério do tudo ou nada, sendo ela válida ou inválida. Já, quando se trata de conflitos envolvendo a aplicação dos princípios, esta pendência será resolvida, prevalecendo aquele que detiver maior peso, e nem por isso, o menor perderá sua validade.¹⁸⁷

Assim, “tanto os direitos fundamentais como as garantias institucionais são regras. Os princípios e os valores são normas, mas, não são regras [...]”¹⁸⁸

Robert Alexy esclarece que sempre que uma pessoa possui um direito fundamental, existe uma norma válida desse direito que lho

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 33.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 158.

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.46.

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 83.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 362.

¹⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 125.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **The model of rules**. University of Chicago Law Review, nº 35, 1967, p. 14 ss *apud* CASABONA, Marcial Barreto. **O princípio constitucional da solidariedade no direito de família**. 2007. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p. 94. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp031499.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2010.

¹⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 362.

outorga¹⁸⁹, sendo que “*toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo.*”¹⁹⁰

Segundo Herbert Lionel Adolphus Hart os princípios ao serem aplicados, contam ou apontam para uma decisão, “ou afirmam uma razão que pode ser afastada, mas que os tribunais levam em conta [...]”¹⁹¹ e não obrigando que o julgador assim o faça, diferentemente das regras do tudo-ou-nada.¹⁹²

E ainda, direito positivo, além de corresponder às normas de direito, refletirem o momento de sua criação, sua interpretação e aplicação. Assim, está definido o direito positivo, nas leis, nos decretos, nos regulamentos, mas, também está presente, na conceituação formulada na interpretação doutrinal e pelos princípios de ordem geral, que proporcionam coerência.¹⁹³

Com isso percebe-se que todo o direito contemplado nos princípios, regras e normas visam o comportamento da sociedade, sejam as regras positivadas ou não.

3.2 OS PRINCÍPIOS EM DIREITO DE FAMÍLIA

Diversos são os princípios que norteiam o Direito de Família, que somados procuram garantir amparo e proteção legal à família, que é o berço da sociedade e formadora da personalidade da pessoa, sejam exemplos deles, os princípios da “*ratio*”, da igualdade jurídica de todos os filhos, do pluralismo familiar, da consagração do poder familiar, da liberdade, conforme se verifica a seguir.

¹⁸⁹ Tradução Livre de: “Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho” In ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 47.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 53.

¹⁹¹ HART, HERBERT L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Com um pós-escrito editado por Penelope a Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 323.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 352.

A vida conjugal é baseada na afeição entre os pares, sendo esta união para a vida toda. Para Maria Helena Diniz, o “princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável, o qual determina que o fundamento base da vida em comum, isto é, sua razão principal, é sempre a *afeição* dos cônjuges ou conviventes e a necessidade de que se mantenha a comunhão de vida entre ambos”¹⁹⁴. Isto porque, atualmente, a legislação não está mais preocupada com o patrimônio da pessoa e sim, com ela mesma.

Tanto é assim, que na família, o ser humano busca a comunhão de vida, fazendo despontar por meio dos princípios da afetividade e da igualdade entre os irmãos, há entre os irmãos e a solidariedade recíproca, valorizando-se assim, a pessoa, posto que tais laços são essenciais ao vínculo familiar, e por isso são garantidos constitucionalmente, como um Direito Fundamental.

Antes mesmo, de entrar no tema central desta pesquisa que é a paridade entre cônjuges e companheiros, faz-se uma breve explanação entre o princípio da igualdade entre os filhos, mister se faz ater-se ao fato de que quando da publicação do Código Civil de 1916, os filhos eram tratados como legítimos e ilegítimos, fossem eles provenientes de relações dentro ou fora do casamento, isto porque, havia distinção entre a prole, não apenas nos dizeres da lei como também, nos olhares das pessoas.

Hodiernamente, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, os filhos possuem tratamento isonômico, conforme se verifica no art. 227, § 6º, daquela lei, que reza: “§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Assim, não há diferença entre filhos havidos ou não na constância do casamento e mesmo os filhos adotivos, no tocante ao poder familiar, ao nome e à sucessão.¹⁹⁵

Novas famílias foram sendo criadas, tendo como “marco histórico com a Constituição da República de 1988”¹⁹⁶, especialmente em seu

¹⁹⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 15.

¹⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=17>> Acesso em: 15 abr. 2009.

no art. 226, § 4º, sendo exemplos desses grupos, aquelas construídas por pais e seus filhos, sejam eles biológicos, adotivos ou afetivos, sendo estas uniões motivadas pelo casamento ou pela união estável, além da família também constituída apenas pelos irmãos, ou um dos genitores e sua prole (entidade monoparental), ou pares em união homossexual.¹⁹⁷

Com a evolução dos tempos, o poder-dever de dirigir a família é exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe. Fulminando assim, o poder marital e paterno¹⁹⁸, afirmando-se assim, o princípio da consagração do poder familiar e desta forma, consta do art. 1.634 do Código Civil de 2002, as atribuições dos pais e das mães como: a criação e educação da prole, tê-los em sua companhia, consentir ou não com seus matrimônios, indicar-lhes tutor em caso de seu óbito, exigir respeito e obediência¹⁹⁹, esses permissivos, encontram-se dentro do princípio da consagração do poder familiar.

Ainda no Direito de Família, tem-se o princípio da liberdade, que se funda no preceito do art. 1513 do Código Civil de 2002²⁰⁰, nem mesmo o Estado, eis que as pessoas poderão se unir da forma que quiserem, bem como, adquirir e administrar seu patrimônio e gravá-los pelo regime de bens que assim desejarem. Intrínseca também está a possibilidade de os pais educarem seus filhos, dando-lhes a religião e grau de cultura que julgarem necessárias²⁰¹, podendo ainda, os pais (casados ou unidos) realizar o planejamento familiar, como:

[...] prevê o Enunciado n. 99 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que "O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei 9.236/96". O art. 1.565, § 2º, do Código Civil é o dispositivo que prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.²⁰²

¹⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 165.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56-57.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15.

¹⁹⁹ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>> Acesso em: 28 maio 2009.

²⁰⁰ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

²⁰¹ TARTUCE, Flávio. Loc. cit.

²⁰² Idem.

Esta questão revela-se necessária, posto que qualquer intervenção estatal, que não seja nos limites permissivos, pode ensejar prejuízos em direitos relativos a personalidade como intimidade e privacidade, e tolhendo sua liberdade, e conseqüentemente, poderão lesionar-lhes a dignidade humana. Apenas para exemplificar, o Estado infere no seio familiar quando oferece mecanismos para assegurar os direitos e deveres de todos, relativos à “saúde (arts. 196-200, CF), previdência social (arts. 201-202, CF), assistência social (arts. 203-204, CF), educação e desporto (arts. 205-217, CF) [...]”²⁰³.

No Direito de Família vige, também, o princípio da solidariedade, para garantir a dignidade da pessoa humana, que está previsto no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988²⁰⁴, apregoando uma responsabilidade entre as pessoas, que se reúnem com obrigação de apoio moral e material mútuo²⁰⁵. Nesse âmbito, em particular, os Direitos Humanos da família, que regem esta relação, foram tratados por Sérgio Resende de Barros, estabelecendo aqueles que garantem a infra-estrutura física, sendo eles os direitos à moradia e ao bem de família. Ao passo que aqueles relativos aos direitos de parentesco, são os direitos de casar-se ou de unir-se em união estável, de igualdade entre os cônjuges, do planejamento familiar, do poder familiar, da obediência filial, à paternidade, à maternidade e à adoção referem-se à estrutura social. Em contrapartida, os direitos que garantem a estrutura econômica referem-se a condomínio patrimonial, a herança, a sucessão, os alimentos, as pensões. No tocante, à superestrutura cultural se encontram os direitos à vivência doméstica e à convivência familiar, o direito ao apoio da família. E, por fim os direitos de intra-estrutura psíquica são o direito a conhecer o pai ou a mãe, o direito ao respeito entre os familiares.²⁰⁶

²⁰³ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 293.

²⁰⁴ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁰⁵ CASABONA, Marcial Barreto. Op. cit.

²⁰⁶ BARROS, Sérgio Resende. **Direitos humanos da família**, Op. cit. p. 614..

Os direitos acima são possíveis graças a outros Direitos Humanos, como a “liberdade, igualdade, fraternidade, felicidade, segurança, saúde, educação e outros valores humanos básicos se relacionam com o direito à família e remetem ao lar, onde eles se concretizam em direitos familiares.”²⁰⁷

No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira toda pessoa, sujeito de direito é um cidadão²⁰⁸ sendo a ele assegurada constitucionalmente a dignidade, como garantia de “condições mínimas de existência, conforme a justiça social”²⁰⁹, ao mesmo tempo também é tutelada a personalidade do indivíduo como princípio fundamental da dignidade, nos moldes dos art. 1º, inc. III, Constituição Federal de 1988 e das nas garantias de igualdade material, capitulada no art.3º, inc. III, e formal prevista no art. 5º, também desta lei.²¹⁰

Assim, vê-se que “a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa [...] e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...]”.²¹¹ Compreendendo-se assim, um conjunto de direitos e deveres fundamentais, que possam garantir à pessoa boas condições existenciais, refutando-se todo e qualquer ato que lhe seja vil²¹², excetuando-se apenas, algumas “[...] limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”²¹³

Ao tratar sobre a norma de dignidade humana Robert Alexy esclarece que ela deve ser tratada:

[...] em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: **Repensando o Direito de Família**. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.161.

²⁰⁹ SPINELLI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 8, n. 2. p. 369-382, p. 378, jul./dez. 2008.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p.128–129.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

²¹³ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 128 – 129.

que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes.²¹⁴

E para ele “a relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana”²¹⁵, sendo que a “norma da dignidade humana não é um princípio absoluto”²¹⁶, apesar de que, “este princípio é tão indeterminado quanto o conceito de dignidade humana.”²¹⁷

Immanuel Kant tratando sobre dignidade esclarece que: “[...] quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.”²¹⁸ Assim: “[...] o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida.”²¹⁹

Desta maneira, com esse preceito, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana que é um “princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito”²²⁰, constitucionalmente garantido²²¹, sendo que sua proteção é o ponto de compreensão dos direitos da personalidade.²²²

Constitucionalmente, falando o princípio da dignidade humana, implica em duas situações, sendo a primeira uma previsão de proteção seja contra o Estado seja contra terceiros, e em segundo plano, ele se estabelece um tratamento igualitário a todos os semelhantes²²³, posto que esses princípios regentes da dignidade humana estão alicerçados nos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, tanto que a violação da vida, da integridade física,

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112.

²¹⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 113.

²¹⁶ ALEXY, Robert, op. cit., p. 114.

²¹⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 355.

²¹⁸ KANT, Immanuel **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995. p. 71-72.

²¹⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 355.

²²⁰ SZANIASKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. p. 138-139.

²²¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

²²² BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49.

²²³ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 129.

da imagem ou da moral de quem quer que seja, constituirá na macula à dignidade humana.²²⁴

Desta forma, de acordo com Luiz Antonio Rizzato Nunes nenhuma pessoa pode ser isolada eis que, nasce, cresce e vive em comunidade, sendo-lhe resguardada como meio de amparo à sua dignidade e até mesmo seu comportamento deve ser respeitado, devendo a pessoa ter direito à proteção à sua liberdade, sua intimidade, sua consciência seja ela, religiosa, científica, espiritual²²⁵ isto porque, antes mesmo da criação do Direito, a pessoa já é detentora de dignidade, não precisando a obrigação a seu respeito estar positivada, razão esta, entende-se que esta é o princípio basilar do Estado Democrático de Direito.²²⁶

E a propósito “não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família²²⁷”, ainda mais porque, são relacionamentos mais sensíveis onde todos querem proteger seus entes e resguardar seus interesses, por isso, busca-se evitar máculas.

3.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Esse princípio está consagrado em todo o ordenamento, principalmente no Direito de Família, isto porque, todos são iguais perante a lei, de acordo com o art. 5º da Constituição Federal de 1988, resguardando inclusive, no inc. I, do dispositivo que os homens e as mulheres são iguais em direitos e em obrigações. Com tratamento voltado à igualdade em um Estado

²²⁴ MELLO, Cleyson de Moraes Mello. A essência do direito: os caminhos da proteção da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. In: **CONPEDI**, Maringá, XVIII Encontro Nacional Do Conpedi, 2009.

²²⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

²²⁶ SZNANIASKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 141.

²²⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit.

rejeita-se privilégios, devendo a lei ser aplicadas a todos sem acepções de pessoas.²²⁸

Já na Declaração dos Direitos dos Homens de 1789, a igualdade era consagrada, vez que em art. 1º. apregoava: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”²²⁹

Já no art. 5º da Constituição Federal, se lê que todos são iguais perante a lei, isto por que “[...] o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito [...]”²³⁰

A igualdade divide-se em duas maneiras: a igualdade formal e a igualdade material, sendo a primeira aquela encontrada perante a lei, sendo ela uma “condição da liberdade jurídica”²³¹, pressupondo-se uma aplicação igual a todos, ao contrário a igualdade material ou igualdade na lei, que é aquela onde “[...] exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.”²³²

Frise-se pode-se classificar a igualdade em formal e em material, sendo a primeira é baseada no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem que existam diferenciações de credo, raça, ideologias, não podendo prevalecer quaisquer privilégios que possam vir a ser influenciados por *status* social e político. E, por fim, a igualdade material seria aquela que está disposta na lei, fazendo com que, as diferenciações sejam possibilitadas, vez que “de fato, na teoria do direito, ensina-se ser a lei uma norma geral – pois se destina a ser aplicada a todos os casos que correspondem à sua hipótese – e abstrata – porque faz acepção das pessoas envolvidas”²³³, tanto

²²⁸ FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia no Limiar do Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 107.

²²⁹ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.

²³⁰ RIOS, Roger Raupp. Discriminação por orientação sexual e igualdade processual: A homossexualidade e a concretização dos princípios processuais. In Oliveira, C. A. Álvaro et. al.. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 158.

²³¹ BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 882.

²³² RIOS, Roger Raupp, op. cit., p. 163.

²³³ FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia no Limiar do Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 106.

que “a diferenciação de tratamento por parte da lei não contraria o princípio da igualdade”²³⁴, dada a necessidade de tratar-se desigualmente os desiguais.

Além de que, “[...] a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas.”²³⁵

Desse modo, a diferenciação visa assegurar a igualdade, ao passo que a discriminação “invocando diferenças, a estabelecer a desigualdade.”²³⁶ A discriminação ocorre sempre que o tratamento for realizado de maneira “arbitrária, ou injustificável, ou desarrazoada, ou desproporcional, do legislador”²³⁷.

E assim, se houver discriminação a pessoa não receberá tratamento igualitário, e por isso, sua dignidade não está sendo garantida, por isso, que a abordagem consubstanciada na igualdade reconhece a todos o mínimo necessário para bem viver dignamente, independentemente da função que exerçam, proibindo por fim, desigualdade de tratamento entre os seres, a não ser aquelas trazidas pela própria existência.

3.4 O PRINCÍPIO DA PARIDADE E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e reza em seu art. 1º. que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”²³⁸

²³⁴ FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 108.

²³⁵ RIOS, Roger Raupp. Loc. cit.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM> Acesso em: 20 jan. 2010.

A igualdade tem caráter universal, por isso está protegida em ordenamentos jurídicos, como no Brasil e em outros países. Esta foi consagrada na Revolução Francesa, após a Declaração dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas – ONU.²³⁹

Respeitando-se a dignidade das pessoas, busca-se um tratamento igualitário a todos. E assim, a desigualdade só é permitida, quando não for arbitrária e injustificável, mesmo, porque, “aqueles que forem semelhantes em todos os aspectos relevantes devem ser tratados de maneira similar. Uma vez satisfeito esse preceito, a posição original é equitativa.”²⁴⁰

Especialmente para o Direito de Família é importante o respeito a todos, vez que a mácula a elas, arranhará a dignidade do sujeito de direito, não havendo senso de justiça, devendo esta igualdade ser resguardada entre os pares, mesmo que respeitadas as diferenças, isso porque o princípio da igualdade está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.5 A IGUALDADE ENTRE CASADOS E CONVIVENTES

No intuito de resolver a indagação a respeito de que são ou não tratados com igualdade as entidades familiares formadas pelo casamento e pela união estável, no direito sucessório, faz-se necessário um breve estudo sobre o tratamento igualitário entre os gêneros sexuais, para após, solucionar a questão.

Leda de Oliveira Pinho esclarece que se entende por gênero o “[...] conjunto de conceitos essenciais vocacionado a aportar elementos

²³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas"**. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 17 maio 2009.

²⁴⁰ RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Organizado por Erin Kelly; tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p.122-123.

metodológicos e teóricos centrados nas relações sociais e culturais que são elaboradas e construídas entre os sexos”.²⁴¹

O homem sempre foi considerado um ser “privilegiado, dotado de alguma coisa a mais, ignorada pelas mulheres: o mais forte, mais inteligente, mais corajoso, mais responsável, mais criativo ou mais racional. Sempre havia um mais para justificar a relação hierárquica com as mulheres, ou pelo menos com a sua.”²⁴² Isto porque:

[...] o dualismo masculino-feminino é transposto para o discurso jurídico numa perspectiva hierárquica em que o nível superior é identificado ao homem. O discurso jurídico também esconde uma ideologia sexista que, fazendo constante referência ao princípio da igualdade, recusa-se a reconhecer as reais desigualdades entre os sexos.²⁴³

Os “costumes e práticas sociais ainda continuam a ser obstáculos para a implementação da igualdade e da equidade de gênero”²⁴⁴, porém, mesmo que existam diferenças físicas e históricas, estas não podem constituir em fatores determinantes para uma possível dominação desse em relação àquela.²⁴⁵

Somando partido aos que pregam a igualdade entre os pares, sejam eles casados ou conviventes e fulminando a idéia de arbitrariedade no tratamento, verifica-se que “o art. 1º do atual Código Civil utiliza o termo pessoa, não mais homem, como fazia o art. 2º do Código Civil de 1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo”²⁴⁶.

O princípio da igualdade dos cônjuges baseia-se em “uma nova forma de comunidade afetiva, [...] em total paridade de deveres, consideradas

²⁴¹ PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade: Investigação na Perspectiva de Gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 42.

²⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas**. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 17 maio 2009.

²⁴³ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção Jurídica das Relações de Gênero: O Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30-31.

²⁴⁴ HERMANN, Jacqueline (org.). **As Mulheres e os Direitos Humanos**. Traduzindo a legislação com a Perspectiva de Gênero. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001. v.2, p.07.

²⁴⁵ PINHO, Leda de Oliveira, op. cit., p. 54-55; 64.

²⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>> Acesso em: 28 maio 2009.

as funções de ajuda mútua e a conseqüente divisão dos resultados econômicos surgidos desta parceria²⁴⁷, isto por que o que se pretende é a preservação da dignidade da pessoa humana.

De fato, o desrespeito à dignidade da pessoa humana da mulher e aos seus direitos da personalidade são os elementos essenciais que compõem o seu problema histórico e nuclear: a desigualdade na distribuição de toda a sorte de bens da vida.

Rolf Madaleno interpreta esta determinação dizendo que direitos e deveres de cônjuges e companheiros “recebem a tutela integral do Estado, sem restrições pelo gênero. Os direitos dos seus membros são autônomos, e suas decisões passam a ser sempre tomadas em conjunto, e a benefício da sociedade familiar.”²⁴⁸

Assim, analisando os arts. 1566²⁴⁹ e 1567²⁵⁰, do Código Civil de 2002, se verifica que dentre os deveres dos casados estão a fidelidade, coabitação, respeito, mútua assistência, guarda e sustento dos filhos, cabendo a ambos a direção da sociedade conjugal, sob pena de que se existirem conflitos, esses poderão ser solucionados por uma decisão judicial. Desse modo, não existe tratamento diferente entre os pares, eliminando-se assim, a posição de inferioridade com que a mulher era vista.

Após as considerações a respeito de que não mais existem diferenças entre homens e mulheres, posto que ambos tem direitos e deveres dentro de uma sociedade conjugal debruça-se a indagação se são equiparados os cônjuges aos companheiros, devendo ser observados as questões que os equipara e os diferencia, mesmo porque não existindo motivo para tratar as

²⁴⁷ MADALENO, Rolf. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 33, p. 147-160, dez. 2005/jan. 2006.

²⁴⁸ MADALENO, Rolf. **O Débito e Crédito Conjugal**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=322&Itemid=39> Acesso em: 05 maio 2009.

²⁴⁹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

²⁵⁰ Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

peças de maneiras desiguais é porque o tratamento deverá dado de maneira igual.²⁵¹

O fato de que a Constituição Federal de 1988 pretender a conversão da união estável em casamento faz com que J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁵² entenda que não houve a equiparação entre estas entidades familiares, o que se conclama é a proteção das famílias, aproximando-se a família de fato ao direito.²⁵³ Outro que afirma que não houve a equiparação entre as entidades familiares e apenas o “reconhecimento da juridicidade da união fática, com a finalidade de evitar a continuidade de injustiças sociais”²⁵⁴, foi Alexandre de Moraes.

Considerações a respeito das diferenças entre a união estável e do casamento, foram apontadas recentemente, em decisão judicial proferida pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, que esclareceu que não há vantagens em um ou outro instituto, mesmo porque, há momentos que a sucessão legítima é benéfica à companheira, porém, em outras situações a cónyuge é privilegiada, por exemplo, no caso de que o casamento prova-se pelo registro (art. 1.523 do Código Civil de 2002), e no fato de que o cónyuge é herdeiro necessário.²⁵⁵

A união estável é protegida pelo Estado sendo considerada como inconstitucional a norma que impõe discriminação entre estas formas de famílias, mesmo porque, quando a Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não quis o legislador incentivar tal ação e sim, não dificultá-la, quando fosse requerida, não existe superioridade entre as entidades familiares²⁵⁶, porque, em ambas existem o afeto, a solidariedade e o respeito mútuo.

²⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 397.

²⁵² OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**: lei n.9.278/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 83.

²⁵³ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 176.

²⁵⁴ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 2023.

²⁵⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 1.117.563 - SP . (2009/0009726-0). Recorrente: Sandra Aparecida Penariol Duarte. Recorrido: Rosemari Aparecida Affonso. Advogado: Luiz Joaquim Bueno Trindade e Outro(S). Relatora: Fátima Nancy Andrighi. Data do Julgamento: Brasília, Decisão: 17 dez. 2009 Data da Publicação/Fonte: DJe 06 abr. 2010 . Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 18 abr. 2010.

²⁵⁶ BARROS, Sérgio Resende. **Direitos humanos da família**: principais e operacionais, op. cit. p. 613.

A comunhão de vida entre os cônjuges tem pilar na igualdade, não só entre esses, mas, também entre os companheiros, baseando-se em preceitos do art. 1.511 do Código Civil de 2002 c.c. art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e pelos arts. 1.723 a 1.727 do atual Código Civil.²⁵⁷

Em outros dispositivos do Código Civil de 2002, a equiparação entre cônjuges e companheiros também está clara²⁵⁸, posto que tanto um como o outro poderá requerer a ação de separação de corpos (art. 1562). É assegurado a ambos os casais, o parentesco por afinidade com a família de seu par (art. 1595). Outra equiparação é a trazida pela combinação dos arts. 1631, 1632, 1636, onde aflora o poder familiar, que permanece mesmo em caso de separação dos casados, como na dissolução da união estável, no caso dos companheiros e até em caso de contraírem novas núpcias ou novo companheirismo. A permissão de tanto o cônjuge como o companheiro pleitear ação de alimentos contra seu consorte, conforme disposição do art. 1694, enquanto o par não contrair nova relação, nos moldes do art. 1708, também é uma forma de igualar estas instituições. Querendo, podem os casados ou os que vivem em união estável, destinar até um terço de seus bens, como bens de família, como preceitua o art. 1711. Outros deveres que tem tanto o cônjuge como o companheiro é a curadoria do outro, nos termos do art. 1775 e a administração da herança enquanto não nomeado o inventariante, a rigor do art. 1795. Tudo isso porque, o art. 1723 do Código Civil de 2002, afirma a união estável como entidade familiar.

Diante disto, pode-se falar que houve equiparações de direitos e deveres dos cônjuges e dos companheiros trazidos por esse *codex*.

²⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Loc. cit.

²⁵⁸ GALDINO, Valéria Silva. Sucessão do companheiro no atual ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 5, n. 1, p. 163, jul. 2001.

4 DO DIREITO SUCESSÓRIO NAS SOCIEDADES CONJUGAIS

No deslinde desta pesquisa, percebe-se que a preocupação central não é o direito sucessório e sim, descobrir se o tratamento dado à cônjuge e à companheira nesta seara é isonômico ou não.

Isto porque a igualdade é princípio constitucionalmente garantido, permitindo-se apenas diferenciações adequadas. Estas questões seriam o tratamento desigual a aqueles que são desiguais, na medida da desigualdade.

Tratar os iguais de maneira discriminatória entre as entidades familiares fere outro princípio, o da dignidade da pessoa humana, que é base do ordenamento jurídico brasileiro e que é relacionado diretamente à personalidade do sujeito de direito.

Porém, para analisar a questão é importante trazer a baila alguns pontos pertinentes a respeito da sucessão.

4.1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE SUCESSÃO

4.1.1 Da relevância histórica do instituto

Para entender o direito sucessório do âmbito das relações familiares, cumpre traçar um breve comentário sobre esta no curso histórico.

O direito das sucessões é tratado há muito tempo, tanto que no direito romano, fazia parte do *jus civile*, ao lado do direito das coisas e do direito de família.²⁵⁹

Assim, no princípio dos tempos, a sucessão dava-se no âmbito religioso, ou seja, o *de cuius* era sucedido, no comando do culto familiar. Ao varão mais velho, descendente do falecido, competia a direção da vida

²⁵⁹ BARROS, Sérgio Resende. **Trajectoria da família**. Loc. cit.

religiosa, doméstica e também do acervo dos bens da família. Após, esta época, onde o patrimônio era familiar e não do morto, passou-se à propriedade individual, e assim, a preocupação passou em se deixar o patrimônio do falecido dentro das posses da sua família, para evitar a repartição daquele. Já no período medieval, a sucessão não acontecia, vez que os bens eram do Estado, e só estavam sob a posse ilegítima do falecido, e com sua morte os bens voltavam para aquele. E, por fim, no direito das sucessões dá-se o alinhamento do direito de família ao direito de propriedade, e aqui, a família não se preocupa apenas com a continuidade patrimonial, conquistados com a economia e com o trabalho, mas, sim, com a perpetuidade da família, agregando-se assim, a ordem sucessória entre os colaterais, cônjuges e recentemente, os companheiros.²⁶⁰

Desse modo, no curso da história, viu-se que ora o patrimônio era relevante ora não, ora o que era sucedido era a direção da família e do culto religioso, ora os bens de família, isto quando esses não eram do Estado.

4.1.2 Da Evolução Histórica No Direito Sucessório Conjugal Brasileiro

As entidades familiares consagradas no ordenamento jurídico brasileiro são aquelas formadas pelo casamento, pela união estável, pela monoparentalidade, amparando-se também, pela evolução dos tempos, a família socioafetiva, aquela formada pelos padrastos e madrastas com os enteados, filhos exclusivos de seu par, porém, afetivamente considerados com se seus fossem.

Ocorre, porém, que se reconhece como casais, aqueles participes unidos pelo casamento e pela união estável, que poderão partilhar, mear e herdar bens e obrigações quando do falecimento de seu consorte, obedecendo critérios trazidos pelo Código Civil de 2002, que já estavam sendo consagrados pela jurisprudência, quando reconhecia a sociedade de fato havida entre aqueles que viviam como se casados fossem, tanto que a

²⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 7 v. p. 3-5.

Constituição Federal de 1988, consagrou esta família, que foi regulamentada pelas leis 8971 de 29 de dezembro de 1994 e 9278 de 10 de maio 1996.

Assim, antes de iniciar a explanação a respeito da sucessão entre os cônjuges e os companheiros, mister se faz trazer uma breve consideração a respeito da eventual transmissão de bens e obrigações, nestas uniões, que embora não consagradas pelo ordenamento jurídico existem, e não se podem fechar os olhos sobre elas.

No tocante à mancebia, por ser algo contrário a lei, a manceba não é vista como meeira, tanto que “o bem adquirido durante a manutenção da vida concubinária, será partilhado como se condôminos fossem de acordo com aquilo que cada um contribuiu para a compra do bem”²⁶¹, vez que estas relações existem, e negá-las seria locupletar o adúltero, não podendo o Poder Judiciário, ser conivente com quem não é fiel e nem leal e nem beneficiar aquele que afrontou a moral e os bons costumes.²⁶²

Os bens adquiridos nestas uniões seriam partilhados por meio do direito obrigacional, por se tratarem de sociedade comercial de fato²⁶³, vez que negar-lhe os bens que contribuiu para a aquisição, feriria os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, bem como o da boa-fé, sob pena de que aquele que locupletou-se do outro, responder por estelionato, capitulado no art. 171 do Código Penal.²⁶⁴

Tem se ainda, o caso de que, a participante que desconhecia a bigamia, vivendo no meio social, como se companheira fosse, nesse caso, dada a boa-fé da mesma, teríamos “uma união estável impura ou putativa, isto porque, a concubina, no caso vertente, tinha perante a comunidade onde vivia, o status de companheira.”²⁶⁵ Por ser uma união estável putativa, esta companheira tem “direito a mear os bens adquiridos pelo falecido no curso da vida fática, concorrendo com a esposa legítima.”²⁶⁶

²⁶¹ AIDAR, Antonio Ivo. **Novas famílias**. O concubinato e a união estável no Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/65222,1>>. Acesso em: 14 dez. 2008.

²⁶² DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

²⁶³ AIDAR, Antonio Ivo. Loc. cit.

²⁶⁴ GONÇALVES, Wilson José. Direitos da Amante. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 249. p. 48. maio, 2007.

²⁶⁵ AIDAR, Antonio Ivo. Loc. cit.

²⁶⁶ Idem.

Tanto que recentemente, um magistrado do Estado de Rondônia “[...] determinou a partilha dos bens adquiridos durante a relação dúplici em três partes iguais.²⁶⁷

E, ainda, no tocante à sucessão no caso de concubina, manceba e convivente, pode antes de morrer o par deixar um testamento, onde ele poderá dispor de 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio, sendo que sua parceira poderá assim ser contemplada, pela sucessão testamentária²⁶⁸.

A sucessão na sociedade de fato, rege-se pelo direito das obrigações²⁶⁹, posto que, “se a concubina, com seu esforço, com seu zelo, com dedicação ao companheiro na casa ou no trabalho, no incentivo que lhe deu colaborou na formação do valor encontrado na ocasião da ruptura [...]”²⁷⁰ fosse esta por separação ou por falecimento, “[...] ai está o direito à partilha dos bens, por metade ou proporção que não torne ilusório o direito reconhecido.”²⁷¹

O companheirismo não era reconhecido no Brasil, como família, porém, para não deixar a companheira em situação de penúria, ou não contemplar o enriquecimento ilícito do participe de boa-fé, nas legislações pretéritas, ou seja, nos idos do Código Civil de 1916, a concubina tinha direito à partilha dos bens adquiridos com esforço comum durante a convivência (Súmula 380 STF).²⁷²

Por ter simplesmente, a Constituição Federal acrescido a possibilidade da união estável como entidade familiar, não se equiparou a companheira a cônjuge no direito sucessório.²⁷³

Antes mesmo das leis 8.971/94 e 9.278/96, pelas jurisprudências, eram garantidos às concubinas o direito de ser legatária e receber o seguro de vida de seu amásio.²⁷⁴

Já a lei n. 8971 de 29 de dezembro de 1994, que era a lei que regulava a união estável, trouxe grande avanço na área de sucessão, tanto que

²⁶⁷ ESPAÇO VITAL. **Triplicidade de relacionamento amoroso, com partilha dos bens entre um homem, a esposa e a concubina.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2762>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

²⁶⁸ CASSETARI, Christiano, op. cit., p. 95.

²⁶⁹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 944.

²⁷⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 98.

²⁷¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 99.

²⁷² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 176.

²⁷³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 177.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257.

previa a possibilidade da convivente que constava com 05 (cinco) anos de união, pudesse suceder, ainda que como herdeiro facultativo do *de cujus*, prazo que se reduziria se houvesse prole em comum.²⁷⁵

Interpretando lição de Wilson Oliveira, tem-se que a lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994 estabeleceu que o companheiro pudesse receber a totalidade da herança na ausência de outros herdeiros do falecido.

Já a lei n. 9278 de 10 de maio de 1996 trouxe o direito real de habilitação do sobrevivente, enquanto viver ou não constituir nova união.²⁷⁶

Assim, ainda não se havia um reconhecimento na legislação civil da união estável, porém, as leis regulamentares já disciplinavam esta união, e, buscavam tratar esta entidade de maneira, que não houve prejuízos para os pares.

Ao lado da sucessão destas uniões, tem-se que ter em mente que o Brasil é um país de grande maioria católica, mas, também muito religioso, independentemente do credo, o casamento religioso e civil, é celebrado para unir a maioria dos casais e desta maneira, importante trazer alguns aspectos que brindaram a evolução da sucessão do cônjuge no Brasil.

As Ordenações Filipinas antes mesmo do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 reconheciam o concubinato puro, tratando do direito à meação dos bens adquiridos na constância do relacionamento afetivo.²⁷⁷

Esclarece, porém, Sílvio Venosa que “no direito anterior ao Código de 1916, o cônjuge sobrevivente estava colocado em quarto grau na escala hereditária, após os colaterais de décimo grau.”²⁷⁸

A lei n. 1839 de 1907, chamada de Lei Feliciano Pena, por seu turno, trazia o cônjuge no terceiro grau de vocação.²⁷⁹ Ele vinha após os descendentes e ascendentes. Não era herdeiro necessário e podia, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária.²⁸⁰

²⁷⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 178.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257.

²⁷⁷ MENIN, Márcia Maria. A necessidade da equiparação entre a união estável e casamento para fins de direito sucessório. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 274.

²⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 7 v. p.122.

²⁷⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 162.

²⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., v. p.121.

Já “no Código de 1916, o cônjuge herdava na ausência de descendentes ou ascendentes e desde que não estivessem separados.”²⁸¹

Ao passo que, o Estatuto da Mulher Casada, que é a denominação da Lei 4121 de 27 de agosto de 1962, trouxe “o usufruto viual ou direito real de habitação ao viúvo, dependendo do regime de bens do casal.”²⁸²

Desta feita, o que se viu no Brasil precisamente, no tocante do direito sucessório, foi que, de herdeiro de quarto grau que era o cônjuge sobrevivente, ele passou a ser herdeiro apenas na ausência de descendentes ou ascendentes, desde que, não estivesse separado de seu par, e nem tivesse sido afastado, da sucessão por testamento. Mudanças ocorreram com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, como se verá nos subtítulos 4.3 e 4.4, que se seguirão.

4.1.3 Da conceituação do instituto

Infelizmente, com o falecimento de alguém, seus parentes, terão algumas preocupações a resolverem, como por exemplo, a escolha do caixão, a compra do terreno para o jazigo do cemitério, quem pagará pelas despesas dos funerais. Porém, além dessas inquietações tem-se também que o *de cujus*, deixa direitos e obrigações, que são transmitidas aos sucessores.

A transmissão de bens e encargos, direitos e obrigações, do patrimônio do morto denomina-se sucessão.²⁸³ Suceder para Silvio Venosa é a substituição de outrem, dentro de um patamar jurídico. Para ele “na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito.”²⁸⁴

²⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.122.

²⁸² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 163.

²⁸³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 957.

²⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 7 v. p.1.

Desta feita, conclui-se que a sucessão dá-se pela morte, que é provada com o registro público da declaração do falecimento.²⁸⁵ Porém, também é necessária a vocação hereditária, que é o poder de indicar os herdeiros, sejam os familiares ou por nomeação em testamento.²⁸⁶

A sucessão por morte poderá ser “a título singular (como v.g., nos legados) – quando se transfere coisa certa destacada do patrimônio que pertenceu ao morto-, ou a título universal – quando se transfere a herança (*universitas iuris*).”²⁸⁷

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Nery esclarecem que com a morte, extingue a personalidade do falecido, conforme art. 6º do Código Civil de 2002, com isto, ocorrerá a abertura da sucessão²⁸⁸, e o herdeiro receberá a herança a título universal, transferindo-se a titularidade do patrimônio do falecido ao sucessor.

Assim, com a sucessão aquilo que era do acervo do *de cuius* passa para seus herdeiros, sendo que eles serão os novos responsáveis, pelos bens e pelas dívidas, tanto que, ao receber uma herança, deve-se ter a atenção de verificar se o falecido deixou dívidas, posto que, estas deverão ser salgadas por aqueles bens.

Além da definição de sucessão, importante trazer à lume a diferenciação entre meação e herança, sendo que, uma é regida pelo direito de família e a outra pelo direito das sucessões.

Assim, meação, não é objeto da sucessão, sendo que ela se dá com o casamento tanto no regime da comunhão universal, como naquele da comunhão parcial, em relação aos aquestos. Já a herança representa o patrimônio exclusivo do falecido, e esse acervo objeto é do inventário e destina-se aos sucessores, sejam eles legais ou instituídos, não fazendo esse acervo parte da meação, que é resguardada ao cônjuge ainda que vivo. Cumpre ressaltar ainda, que mesmo, que o viúvo não tenha direito à meação, ele poderá ser herdeiro do extinto.²⁸⁹

²⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007. p. 2.

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. Loc. cit.

²⁸⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 959.

²⁸⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 165.

Luiz Pereira Melo define herança como sendo “o computo de bens, estratificado a existência de um patrimônio, legado por alguém, com o seu falecimento.”²⁹⁰ Não só os bens mais também as dívidas, fazem parte da herança do *de cuius*, pois: “o conjunto formado pelo ativo e o passivo transmitidos denomina-se herança,”²⁹¹ que para alguns é sinônimo de espólio, que é acervo hereditário, monte, massa dos bens e das dívidas do extinto, embora esse também possa ser usado como o coletivo de herdeiros²⁹², que são os necessários (descendentes, ascendentes e cônjuges) e os legítimos (o descendente, com quem o cônjuge poderá concorrer; o ascendente com quem o cônjuge concorrerá; o próprio cônjuge e o parente colateral até o quarto grau), e os testamentários (que são aquelas pessoas contempladas no testamento do *de cuius*)²⁹³.

Assim, reserva-se o montante do cônjuge ou do companheiro supérstite e dos bens restantes separam-se aqueles que serão usados para o pagamento das dívidas do falecido e o restante será partilhado entre os herdeiros.

4.2 DAS MODALIDADES DE SUCESSÃO

Os herdeiros são os sucessores do falecido, contemplando a legislação brasileira, algumas formas de sucessão, como a legítima, a testamentária e a mista.

Porém, antes de tratar sobre estas é necessário esclarecer que existem duas formas de sucessão no direito, uma delas é aquela que ocorre por ato entre vivos, como uma transação comercial, uma doação, sendo a outra modalidade aquela que ocorre após a morte de alguém. Nesta modalidade, os

²⁹⁰ MELO, Luiz Pereira de. In: FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 41 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 1.

²⁹¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 957.

²⁹² FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 987.

²⁹³ LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 398.

sucessores receberão os direitos e/ou obrigações do *de cuius*, sendo esses sucessores os herdeiros ou os legatários.²⁹⁴

Verifica-se, pois que no direito sucessório, as pessoas que recebem a herança são chamadas de herdeiros, sendo necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão por mera liberalidade do falecido, são eles: os descendentes, os ascendentes e os cônjuges.²⁹⁵ Assim, o *de cuius*, obrigatoriamente deverá deixar metade de seus bens a esses, o que se chama de sucessão legítima, e a outra metade poderá dispor em testamento, que seria a sucessão testamentária.

Por isso, Silvio de Salvo Venosa esclarece que, a sucessão dependerá da vontade do falecido, quando esse deixa um testamento, sendo uma: a sucessão testamentária, e a outra chamada de sem testamento, a sucessão *ab intestado*²⁹⁶. Porém, para melhor compreensão da disciplina os operadores do direito acabam por classificar a sucessão em três maneiras, ou seja, a legítima, aquela descrita na lei; a testamentária, aquela onde o sucedido deixa um testamento sobre a disposição de seus bens, se não tem herdeiro necessário (descendentes, ascendentes e cônjuge), poderá dispor de 100% de seu patrimônio, do contrário, poderá testar apenas 50% desse acervo; já na sucessão mista, quando a pessoa falecida deixa parte de seus bens, no testamento e parcela sem estar descrita no testamento, e aqui o patrimônio deverá ser partilhado, como na sucessão legítima²⁹⁷, que é o chamamento dos herdeiros que sucederão bens, direitos e obrigações do falecido que findou *ab intestato*. Esse chamado obedece a uma ordem de vocação hereditária, sendo que os parentes mais próximos ao herdar excluem os demais, os subseqüentes.²⁹⁸ Assim, os ascendentes mais próximos excluirão os mais remotos (nesse sentido, pai e mãe como herdeiros, os avós não herdarão), ao passo que se houver igualdade de grau e diversidade de linha ambos lados receberão proporcionalmente os bens deixados pelo extinto.

²⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 7 v. p.1.

²⁹⁵ FIUZA, César, op. cit., p. 1030.

²⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.4.

²⁹⁷ CASSETARI, Christiano. **Direito das sucessões**. Coordenação Christiano Cassetari, Márcia Maria Menen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 95.

²⁹⁸ GIUSTI, Mirian Petri Lima de Jesus, op. cit., p. 82.

A sucessão legítima está prevista no art. 1829 do Código Civil de 2002²⁹⁹. Porém, o art. 1836 desse Código³⁰⁰, esclarece que a falta de descendentes traz à sucessão os ascendentes, que concorrerá com o cônjuge sobrevivente, sendo que os parágrafos da citada norma estabelecem que não haverá distinção de linhas sucessórias.

Já no tocante à sucessão testamentária, acontece quando um sujeito de direitos, maior de dezesseis anos, em gozo de suas faculdades mentais, conforme art. 1.860 do Código Civil³⁰¹ resolve por disposição de última vontade contemplar determinadas pessoas em seu testamento.

Assim, passadas estas considerações e antes de contemplar a sucessão entre cônjuges e companheiros, importante trazer algumas ponderações sobre a possibilidade de haver sucessão nas uniões clandestinas.

4.3 CAPACIDADE DE SUCEDER NO DIREITO CONJUGAL COM A PUBLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Assim, após a breve trajetória histórica, a respeito da sucessão tanto no casamento como na união estável, tem como conceituação e diferenciação das modalidades de sucessão, vista acima, passa-se ao direito sucessório após a promulgação do Código Civil de 2002.

²⁹⁹ Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais

³⁰⁰ Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

³⁰¹ Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

No casamento regido pela comunhão universal de bens (arts. 1667 a 1671 do atual Código Civil)³⁰², ambos os cônjuges terão a disposição de todo o patrimônio adquirido por quaisquer deles, quando do matrimônio ou adquirido posteriormente a ele. Pertencerão o acervo “os bens adquiridos por ato de liberalidade de terceiros em doação ou sucessão, também se tornam comuns, salvo se onerados com cláusula de incomunicabilidade”³⁰³.

Arnoldo Wald ainda completa que esta “comunhão será completa e universal de todos os bens (móveis e imóveis) e direitos”³⁰⁴, sendo que aqui cada cônjuge é detentor de metade dos bens adquiridos pelo casal. Assim, o cônjuge casado sob esse regime não é herdeiro. Também não tem capacidade sucessória o cônjuge casado em regime patrimonial separação total de bens regulado nos arts. 1687 e 1688³⁰⁵, combinado com o art. 1641³⁰⁶, conforme esclarecido pelo art. 1829, I, do Código Civil, eis que aqui há “a completa separação do patrimônio dos cônjuges não estabelece nenhuma comunicação entre as duas massas.”³⁰⁷ Destarte, “[...] o cônjuge não herdará

³⁰² Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte. Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Art. 1.669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens.

Art. 1.671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

³⁰³ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324.

³⁰⁴ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155.

³⁰⁵ Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

³⁰⁶ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

³⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, p.361.

juntamente com os descendentes se o regime de bens do casamento era aquele da separação obrigatória.”³⁰⁸

Feitas tais considerações, verifica-se que o cônjuge habilitado a suceder é aquele que é casado sob o regime da comunhão parcial de bens, disciplinado nos arts. 1658 a 1666 do Código Civil de 2002³⁰⁹, onde os bens adquiridos posteriormente ao casamento fazem parte da meação, porém, os bens particulares são objetos de partilha da herança para o consorte supérstite, como herdeiro necessário em concorrência com descendentes e ascendentes,

³⁰⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legislação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 161.

³⁰⁹ Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

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

III - as obrigações anteriores ao casamento;

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

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

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

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

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por Título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por Título uma causa anterior ao casamento.

Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a Título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

conforme art. 1845 desse *codex*, ainda que, uma das partes não tenha bens a inventariar em razão de seu falecimento.³¹⁰

Porém, há que se destacar que o cônjuge perderá a capacidade sucessória, quando da separação judicial ou do divórcio, porque como “[...] a dissolução da sociedade conjugal acarreta a ausência de legitimidade do cônjuge para suceder.”³¹¹

Mesmo em caso de ausência de culpa, decretada a separação judicial do casal um não poderá mais suceder com a morte do outro.³¹² Assim, podem-se concluir, ao analisar o art. 1830 do Código Civil de 2002³¹³, que as hipóteses de exclusão do cônjuge da sucessão, seria o caso da separação judicial, posto que ainda que permaneça o vínculo conjugal, que só é rompido no divórcio ou na morte, a sociedade conjugal é desfeita, nos moldes do art. 1571 desse Código. Outro motivo seria a separação de fato há mais de dois anos, desde que o sobrevivente seja culpado pela separação.³¹⁴

Desta constatação acima, Caio Mário da Silva Pereira esclarece que é necessária a homologação da separação judicial do casal em caso de separação consensual e no caso da separação litigiosa, esta deverá contar com sentença transitada em julgado, sob pena de a morte absorver esse estado e ao invés de separado a pessoa passará a ser viúva, pois não houve a chancela judicial.³¹⁵

Para Paulo Nader há, ainda, outra possibilidade de exclusão do cônjuge da sucessão, que seria o caso do falecimento de um deles durante a ação que requeresse a invalidação do casamento. Assim, se, o sobrevivente soubesse do vício do casamento, esse não herdaria, ao passo, que se tivesse de boa-fé, o casamento seria putativo e o supérstite, concorreria à herança³¹⁶,

³¹⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 169.

³¹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 157-158.

³¹² NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 159.

³¹³ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

³¹⁴ CASSETARI, Christiano. **Direito das sucessões**. Coordenação Marcia Maria Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 103 - 104.

³¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 143.

³¹⁶ CASSETARI, Christiano, op. cit., p. 105.

e se o *de cuius*, não tivesse deixado nem descendentes nem ascendentes, o viúvo herdaria a totalidade do acervo patrimonial do extinto.³¹⁷

Há que se advertir, porém que, com a reconciliação do casal, antes de decretado o divórcio em conformidade com o art. 1577 do Código Civil de 2002, restabelece os direitos dos pares, até mesmo o sucessório.³¹⁸

O companheiro também poderá ser herdeiro e meeiro do seu par falecido. Quanto à meação, estabelece o art. 1.725: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” Conforme se verifica no art. 1829 do Código Civil de 2002, já mencionado, a sucessão legítima, não contemplou a possibilidade de participar da sucessão dos bens particulares deixados pelo *de cuius*, sendo que esses só aproveitarão os bens adquiridos onerosamente, durante o período que vigeu a união estável entre o casal nos moldes do art. 1790 do Código Civil de 2002³¹⁹.

Resguardando-se os bens adquiridos que o falecido, em vida havia conquistado por doação ou por herança, percebe-se com a interpretação do artigo acima, que no tocante aos bens adquiridos onerosamente, os primeiros a herdar serão os descendentes. Se, o falecido, não os tiver deixado os ascendentes serão chamados à sucessão e após os colaterais até o quarto grau. Assim, só ai se não tiver nenhum desses parentes é que o companheiro poderá receber a totalidade do patrimônio que era do extinto.³²⁰

Assim, esta ordem de partilhar apenas os bens adquiridos onerosamente, contemplada no art. 1790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, vez que desfavorece os companheiros, que não são

³¹⁷ OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 54.

³¹⁸ Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

³¹⁹ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

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

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

³²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_Concorrencia.doc>. Acesso em: 01 nov. 2008.

consagrados como herdeiros legítimos, pois não são enquadrados como descendentes, ascendentes, cônjuges casados em regime parcial, no tocante aos bens particulares e os colaterais.

De acordo com o art. 1829 Código Civil de 2002, o cônjuge como dito é herdeiro legítimo, já o companheiro não. Com esta regra, o parente em grau colateral tem benefícios, em detrimento do companheiro³²¹, isto quer dizer que pode acontecer de um filho do primo do falecido, herdar os bens do extinto e o companheiro que tanto lutou, auxiliou e amou o seu par, não receber os bens adquiridos a título gratuito pelo *de cuius*.³²²

Uma ressalva há que ser feita, é que a metade dos bens que pode o *de cuius* testar, poderão ser passados a sua parceira por testamento, isso englobando também, os bens conquistados a título gratuito³²³. Isto porque esta não é herdeira legítima, nem necessária, conforme simples leitura do art. 1845 do Código Civil de 2002.³²⁴

Diante disso, após o falecimento de um dos companheiros, será feito um inventário dos bens por ele deixados. Assim, a companheira, será contemplada com a metade dos bens adquiridos durante a união estável e também, com quota parte relativamente a bens exclusivos, adquiridos onerosamente após a relação.

Serão reunidos também, os “demais bens, como aqueles adquiridos por doação, herança, fato eventual, dentre outros, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.829 e seguintes do novo Código”.³²⁵ E, como naquela norma, o companheiro não é herdeiro, ele não será contemplado com esta partilha.

O fato de não contemplá-lo como herdeiro, faz crer que o legislador não teve em mente o ideal de vida em comum e sim “colocou aquele sobrevivente em situação patrimonial totalmente discriminatória [...]”.³²⁶

³²¹ BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: principais e operacionais. In: **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

³²² OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 260.

³²³ Idem.

³²⁴ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

³²⁵ NEVARES, Ana Luíza Maia, op. cit., p. 171.

³²⁶ COSTALUNGA, Karime. O direito à igualdade na relação familiar: uma proposta de interpretação do art. 1.790 do Código Civil. **Revista Direito Getúlio Vargas**. São Paulo: v. 2, n. 2, p. 165 – 186, jul. dez. 2006.

A respeito das diferenciações existentes na sucessão de cônjuges e companheiros, apresentando o desprestígio desses em relação àqueles, pode-se citar que eles não são herdeiros necessários, herdando apenas os bens que o *de cuius*, adquiriu a título oneroso, não tendo sequer o direito real de habitação e o usufruto garantidos. Também da leitura do indigitado art. 1790 do Código Civil de 2002, percebe que se privilegiam os colaterais e o Estado, ao revés do companheiro, nos casos de sucessão dos bens onerosos do falecido.³²⁷

Deveria, em casos de bens particulares, o companheiro, ser tratado como o cônjuge, isto é como herdeiro, nos moldes do art. 1829, I do Código Civil de 2002.³²⁸

Furtar a companheira ao direito sucessório, apenas por que ela não empreendeu esforços monetários para a constituição do patrimônio, poderia tanger-lhe um direito da personalidade, qual seja o direito à moradia, sendo inclusive a propriedade do bem deixado pelo *de cuius* e transferido à companheira, uma extensão da personalidade.³²⁹

Assim, fere os princípios da equidade e da dignidade da pessoa humana o art. 1790 do Código Civil de 2002.

4.4 NO TOCANTE A CONCORRÊNCIA DA CÔNJUGE E DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO

Para entrar na seara da concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro com os filhos do falecido, sejam esses exclusivos ou não, cumpre esclarecer que, pela disciplina da Constituição Federal de 1988, “inseriu-se o filho não nascido de relações matrimoniais numa família com os mesmos direitos e os mesmos deveres de qualquer filho advindo de um casamento.”³³⁰

³²⁷ GALDINO, Valéria Silva. Sucessão do companheiro no atual ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 5, n. 1, p. 163, jul. 2005.

³²⁸ MENIN, Márcia Maria, op. cit., p. 281.

³²⁹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 220.

³³⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de, op. cit., p. 254.

Assim, sendo qualquer discriminação entre filhos é proibida constitucionalmente, em seu art. 227. A prova de filiação é feita pelo registro contido na certidão de nascimento, nos moldes do art. 1603 do Código Civil de 2002³³¹, e como esclarece o art. 1596 do mesmo código³³², “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.³³³

Em outras palavras, não existem discriminações entre os filhos, vez que foram igualados à mesma categoria, podendo ser esses unilaterais (irmãos apenas por parte de mãe ou por parte de pai), como bilaterais (filhos de mesmo pai e mesma mãe) ou os adotivos.

Passadas estas considerações, entra-se na seara do tratamento dispensado ao par do casamento e da união estável, no âmbito sucessório e assim, na questão da concorrência desse com os filhos.

4.4.1 Da Concorrência da Cônjuge com os Filhos

Da leitura do art. 1829 do Código Civil de 2002, vê-se que a cônjuge integra o primeiro rol dos convocados à sucessão dos bens particulares do falecido, concorrendo em igualdade de condições. Mas, a cônjuge seria aquela casada sob o regime da comunhão parcial de bens e da separação final dos aquestos, e serão partilhados os bens particulares com a cônjuge, posto que os bens referentes a meação do falecido deverão ser partilhados, unicamente entre os descendentes, nos moldes do Enunciado 270, do III Jornada do Conselho da Justiça Federal.³³⁴

³³¹ Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

³³² Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³³³ ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de família: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p.74.

³³⁴ Enunciado 270, do III Jornada do Conselho da Justiça Federal – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. 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

No tocante a concorrência com os filhos a esta será reservada um quinhão de mesmo valor daqueles que sucedem por cabeça, e se esta concorrer com seus filhos também, deverá ser reservada a quantia de um quarto do acervo sucessório, nos moldes do art. 1832 do Código Civil.³³⁵

A sucessão não se justificará, porém, em casos de bens incomunicáveis e em casos de pessoas com mais de 60 (sessenta) ou menos de 16 (dezesesseis) anos, nos moldes do art. 1641 do Código Civil de 2002³³⁶, bem como nos casos infringiram causas suspensivas ao matrimônio, previstas no art. 1523 do Código Civil de 2002.³³⁷

Assim, vê se que, a cônjuge é amparada e poderá suceder tanto nos bens conquistados a título oneroso como particular, respeitando-se as exceções acima.

4.4.2 Da Concorrência da Companheira com os Filhos

possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

³³⁵ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

³³⁶ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

³³⁷ Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

E no tocante à união estável verifica-se que esta sucederá concorrendo tanto com os descendentes como com os ascendentes do falecido.

A companheira irá receber “[...] a mesma cota parte se concorrer com filhos comuns e metade com os filhos do falecido, independentemente do regime adotado.”³³⁸ E, no caso, da companheira concorrer com ascendentes e com os colaterais do extinto, receberá apenas um terço da herança.³³⁹

Assim, resta claro o prejuízo da companheira, vez que por não ter sido tratada como herdeira nos moldes do art. 1829 do Código Civil de 2002, ela está em desprestígio frente a cônjuge, isto porque, foi lançada ao quarto lugar da sucessão hereditária, após inclusive aos colaterais.³⁴⁰

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, baseando-se no art. 1790, incs. I e II do Código Civil de 2002, trouxe ao VII Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família uma fórmula matemática que deverá ser empregada “[...] em todos os casos de concorrência sucessória do companheiro com descendência híbrida (descendentes comuns e descendentes exclusivos) do falecido, para definir o quinhão hereditário que deve ser destinado a cada herdeiro e ao companheiro concorrente [...]”³⁴¹

A fórmula tem a presente equação, com a seguinte legenda:

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F + S)^2 + 2F + S} \cdot H$$

$$C = \frac{2F + S}{2(F + S)} \cdot X$$

Legenda:

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente

F = o número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente

³³⁸ GALDINO, Valéria Silva. Sucessão do companheiro no atual ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 5, n. 1, p. 163, jul. 2005.

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ MENIN, Márcia Maria. A necessidade da equiparação entre a união estável e casamento para fins de direito sucessório. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 284.

³⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: VII Congresso - **MINICURSO DE SUCESSÕES - Fórmula Algébrica**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=561>> Acesso em: 12 maio 2010.

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.³⁴²

Desta maneira, nos moldes do art. 1790 do Código Civil de 2002, Irã concorrer com os filhos comuns e exclusivos do *de cuius*, e a ele competirá em casos de descendência comum uma cota equivalente aquela que cada filho terá, ao passo que se forem descendentes apenas do falecido, o sobrevivente herdará uma cota equivalente à metade dos bens que esses receberão. Ao passo que, o inciso III, do mesmo artigo, estabelece que, em caso de haverem parentes sucessíveis herdará um terço da herança, e apenas receberá a integralidade dos bens conquistados a título oneroso se não houver tais parentes.³⁴³

Destarte, percebe-se que a companheira por vezes terá ferido seu direito de escolha de envolver-se afetivamente, posto que, deixá-la na última situação de herdar e apenas no tocante aos bens angariados pelo falecido a título oneroso, a deixa em situação de desamparo, eis que na letra fria da lei, se forem bens conquistados antes da união ou a título gratuito a companheira não herdará e o bem passará para o Estado, ferindo a dignidade da companheira.

4.5 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

A vigência do art. 1790 do Código Civil de 2002 que trata do direito sucessório do companheiro é algo que afronta a tudo e a todos isto porquê: “A discriminação operada com a novel norma chega a, inclusive, ferir preceito constitucional da igualdade e deflagrar a discriminação operada contra a constituição de família, que não a partir da celebração de casamento.”³⁴⁴

³⁴² Idem.

³⁴³ TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 317.

³⁴⁴ COSTALUNGA, Karime. Loc. cit.

Como se verificou, a união do casal seja pelo matrimônio seja pelo companheirismo se dá por ato volitivo da parte, e o que se busca é a afetividade, que são laços sagrados para a duração da relação das pessoas, até mesmo, mais marcante do que o patrimônio formado em decorrência dos tempos de convívio.

Ocorre que, as questões que se tratam nesse momento, refletem às angústias sofridas pelo companheiro sobrevivente, no caso de sucessão do seu consorte, visto que o Código Civil não contempla o companheiro como herdeiro, sendo inconcebível esse retrocesso, isto porque a Constituição Federal preceitua a igualdade nas entidades familiares, em seu art. 226.

Desta maneira, os julgadores tem entendido que, não considerar a companheira como herdeira, ou só encará-la como tal, no tocante aos bens adquiridos onerosamente, feriria os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. E ainda, o art. 1.790, III, do Código Civil de 2002, ao trazer um tratamento diferenciado entre companheira e cônjuge, macula o preceito trazido no art.226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, bem como, fere os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.³⁴⁵

O mesmo aresto ainda esclarece que é: “Inegável que o tratamento sucessório diferenciado dado ao companheiro sobrevivente em comparação com o cônjuge sobrevivente é discriminatório e não deve prevalecer diante da isonomia entre união estável e o casamento [...]”³⁴⁶

Assim, os julgadores tem decidido pela não prevalência desse artigo, sob pena de incorrer em diferenciação da família matrimonializada e da família de fato, e tal segregação não foi o intento do legislador constitucional, vez que esse equiparou o companheiro ao cônjuge, e, assim, os julgadores tem utilizado da analogia ao interpretar o art. 1829 III, do Código Civil de 2002, esclarecendo que o companheiro sobrevivente é herdeiro necessário, fazendo com que esse herde os bens que foram angariados pelo extinto de modo

³⁴⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Agravo de Instrumento nº 526.489-1. 12ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça do PR., Relator Costa Barros. Data de Julgamento: 02 dez. 2009. DJ 304. Disponível em: <www.tjpr.jus.br> Acesso em: 06 jun. 2010.

³⁴⁶ Idem.

particular, posto que do contrário o deixaria desamparado no momento em que mais precisa.

E ainda, no tocante ao desuso do art. 1790, vez que prejudica os direitos fundamentais conquistados pelas entidades familiares, tem-se que:

[...] Posição jurisprudencial que se inclina no sentido da inaplicabilidade do ilógico art.1.790 do Código Civil - Recurso provido, para reconhecer a meação da companheira aos ativos deixados pelo autor da herança, mas afastá-la da concorrência com o descendente menor, aplicando-se o regime do artigo 1.829,1, do Código Civil." (TJ/SP - Ag. Instr. 567.929.4/0-00, Quarta Câmara Cível, Rel. Designado Francisco Loureiro, j. 11.09.2008).³⁴⁷

Tanto que, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu recentemente, ser preferível contemplar o companheiro aos colaterais, concedendo a ele a integralidade da herança, vez que do contrário afrontaria aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, deu tratamento paritário ao instituto da união estável.³⁴⁸

Uma forma de “driblar” esta situação retratada no art. 1790 do Código Civil de 2002, seria os companheiros, adotar uma escritura pública contemplando o regime de bens que adotariam, para reger a união civil desses. Sendo assim, se pactuassem o regime da comunhão universal, o sobrevivente deveria ser meeiro, de todos os bens adquiridos pelo outro. Porém, infelizmente, os magistrados gaúchos, decidiram que, não se aplica o regime de bens à companheira, sendo que ela só terá direitos sobre os bens adquiridos posteriormente à união.³⁴⁹ Isto porque, “[...] infelizmente, o sistema patrimonial disposto em contrato escrito em nada modificará o direito sucessório dos companheiros.”³⁵⁰

Diferentemente, do exposto acima quanto a discriminação trazida pelo art. 1790 do Código Civil de 2002, recentemente, analisando um

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Nº 70017169335, Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Data de Julgamento: 8 mar. 2007. Data de Publicação: 16 mar. 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 03 nov. 2008.

³⁴⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento. Nº 70012430351. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Data de Julgamento: 05 out. 2005. Data de Publicação: 14 out. 2005. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 nov. 2008.

³⁵⁰ MENIN, Márcia Maria, op. cit.,p. 281.

incidente de inconstitucionalidade, o mesmo tribunal gaúcho advertiu que, não seria inconstitucional o preceito do art. 1790 III, do Código Civil de 2002, mesmo que exista antinomia em relação ao art. 1725 do mesmo *codex*.³⁵¹

Embora mereçam críticas, porque maculam a dignidade da companheira, tem-se que o legislador não quis equiparar o casamento à união estável, pois eles tem natureza diferenciada, mesmo que em ambos os casos o afeto prevaleça. Mereceu ao ver do legislador da época tratamento distinto. Porém, tal dispositivo não deve subsistir diante das razões acima expostas.

³⁵¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374. Tribunal Pleno. Tribunal de Justiça do RS. Relator Vencido: Leo Lima, Redator para Acórdão: Maria Isabel de Azevedo Souza. Data de Julgamento: 09 nov. 2009 Data de Publicação: 11 maio 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 06 jun. 2010.

5 ASPECTOS RELEVANTES DA TUTELA JURÍDICA E DA TUTELA JURISDICIONAL

O par da união estável que se sinta prejudicado frente as leis que regulam seu direito sucessório, poderá buscar junto ao Poder Judiciário mecanismos para proteger o patrimônio deixado por seu companheiro falecido e que de alguma maneira está sendo abespinhado ou ameaçado de o ser.

Assim, enquanto esta não tiver uma sentença que declare a união, que confirme quais bens são dela, quais as formas que sucederá, se terá direito real de habitação, se será pensionista do *de cujus*, se terá meios de ter uma vida digna, após sua viuvez, poderá buscar a tutela jurídica e conseqüentemente, a tutela jurisdicional do Estado para salvaguardar seus interesses.

Desta feita, cumpre destacar que, segundo o art. 5º, inc. XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja o processo jurisdicional buscará reparar lesões e repreenderá o perigo de lesões aos direitos individuais³⁵², mesmo porque as relações jurídicas são tuteladas por normas do Estado, que estipulam sanções para aqueles que as violam, podendo o lesado requerer ao Poder Judiciário uma proteção³⁵³.

O direito processual é buscado quando algo interfere na boa manutenção e exercício do direito material, de modo satisfativo ou mesmo preventivo, buscando um resultado pacífico e justo para as partes.

Com isso, o acesso à justiça que é assegurado pelo Estado Democrático de Direito³⁵⁴, garante a tutela jurisdicional que é o meio assegurar

³⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Cautelar**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, v. 4, p. 17.

³⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 533.

³⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 139, p. 21, set. 2006 – ISSN 0100-1981.

o direito material³⁵⁵ [...] o direito à preordenação de procedimentos realmente capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva.³⁵⁶

Porém, como esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Las palabras acceso a la justicia no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos.³⁵⁷

Assim, na esperança de Orlando de Almeida Secco, o “direito há que estar totalmente amparado e tutelado no Ordenamento Jurídico”, sob pena de que existam conflitos que necessitarão ser solucionados com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, por costumes, analogia, equidade e os princípios gerais do direito.³⁵⁸ Além disso, nos moldes do princípio da universalidade da jurisdição, nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, vez que conforme art. 126 Código de Processo Civil, o magistrado não poderá deixar de sentenciar ou despachar em caso de lacuna ou obscuridade na lei.³⁵⁹

Com isto, pode-se afirmar que, aquele que sofre lesão ou ameaça a um direito material seu, poderá fazer valer-se do Judiciário para apreciar a situação, e, retornar, se assim, julgar o magistrado, ao *status quo ante*, valendo-se do direito processual para tanto, que buscará nas normas, regras e princípios positivados, e na falta desses, nos costumes, analogia e princípios gerais do direito, uma solução mais justa para as partes envolvidas nesta relação jurídica.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 71.

³⁵⁷ Tradução Livre: "As palavras acesso à justiça não são facilmente definidas, mas servem para se concentrar em duas finalidades básicas do sistema legal pelo qual as pessoas podem fazer valer os seus direitos e / ou resolver litígios sob os auspícios geral do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos, e em segundo lugar, deve ser dada resultados individuais socialmente justo. In: CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **El acceso a la justicia**. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Fondo de Cultura Económica: México, 1996. p. 9-10.

³⁵⁸ SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 38-41.

³⁵⁹ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

5.1 A AÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Conforme esclarecido, no item anterior, a busca para o resguardo dos direitos, pode ser feita com o impulso ao Poder Judiciário.

Da lição trazida por Humberto Theodoro Júnior abstrai-se que, a ação é uma emanção dos direitos da personalidade, sendo o direito de acionar um direito individual, onde o legitimado tem a prerrogativa de buscar a prestação jurisdicional.³⁶⁰ Sendo assim, a ameaça ou a violação a direito subjetivo é protegida pela ação judicial.³⁶¹

O que não se pode negar é que, por ser uma proteção ao direito material, aquele que se sentir prejudicado, por autonomia de vontade poderá requerer ao Poder Judiciário a tutela de seus direitos.

5.2 A TUTELA JURISDICIONAL E DA TUTELA JURÍDICA

Por mais que as expressões pareçam semelhantes verifica-se que não são, sendo uma a técnica para o retorno a legalidade e a outra, o direito material que assegura o bem da vida que se quer ver protegido, amparado.

Assim, a tutela jurisdicional é “[...] um instrumento de restauração da legalidade e do império da justiça.”³⁶² De acordo, com o conflito a ser apreciado pelo Judiciário esta se divide em três modalidades sendo: “a) tutela jurisdicional de conhecimento; b) tutela jurisdicional de execução; c) tutela jurisdicional de prevenção ou cautelar.”³⁶³ Desse modo o procedimento

³⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso De Direito Processual Civil**. Teoria Geral Do Direito Processual Civil E Processo De Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.I, p. 123-124.

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 523.

³⁶² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 1999. p. 266.

³⁶³ Idem.

cognoscitivo é aquele em que o “[...] sujeito deseja obter uma sentença de declaração do direito que se pensa ter (quanto à sua existência, sua configuração, seu alcance, seu modo de ser).³⁶⁴” Já o processo executório “[...] se traduz em pretensão já definida como indubitosa, mas ainda assim insatisfeita [...]”³⁶⁵, já no processo cautelar, o “[...] ofício judicial é invocado para prover, no sentido de garantir que o bem da vida de um processo (de execução ou conhecimento) seja assegurado contra os riscos decorrentes da demora na sua ultimação [...]”.³⁶⁶

Cabe ao Estado o dever de fornecer a tutela jurídica, pelo ordenamento jurídico que vise a “paz social, com liberdade, segurança, desenvolvimento e justiça, cabe-lhe, também torná-lo eficaz.”³⁶⁷ Assim, a “tutela jurídica é a atividade do Estado de fazer o Direito objetivo, editar o ordenamento jurídico, reconhecê-lo ou torná-lo positivo [...]”.³⁶⁸ Ela é prestada “[...] sem que lha peçam, diretamente, não obstante a sua sujeição às necessidades, reclamos e anseios do povo.”³⁶⁹

Em outras palavras, tutela jurídica é a proteção do Estado à pessoa na consecução de situações consideradas desejáveis, relacionadas aos bens ou a outros membros da sociedade. Assim, esta:

[...] compreende toda atividade jurídica (não só a estatal), por si, ou por intermédio de outrem, dispensa para a proteção às pessoas, nas suas situações de vantagem, seja em relação aos bens (bem é tudo aquilo capaz de satisfazer necessidades), seja em relação ao convívio com outras pessoas.³⁷⁰

E, com relação à tutela jurisdicional tem-se que esta se difere da jurisdição, porque, esta se refere à atividade, função e poder estatal, ao passo que aquela, indica a proteção, a tutela alcançada com o exercício da

³⁶⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon. O paradigma comum da tutela de urgência no direito brasileiro e argentino. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, p. 67, dez. 2005 – ISSN 0100-1981.

³⁶⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon, op. cit., p. 68.

³⁶⁶ Idem.

³⁶⁷ PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 37.

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 39.

³⁷⁰ SOUZA, Paulo Roberto de. [Reflexão sobre a construção das tutelas jurisdicionais à luz da nova dogmática do processo civil brasileiro](#). **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 6, n. 2, p. 259, jul./dez. 2003.

jurisdição.³⁷¹ Em outras palavras, “[...] o mesmo Estado que objetivou o direito vai, à falta de espontâneo cumprimento realizá-lo em concreto, sempre que necessário, independente da existência ou não de conflito, mediante pedido do interessado.”³⁷² E, ainda:

Quando se pensa nos meios processuais, concebidos pela lei, para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional prestada.³⁷³

Desse modo, “[...] o Direito Processual entra a incidir, regulando: a) os pressupostos ou condições necessários àquele exercício; b) as formas ou procedimento de que deve revestir; c) a relação e o processo que naquele exercício se estabelece [...]”³⁷⁴

Assim a tutela jurídica se dá com a positivação do direito que é assegurado no ordenamento jurídico, ao passo que se esse direito for lesado ou ameaçado de ser poderá a parte buscar do Estado a tutela jurisdicional, propondo a ação pertinente ao caso.

5.3 O MONOPÓLIO ESTATAL NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

A primeira vista, seria mais fácil, mais célere e mais econômico resolver os problemas com as próprias mãos, fazendo que o ofensor ou o mal pagador, repare os danos que causou.

Ocorre, porém, a autotutela foi limitada³⁷⁵, e, assim, cabe ao Poder Judiciário a função jurisdicional, cumprindo a lei, como direito objetivo resguardando a ordem jurídica, buscando a composição dos conflitos de interesses. A finalidade desta é promover a paz jurídica, no caso concreto que lhe é apresentado, declarando qual o direito subjetivo que foi ameaçado ou

³⁷¹ YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 127.

³⁷² PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 38.

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 466.

³⁷⁴ PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 40.

³⁷⁵ FUX, Luiz. Tutela jurisdicional: finalidade e espécie. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 14, n.2. p. 153-168, jul./dez. 2002. Disponível em: < bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/766 -> Acesso em: 24 fev. 2010.

violado e que merece tutela³⁷⁶, isto porque, “a sociedade democrática contemporânea não aceita mais qualquer tipo de intervenção estatal que seja cerceadora das aspirações naturais de isonomia e respeito aos princípios da dignidade da pessoa.”³⁷⁷

A função jurisdicional é dada, em uma demanda contenciosa, com a instauração da relação jurídica em um processo, onde autor contende contra o réu, buscando a solução do conflito pelo juiz, dentro de um processo. Assim:

Nem poderia ser diferente, pois, sendo o processo um método heterocompositivo, onde se verifica a presença de um terceiro, do Estado-juiz, a solução do conflito de interesses é imposta por esse. Trata-se de um método adversarial. A solução, neste caso, é dada por esse terceiro e, muitas vezes, não é a melhor solução, apesar de estar assentada no ordenamento jurídico. É que nem sempre a solução proferida será justa e isenta de erro.³⁷⁸

Agora, toda lesão ou ameaça a direito terá obrigatoriamente que ser resolvida por um juiz, dentro de um processo adversarial, com a imposição de uma decisão por um juiz togado? Os meios de solução pacíficos de conflitos fere o art. 5º., inc. XXXV da Constituição Federal de 1988? As respostas seriam não, pois o próprio preâmbulo desta lei prevê que os conflitos deverão ser solucionados pacificamente, assim, os métodos de solução de conflitos alternativos, como conciliação, mediação, arbitragem e transação buscam o diálogo para resolver a celeuma, sem, contudo, deixar de ter juridicidade³⁷⁹ e a necessidade da questão ser decidida pelo juiz.

O povo brasileiro sofre com a lentidão da justiça, ocasionada pelas diversas ações que chegam às barras dos tribunais diariamente. Diversos processos, muitos recursos, acabam postergando soluções que poderiam ser dadas com muito mais agilidade, isto sem contar com o auto custo do processo. Esses dois fatores fazem com que as pessoas busquem os

³⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 2 rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 70.

³⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Cautelar**: op. cit., p. 98.

³⁷⁸ RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 6. p. 75, jul./set. 2005.

³⁷⁹ RUIZ, Ivan Aparecido; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. Revisitando novos caminhos para o acesso à justiça: a mediação. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília –DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. ISBN: 978.85.7840.019.4. Fundação Boiteux: Florianópolis-SC, 2008. p. 134-135.

meios alternativos para solucionar os conflitos porque estão passando, mesmo porque a tutela do direito poderá ser dada tanto judicialmente como extrajudicialmente, e tal interpretação pode ser dada com a análise do art. 5º., inc. LXXVII da Constituição Federal/88: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Mesmo com o monopólio estatal da jurisdição tem-se que os meios alternativos de solução de conflitos como: a mediação, a conciliação, a arbitragem e a transação se prestam à busca da Justiça.

A mediação em conflitos familiares é uma forma tênue de fazer com que as partes dialoguem, eis que às vezes faltam conhecimento dos dilemas do outro, o que ocasiona a incompreensão. Assim, o papel do mediador é justamente, buscar esse diálogo, “para que cada um possa compreender o que o outro diz ou quer.”³⁸⁰ Logo, a autonomia da vontade é essencial para que se chegue a um acordo, assim como a predisposição do casal a negociação.³⁸¹

Com relação à conciliação, Roberto Eurico Schmidt Junior diz que esta só é possível quando se estiver em curso, direito disponível, e segundo ele “de nada adianta tentar conciliar as partes – que, em síntese, significa buscar acordo, tratando-se na lide de direito indisponível, como v.g., o direito a alimentos.³⁸²” Esclarece ainda, como exemplo que, é renunciável a prestação de alimentos, podendo ser acordado o valor da pensão, sendo irrenunciável o direito aos alimentos³⁸³.

Athos Gusmão Carneiro sobre esse aspecto leciona que “a conciliação será possível nos limites da disponibilidade dos direitos (não patrimoniais) vinculados ao “*status familiae*”³⁸⁴”

³⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. p. 343.

³⁸¹ MACAGNAN, Naíma Nami Soresini; RUIZ, Ivan Aparecido. Reconciliação e conciliação no âmbito do direito de família. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 9, n. 1, p. 278, jan./jun. 2009 - ISSN 1677-6402.

³⁸² SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995. p. 37.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 64, v. 481, p. 250, nov. 1975.

Ocorre, porém, que deverá sim, ser marcada, uma audiência. pois embora não possam ser renunciados tais direitos, tampouco transigidos, poderão com a anuência do representante do Ministério Público, ser resolvidos os conflitos, desta natureza, isto com supedâneo na Lei n. 10.444/02, que ampliou o rol dos direitos que admitem conciliação³⁸⁵, estabelecendo que tais audiências, versarão sobre direitos que admitem a transação³⁸⁶, ainda mais, se tais causas girarem “em torno de aspectos puramente quantitativos.”³⁸⁷

Aplicando esse entendimento ao direito de família e ao direito da personalidade, pode-se citar que, a investigação de paternidade, garante o menor o direito de família, do reconhecimento da filiação e o direito da personalidade ao nome, assim, embora sejam irrenunciáveis, podem ser objeto de conciliação. Outro exemplo seria o direito à vida privada, vez que se pode quantificar o dano sofrido e tal acordo, será homologado por sentença.

Tanto que, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Nery estabelecem que “a transação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis (transação *plena*), quer quando a causa verse sobre direitos indisponíveis (transação *parcial*)³⁸⁸”, ainda mais porque, “ninguém mais indicado do que o próprio litigante para definir seu direito, quando está de boa-fé e age com o reto propósito de encontrar uma solução justa para a controvérsia que se estabeleceu entre ele e a outra parte.”³⁸⁹

E, no tocante a arbitragem, se esta ocorrer no âmbito dos direitos indisponíveis, qualquer controvérsia poderá ser resolvida pelo Judiciário.

Esses métodos em nada afastam a pessoa do acesso à justiça, posto que mesmo a via extrajudicial, como no caso das separações e divórcios consensuais, bem como de arrolamento e inventários, capitulados na Lei n.

³⁸⁵ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília. p. 106. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2009.

³⁸⁶ WAMBIER, Luiz Roberto et al. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 480.

³⁸⁷ WAMBIER, Luiz Roberto et al, op. cit., p. 479.

³⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 525.

³⁸⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.I, p. 532.

11.441/2007, garante a proteção de direitos, e tal benesse não é assegurada apenas pelo juiz.

5.4 TUTELA JURISDICIONAL: OBJETO E FINALIDADE

O provimento esperado na decisão judicial nem sempre é favorável à parte que buscou a tutela jurídica, tanto que não se exige desta que ela seja titular de um direito subjetivo. Poderá assim, não existir uma tutela jurisdicional com a decisão, vez que esta só será prestada a quem detiver o direito subjetivo, porém, sempre existirá uma prestação jurisdicional, por que o juiz não poderá deixar de apreciar o caso que lhe foi trazido na lide.³⁹⁰

Assim, o que se busca com a ação é a tutela jurisdicional, pela pessoa que detiver o direito subjetivo. E, nesse íterim, pode-se seguir a linha traçada por Leonardo Greco que esclarece alcançar a tutela jurisdicional, significa conquistar um direito fundamental, e esta é assim tratada, nas jurisprudências dos tribunais constitucionais e das instâncias internacionais dos Direitos Humanos.³⁹¹

O réu, que contesta, postula também a tutela jurisdicional, vez que o litígio não se dá exclusivamente a favor do autor, porque “[...], ela é sempre conferida a pessoas e não a direitos, podendo ser dada a um dos litigantes precisamente para negar que existam direitos e obrigações entre ele e o adversário.”³⁹² E, com tal soluciona-se o conflito existente entre as partes.

Assim, aquele que detiver direito, seja, autor ou réu, receberá sua prestação jurisdicional e seu direito subjetivo será amparado, por meio da ação, representando esses o objeto e a finalidade da tutela jurisdicional.

³⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso De Direito Processual Civil**. Teoria Geral Do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I. p. 61.

³⁹¹ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, 2003 ano 51, n. 305, p.62, mar.2003.

³⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. Malheiros, São Paulo: 2005. v. 1. p. 126.

5.5 A TUTELA JURISDICIONAL NA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E NA EXTRAJUDICIAL

É sabido que, no primeiro artigo do Código de Processo Civil, está estabelecido que a jurisdição civil é regida tanto de maneira contenciosa como voluntária.

Com esta disposição Leonardo Greco estabelece que o juiz poderá tanto apreciar matérias de uma como de outra jurisdição.³⁹³ Desta maneira, a jurisdição contenciosa seria: “[...] a tutela dos direitos subjetivos, públicos ou privados, bem como a tutela de interesses públicos mediante ação.”³⁹⁴ Ao passo que a jurisdição voluntária é:

[...] uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica.³⁹⁵

Na opinião de Frederico Marques não existe qualquer forma de tutela jurisdicional, na jurisdição voluntária vez que aqui apenas existe atividade material de carácter administrativo judiciária.³⁹⁶

Por seu turno, Cândido Rangel Dinamarco ao tratar sobre a jurisdição voluntária, esclarece que esta difere da contenciosa, que é aquela onde se coloca o litígio para apreciação do magistrado, esclarecendo que:

Existem situações conflituosas em que o juiz não é chamado a dirimir diretamente o conflito mas a criar situações novas capazes de dar a desejada proteção a um dos sujeitos ou a ambos, como que administrando os interesses de um ou de todos. [...] ³⁹⁷

³⁹³ GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 37.

³⁹⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 43.

³⁹⁵ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 11.

³⁹⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 1999. p. 266.

³⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. Malheiros, São Paulo: 2005. v. I. p. p. 339.

Diante disto, existe tutela jurisdicional na jurisdição voluntária, que importa em interesses privados, exclui-se do âmbito da Administração Pública.³⁹⁸

Em todos os casos nos quais o juiz é chamado a exercer a jurisdição voluntária existe sempre alguma situação conflituosa e um estado de insatisfação que afligem pessoas e necessitam solução, como por exemplo, nos processos de separação judicial consensual (arts. 1.120-1.124), vez que não se permitia que os cônjuges dissolvessem o vínculo ou sociedade conjugal, sem a chancela do juiz.³⁹⁹ Assim, segundo Leonardo Greco, casos que envolvem a jurisdição voluntária não exclui qualquer modo de conhecimento ou de produção probatória⁴⁰⁰, mesmo que o juiz não seja obrigado a observar o critério de legalidade, podendo dar ao caso a solução que reputar mais benéfica ou oportuna.⁴⁰¹

Dentre as ações de jurisdição voluntária que poderá o par da união estável, intentar, cita-se o caso daquele que estiver na administração dos bens deixados pelo *de cujus*, e poderá intentar ação de alienação judicial, de bem que esteja depositado judicialmente, e que seja de fácil deteriorização, podendo inclusive, depositar o numerário auferido com a venda em conta judicial, para posteriormente, partilhar com os demais herdeiros.

Tem-se que, a lei n. 11.441/2007 é aquela que contempla a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, ou extrajudicial, sendo que a vigência desta não implica em extinção no procedimento voluntário vez que:

1º) apenas parcela das matérias a ele destacadas foram transferidas a órgãos administrativos e 2º) mesmo nas hipóteses das matérias delegadas aos cartórios – inventário, partilha, separações e divórcios – remanesce a tutela jurisdicional sempre que envolvido, nessas matérias, o interesse de qualquer incapaz como filho ou herdeiro, sendo que a reserva calcada nessa circunstância peculiar, tem, sem dúvida, sua justificativa.⁴⁰²

³⁹⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. Op. cit., p. 41.

³⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 340.

⁴⁰⁰ GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 31.

⁴⁰¹ TESHEINER, José Maria Rosa. Op. cit., p. 44.

⁴⁰² MUNIZ, Dione Martins. **A promulgação da lei 11.441/07 - será o fim da jurisdição voluntária?** Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/515/513>> Acesso: 28 fev. 2010.

Com isso, como a chancela judicial é necessária na jurisdição voluntária e o meio administrativo não afasta, a apreciação de um julgador, caso as partes se sintam prejudicadas, tem-se que existe sim, tutela jurisdicional, nesse casos, vez que o direito material, está sendo apreciado e sendo buscadas soluções para os conflitos.

5.6 DA TIPOLOGIA DA TUTELA JURISDICIONAL

Existem diversas formas de prestação da tutela jurisdicional, como por exemplo, a tutela preventiva, a tutela repressiva, a reparatória, a tutela diferenciada, a tutela de urgência e a tutela antecipada.

Vale lembrar que “a tutela é o conceito que somente se completa à luz do direito material [...]”⁴⁰³ e assim, “[...] quando se falar em “tutela jurisdicional”, estar-se-á pensando nesse *resultado*, isto é, no *provimento* jurisdicional e em seus respectivos *efeitos* – processuais e substanciais.”⁴⁰⁴

Assim, em rápida menção sobre os conceitos destas, tem-se que a tutela reparatória restabelece situações, ao passo que a tutela preventiva, previne transgressões, ou seja, a tutela preventiva ou inibitória permitirá a prevenção do ilícito, impedindo que ele se consume, se repita, propiciando esta medida, a atuação do direito material⁴⁰⁵, de maneira efetiva.⁴⁰⁶

Apenas para esclarecer, “[...] a tutela satisfativa é indispensável a comprovação em juízo da existência do direito subjetivo do autor, na tutela preventiva nem sempre haverá necessidade de um completo acerto acerca deste elemento”.⁴⁰⁷

Esclarece Humberto Theodoro Júnior que é uma tendência no direito processual moderno a criação de procedimentos diferenciados e assim

⁴⁰³ YARSHELL, Flavio Luiz, op. cit., p. 140.

⁴⁰⁴ YARSHELL, Flavio Luiz, op. cit., p. 137.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 476.

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Curitiba, Juruá, 1999, p. 178.

⁴⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Cautelar**: op. cit., p. 17.

frustrar os transtornos que pudessem ser causados com a protelação de decisão, o que poderia tornar impossível a concretização do direito material⁴⁰⁸.

Seguindo-se esta linha, ao tratar das tutelas de urgência Luiz Fux estabelece que existe relação entre estas e a tutela dos direitos de família, vez que esta última contempla os direitos fundamentais e indisponíveis. Ele garante que esta modalidade de tutela, é uma singularidade em nosso ordenamento jurídico, posto que se baseia no pilar de que, nenhum magistrado assegurará a tutela jurisdicional, sem que seja impulsionado para tal, e esta proteção poderá ser dada *ex officio*, ainda mais em situações que existam perigos e que não se possa esperar por aquelas solenidades do processo ordinário. A tutela de urgência, desde que exista o *periculum in mora* e o direito líquido e certo, é garantida constitucionalmente, vez que tal faz parte do acesso à justiça, obedecendo-se ao princípio do devido processo legal, mesmo porque nenhuma lesão ou ameaça deve escapar à apreciação judicial. Cumpre esclarecer ainda que a tutela de urgência é gênero tendo como espécie: a tutela cautelar urgente e a tutela satisfativa urgente, merecendo ser acolhida no direito de família que é um campo tão sensível da atividade humana⁴⁰⁹.

A tutela cautelar em direito de família ganha albergue, por exemplo, em casos em que o juiz determina o arrolamento de bens, até que se declare o reconhecimento da união estável, isto porque, se tal não acontecesse poderia comprometer a viabilidade do processo principal de inventário.⁴¹⁰ Desta feita, percebe-se que a tutela cautelar é um mecanismo de assegurar a permanência ou a conservação do estado das pessoas, coisas e provas, “enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional [...]”⁴¹¹, evitando-se assim, que a medida seja em vão.

Em outras palavras, esclarece-se que, a jurisprudência, manifestou-se havia necessidade de salvaguardar os direitos das partes por uma ação mais célebre, uma antecipação de tutela, que não poderia ser obtida

⁴⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso De Direito Processual Civil**. Teoria Geral Do Direito Processual Civil E Processo De Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.I, p. 54.

⁴⁰⁹ FUX, Luiz. A tutela de urgência na jurisdição de família: cautelares, tutela antecipada. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14. p. 51-61, 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/768/Tutela_de_urg%c3%aancia_na_jurisprud%c3%aancia.pdf?sequence=1> Acesso em: 24 fev. 2010.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Cautelar**: op. cit., p. 16.

com a ação cautelar, vez que esta não poderia satisfazer o direito, foi assim, que foi criada a tutela antecipatória, viabilizando a tutela efetiva para casos onde haviam fundado receio de dano e abuso no direito de defesa⁴¹², prevista do art. 273 do Código de Processo Civil.⁴¹³

De acordo com Luiz Fux, na tutela satisfativa opera-se no campo do direito material, buscando-se uma solução prática para reverter o bem da vida:

Assim, v.g., ela quer alimentos, ou ela quer o adiantamento dos efeitos da separação que é a separação de corpos, ou ela quer tirar o filho do poder de um dos pais por castigo imoderado, tudo isso são satisfações antecipadas.⁴¹⁴

Quando a companheira, por exemplo, pleiteia alimentos provisionais, pleiteia-se a antecipação dos alimentos definitivos. Quando se requer a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge ou companheiro, o que se quer antecipar é uma satisfação do direito substancial à entrega.⁴¹⁵

A tutela antecipada é vista como sendo uma medida para proteger o bem tutelado, sendo um direito subjetivo da parte que busca proteção e não um poder discricionário do juiz em concedê-la ou não, antes da

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 230.

⁴¹³ Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Alterado pela L-008.952-1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Acrescentado pela L-008.952-1994)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Alterado pela L-010.444-2002)

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Acrescentado pela L-010.444-2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

⁴¹⁴ FUX, Luiz. A tutela de urgência na jurisdição de família: cautelares, tutela antecipada.

Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 51-61, 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/768/Tutela_de_urg%c3%aancia_na_jurisprud%c3%aancia.pdf?sequence=1> Acesso em: 24 fev. 2010.

⁴¹⁵ Idem.

solução final do litígio. Ocorre, porém, que para antecipar a tutela deverão estar presentes “[...] a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa [...]”⁴¹⁶Também autorizam a antecipação de tutela a “[...] ausência de contestação, a contestação parcial e a contestação despida de seriedade; também o reconhecimento jurídico da procedência do pedido.”⁴¹⁷ Isto porque, antecipar-se-á a sentença e não seus efeitos.⁴¹⁸

Com as considerações acima, a respeito da tutela jurisdicional e tutela jurídica, onde foram abordadas as considerações e conceituações a respeito das tipologias de tutela, passa-se à tutela jurídica da companheira.

⁴¹⁶ CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 513.

⁴¹⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela antecipada fundada na técnica da ausência de controvérsia sobre o pedido (§ 6º. Do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 144, p. 130, jan. 2006 – ISSN 0100-1981.

⁴¹⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum, op. cit., p. 130.

6 A TUTELA JURÍDICA DA COMPANHEIRA

6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Código Civil de 2002, Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002, trouxe direitos e deveres entre esses pares, porém, ao legislar cometeu algumas escorregadelas ao prever, por exemplo, que a companheira apenas, participaria da sucessão dos bens conquistados onerosamente durante a união estável, ou não prever o direito real de habitação à esta. Desta maneira, tais despautérios, foram resolvidos ao longo das demandas judiciais que surgiram após a publicação desta lei, isto porque, no ordenamento jurídico brasileiro, existem procedimentos vistos no capítulo 5, que garantem resposta ao impulso judicial de maneira célere com a devida segurança jurídica, para o direito material pleiteado.⁴¹⁹ Assim, “[...] a garantia constitucional da ação constitui uma cobertura geral dos direitos, independentemente do fundamento jurídico substancial das pretensões [...]”⁴²⁰

As garantias constitucionais referentes à tutela jurisdicional são: a) Princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); b) Princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX); c) Princípio da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX); d) Princípio da proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); e) Princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII). Tanto que José Joaquim Canotilho defende o direito constitucional processual, estabelecendo que, “[...] o conjunto de regras constitutivas de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional de actos normativos”⁴²¹ Servindo-se esse para garantir a realização do direito constituição.⁴²² Assim:

[...] o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado

⁴¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 20.

⁴²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 179.

⁴²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 939.

⁴²² Idem. p. 1043.

asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.⁴²³

Destarte, passadas estas considerações, verte-se ao tema em comento, qual seja, a tutela jurídica da companheira, que buscará o Judiciário, quando tiver o interesse em agir que implica na necessidade e ou na utilidade da tutela jurisdicional para que esta obtenha a satisfação do direito alegado.⁴²⁴

O art. 1º, incs. II e III, da Constituição Federal de 1988, enuncia que o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, como objetivos fundamentais, esse mesmo texto legal, prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A tutela legal é a chancela dada pelo legislador à determinada matéria.

Para tanto, busca-se a igualdade das pessoas respeitando-se suas desigualdades para proporcionar a todos a dignidade de sua vida, respeitando-se pelo princípio isonômico serem respeitados “os meios processuais para sua proteção”.⁴²⁵ Quando a pessoa sente-se lesada em algum de seus direitos poderá buscar do Estado a prestação da tutela de seus direitos para que tais sejam garantidos. A tutela do direito poderá ser dada tanto judicialmente como extrajudicialmente, tanto que os direitos da personalidade, por exemplo, dispensam a lei, vez que existem mesmo antes do ordenamento jurídico, podendo em casos de omissão de lei, serem tutelados pelo costume.⁴²⁶

Assim, quem se sentir prejudicado em seus direitos poderá intentar uma ação judicial para que com a chancela judicial solucione esse prejuízo e mesmo que o direito objetivo não contemple dita situação, o juiz não poderá furtar-se a apreciação do caso.

⁴²³ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 56.

⁴²⁴ GOMES, Fábio. **Carência de Ação**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999. p. 41.

⁴²⁵ RIOS, Roger Raupp. Discriminação por orientação sexual e igualdade processual: A homossexualidade e a concretização dos princípios processuais. In: Oliveira, C. A. Álvaro et. al.. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 184.

⁴²⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 195-196.

6.2 DA LEGITIMIDADE DA COMPANHEIRA NA BUSCA DA TUTELA

No direito de família, mesmo tratando-se de direitos indisponíveis, ou no tocante, aos direitos da personalidade, que são intransmissíveis, irrenunciáveis e inalienáveis, pode-se dizer que, a satisfação poderá ser declarada pelo Estado, ainda que uma das partes se sinta prejudicada ao final do litígio, vez que a tutela jurídica foi perquirida.

Tomando emprestado o conceito de Rudolf von Jhering, se tem que a companheira deve fazer valer seu direito, mesmo que não exista lei para salvaguardar os seus interesses:

[...] e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência'. - Assim é porque, sobretudo o direito como entidade prática, a determinação da "essência" não comprova a 'existência': o direito não é o direito sem se manifestar na prática e como prática."⁴²⁷

A tutela jurídica do companheiro se faz necessária, vez que protegerá o direito liberdade, sendo esse um direito da personalidade, onde a pessoa poderá associar-se afetivamente a outrem, sendo que: "consiste esse direito em poder a pessoa direcionar suas energias, no mundo fático, em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual."⁴²⁸

Reforçando esta idéia, verifica-se que a tutela jurídica é a oportunidade que é dada a uma pessoa para que garanta seu direito, por meio de uma solução dada após um impulso contra o Estado, que deverá em sentença declaratória ou condenatória assegurar os interesses das partes envolvidas em uma relação processual. Havendo a controvérsia poderá aquele se sentir lesado impulsionar a máquina judiciária a fim de que, garanta seus direitos, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior:

Sendo abstrato o direito de ação, não é pela existência ou inexistência do direito material que se reconhece à parte o direito à tutela jurídica processual, mas pela necessidade de dirimir-se uma controvérsia jurídica instalada entre os litigantes e deduzida em juízo

⁴²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 24, n. 96, out./dez. 1999, p. 59.

⁴²⁸ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 97.

com o atendimento dos pressupostos processuais e condições da ação.⁴²⁹

Existem casos que a lei não regulamenta, cabendo ao juiz a apreciação do feito. Tanto que:

Em alguns casos, infelizmente, nem sempre os dispositivos legais, que pretendem reger a proteção das relações familiares, em especial os direitos sucessórios dos membros de uma família, caracterizada pela diversidade em sua composição, são suficientes para a prestação da devida tutela jurisdicional, em virtude da técnica legislativa falha, criando aparentes conflitos interpretativos.⁴³⁰

Mesmo assim, no dizer de Tepedino: "merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes"⁴³¹, isto porque, a Constituição Federal de 1988 reconhece a tutela jurídica dos direitos da personalidade⁴³² e, todos as pessoas a recebem, vez que a constitucionalização da família, assegura tal proteção⁴³³, mesmo em seu âmbito civil e penal. Esse norte inclusive foi consagrado no art. 5º. da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, que estabelece: "Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e a à sua vida provada e familiar."⁴³⁴

Em outras palavras, voltando-se a pesquisa em tela, que retrata cônjuges e companheiros, e o seu principal envolvimento que é o afeto, tem-se que: "[...] a realização da personalidade humana segundo os padrões de dignidade já alcançados na atualidade histórica da civilização é o princípio e

⁴²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso De Direito Processual Civil**. Teoria Geral e Processo De Conhecimento. Forense: Rio de Janeiro, 2003. v.I, p. 488.

⁴³⁰ PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. **O Valor da Afetividade na Tutela da Diversidade Familiar: A Hipótese de Concorrência Sucessória entre o Cônjuge Supérstite e os Descendentes Híbridos na Partilha de Bens**. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1148&Itemid=83> Acesso em: 15 dez. 2008.

⁴³¹ TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 373.

⁴³² RUIZ Ivan Aparecido, *et al.* A tutela jurídica do ambiente e o dano moral ambiental como pressupostos de garantia da proteção da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 1. p. 342, dez. 2006.

⁴³³ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 184.

⁴³⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, op. cit., p. 211.

o fim da tutela constitucional do afeto.”⁴³⁵ Em sendo o afeto, tratado como um direito humano fundamental “qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia.”⁴³⁶

Apenas, para esclarecer, o afeto é:

A atração natural de um para com o outro era chamada pelas tribos latinas de *affectio* ou *affectus*, palavras compostas da preposição *ad*, que significa para, e de uma forma nominal do verbo *facere*, que significa fazer. O significado literal – feito para – traduz o fato de ser ou estar um feito para o outro, mutuamente. Eis a origem dos termos afeição e afeto.⁴³⁷

Assim, nada mais justo do que afirmar que esse “decorre da valorização constante da dignidade humana”⁴³⁸, ainda que esse último ainda não esteja consagrado na lei maior, pode ser encarado como um direito fundamental⁴³⁹, razão esta que é digno de tutela jurídica.⁴⁴⁰ Assim:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.⁴⁴¹

Em assim, sendo afirma-se que a companheira é legítima para propor quaisquer tipos de ações, seja, uma tutela cautelar, na incidência de um inventário ajuizado por filhos do *de cuius*, arrolando-se bens cuja titularidade está sendo discutida, seja uma antecipação de tutela, para pleitear que dos frutos desses mesmos bens, seja fixado em sede de tutela antecipada alimentos provisionais, para que possa manter-se, isto porque, além de garantir

⁴³⁵ BARROS, Sergio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 889.

⁴³⁶ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 167.

⁴³⁷ BARROS, Sérgio Resende. **Trajetória da família**. Loc. cit.

⁴³⁸ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Loc. cit.

⁴³⁹ Idem.

⁴⁴⁰ KEMMERICH, Denise. **Concorrência sucessória entre cônjuge e companheira na união estável quando esta se dá concomitantemente com o casamento**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12491>> Acesso em: 15 abr. 2009.

⁴⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.372-373.

a proteção a patrimônio que está lutando para dividir, está também garantindo sua própria existência, seu direito de personalidade à vida.

6.3 DA TUTELA JURÍDICA DA COMPANHEIRA

Ao longo dos anos, a companheira passou a ganhar força no ordenamento, seja com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, seja nos tribunais onde esta foi ganhando força e recebendo tutela em seus direitos.

Como relatado por Edgard de Moura Bittencourt, a concubina era “abandonada na penúria, em condições de saúde ou de idade que a impossibilitam de refazer sua vida; e algumas vezes, quando o homem, impiedosamente, a troca por outra, deixando-a só ou com os filhos menores”, e assim, diante desta situação buscaram soluções dos magistrados⁴⁴² e estas possuem amparos, vez que, “no Brasil, o legislador protege a companheira (haja vista o direito social e os projetos de Código Civil) e uma jurisprudência altamente compreensiva o acompanha e o antecede.”⁴⁴³

A companheira poderia então, intentar ações das mais diferentes, como relativas a atos ilícitos, imobiliárias, acidentes de trabalho, previdenciárias ou mesmo, poderia ajuizar processos representando os filhos em ações de investigação de paternidade, guarda, tutela, entre outras.⁴⁴⁴

Alguns direitos não foram consagrados expressamente à companheira, porém, dada a sua equiparação a cônjuge esta poderá buscar a tutela jurídica dos seus direitos, daquela como, por exemplo, pleiteando alimentos, requerendo a agregação ao seu nome o patronímico do seu par, fazendo valer seu direito real de habitação, ou requerendo a conversão da união estável em casamento. Brevemente se falará sobre esses direitos, para posteriormente, abordar a tutela jurídica no direito sucessório.

Na questão dos alimentos em direito de família, em decorrência da separação dos cônjuges, Orlando Gomes defendeu em certa ocasião, que

⁴⁴² BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 12.

⁴⁴³ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. 66.

⁴⁴⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit., p. XII a XVII.

seria dever do marido sustentar a mulher, bem como as despesas do casal, e assim, deveria ampará-la, quando da dissolução da união.⁴⁴⁵

Tanto o homem como a mulher, sejam casados ou companheiros poderão pleitear do outro uma pensão de alimentos, eis que tanto a mulher como homem podem trabalhar e podem concorrer com o sustento da família, pois esses estão ligados ao “direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos.”⁴⁴⁶

Reafirmando o entendimento acima, Flávio Tartuce ainda conclui que, diante do reconhecimento da igualdade entre os gêneros, como exemplo prático, o marido/companheiro pode pleitear alimentos da mulher/companheira ou vice-versa.⁴⁴⁷

E com relação ao direito ao nome, o mesmo estudioso revela que “[...] um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1º, do CC). Vale lembrar que o nome é reconhecido, pelo atual Código Civil, como um direito da personalidade (arts. 16 a 19)”.⁴⁴⁸ Podendo inclusive a companheira requerer ao Registro Civil, a adoção do sobrenome de seu companheiro, se assim desejar, devendo o juiz homologar tal pedido.

O direito real de habitação é o direito que tem o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens de seu casamento, de permanecer residindo na morada do casal após o falecimento de seu consorte, desde que aquele imóvel, que era usado para moradia, seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado, não havendo limitações temporais ao exercício do direito aqui assegurado, de tal forma que o cônjuge sobrevivente o detém de maneira vitalícia.⁴⁴⁹

O Código Civil de 2002 silenciou a esse respeito, nas questões que envolvem tal direito. Assim, ao ver dos operadores do direito, as leis que tratavam sobre a união estável e que datam da década de 1990, ou seja, Lei

⁴⁴⁵ HASHIMOTO, Gláucio. Renúncia ao Direito de Alimentos entre Cônjuges na Separação Judicial Consensual – Do CC/1916 Ao Novo Código Civil. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v.3, n. 1, p. 363, ago. 2003.

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Loc. cit.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ CRUZ, Maria Luiza Pova. **Separação, Divórcio e Inventário por via Administrativa**. Implicações das alterações do CPC promovidas pela Lei 11.441/2007. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 82.

8971 de 29 de dezembro de 1994 e a Lei 9278 de 10 de maio de 1996, não foram totalmente revogadas, sendo que, o direito acima está relacionado ao direito assistencial de alimentos.

Tanto que, para sanar esse embate e não prejudicar a companheira, o Conselho da Justiça Federal, tutelando juridicamente a companheira, apregooou no seu enunciado 117 que: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº. 9278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput d CF/88.”⁴⁵⁰

Podendo desse modo, o par supérstite do companheirismo habitar a residência do casal, como se sua fosse, vez que o direito à moradia, preserva a dignidade do companheiro sobrevivente, que embora não seja titular ou proprietário do bem patrimonial onde reside, tem assegurado a proteção ao seu direito da personalidade.⁴⁵¹

Embora, seja uma forma de desigualdade entre cônjuge e companheira, o direito da companheira à conversão da união estável, prevista no art. 1726 Código Civil, é necessário que seja feito, um pedido ao juiz e ao oficial do registro civil, para tal conversão.

E, por fim, Alexandre de Moraes esclarece que dentre outras formas de equiparação da cônjuge à companheira, existe “equiparação de direitos para fins de proteção estatal [...] diversas situações, tais como: expulsão, deportação, inelegibilidade reflexa [...]”.⁴⁵²

Assim, demonstrados alguns direitos que foram equiparados cônjuges e companheiros, mesmo sem menção legal, mas, diante de uma tutela jurídica, parte-se ao estudo da tutela jurídica no campo sucessório.

6.4 DAS DIVERGÊNCIAS A RESPEITO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NO ÂMBITO SUCESSÓRIO

⁴⁵⁰ BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. **Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002**. 2006. (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho. Rio Janeiro. p. 114. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp000573.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2009.

⁴⁵¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, op. cit. p. 222.

⁴⁵² MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 2023.

Há como já relatado, anteriormente, algumas diferenças de tratamento entre companheira e cônjuge no direito sucessório. Porém, em alguns casos é mais prejudicial à cônjuge outras à companheira.

6.4.1 No tocante ao prejuízo da cônjuge

Embora, excluir a companheira da sucessão dos bens deixados a título gratuito, seja de certa forma desampará-la, posto que, se não tiver outros meios de sustento e não recebendo quaisquer bens deixados pelo seu par, poderá comprometer sua vida, também, em certos casos, é mais benéfico viver em união estável do que ser casado.

Esta afirmação se dá em decorrência de que, a companheira vai receber a meação dos bens conquistados em parceria com seu par, durante a relação, ou seja, metade dos bens já é seu, e como concorrerá com os demais herdeiros no tocante aos bens sucessórios, irá ser beneficiada, ficando com isso, com mais uma parcela do montante, e a cônjuge não tem esse benefício.

E, assim, não existiria inconstitucionalidade, no art. 1790 do Código Civil de 2002, vez que, mesmo não recebendo os bens angariados pelo de cujus a título gratuito, receberia os bens a títulos onerosos, isto porque, casamento e união estável não foram equiparados, por isso, em matéria sucessória receberão tratamentos distintos, vez que a escolha de casar-se ou unir-se estavelmente, causa às partes suas próprias seqüelas, por que mesmo os regimes de bens no matrimônio são diferentes, porque não dizer que no companheirismo também poderia ser.⁴⁵³

Antes da publicação da Lei do Divórcio, vigia no Brasil, como regime legal de bens, o da comunhão universal, porém, a partir desta, o regime da comunhão parcial de bens, foi fixado como o oficial, na falta de outra convenção, conforme se percebe da leitura do art. 1640 do Código Civil de

⁴⁵³ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento. Nº 70024063547. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 27 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 16 out. 2008.

2002⁴⁵⁴. Com isso, se na vida fixaram esse regime para guiar sua relação e implicitamente seu patrimônio, essa vontade deverá prevalecer também na morte, não se pode mudar na hora da sucessão para o regime da comunhão universal, nos moldes do Direito Patrimonial de Família. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. Pretender que a cônjuge tenha o mesmo tratamento da companheira, ou seja, concorrendo com os demais herdeiros, violará a essência do próprio regime estipulado. E, no caso do casamento regido pela separação de bens, a não ser que estipulado em pacto antenupcial, não pode o sobrevivente ter direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, nem ser herdeiro, sob pena de ferir o regime patrimonial pactuado. Assim, deve-se preservar a vontade das partes, e não equiparar a cônjuge e a companheira.⁴⁵⁵

Diante disso, mesmo que a cônjuge se sinta lesada, e queira uma possível equiparação aos direitos da companheira, ficará obstada tal pretensão vez que não se pode por ocasião da morte alterar o regime de bens, que regeu a união em vida, salvo estipulação em contrário, contida em pacto antenupcial.

6.4.2 No tocante aos eventuais prejuízos da companheira

A união estável é uma forma de entidade familiar e como, já foi visto a companheira é legítima para mear, direito conferido em razão do Direito de Família, e para receber a herança, com base nos preceitos garantidos pelo Direito de Sucessões.

⁴⁵⁴ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

⁴⁵⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 1.117.563 - SP . (2009/0009726-0). Recorrente: Sandra Aparecida Penariol Duarte. Recorrido: Rosemari Aparecida Affonso. Advogado: Luiz Joaquim Bueno Trindade e Outro(S). Data do Julgamento: Brasília, Decisão: 17 dez. 2009 Data da Publicação/Fonte: DJe 06 abr. 2010 . Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 18 abr. 2010.

No campo sucessório, sabe-se que, o Anteprojeto de Orlando Gomes do Código Civil, outorgou à concubina “um título hereditário na sucessão do companheiro não casado com outra mulher”⁴⁵⁶, garantindo-se à companheira, dois terços ou metade da herança, respectivamente, se não houvesse parentes sucessíveis, ou em concurso com os filhos comuns ou exclusivos do *de cuius*.⁴⁵⁷ Esta relevância vinha para assegurar o benefício que já era dado pelos pretórios.

O Código Civil de 2002 trouxe diferenciações de tratamento no direito sucessório da cônjuge e da companheira, vez que assegurou a esta apenas oportunidade de participar da sucessão dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união. Isto implica dizer que, aos olhos frios da Lei, a (o) companheira (o) que vivesse anos e anos com seu par, ao final d relação pela morte, se os bens que fizessem parte do acervo patrimonial do casal fossem, aqueles que um deles havia herdado de sua família, não tendo o outro participado com nada, em caso de falecimento do que tinha bens, o acervo voltaria para a família do extinto deixando o sobrevivente ao “deus dará”, sem bens e sem residência, vez que o Código Civil, também não garantiu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

A vigência do art. 1790 do Código Civil de 2002 que trata do direito sucessório do companheiro, no tocante à possibilidade de herdar apenas bens constados a título oneroso, é algo que afronta a tudo e a todos. “A discriminação operada com a novel norma chega a, inclusive, ferir preceito constitucional da igualdade e deflagrar a discriminação operada contra a constituição de família, que não a partir da celebração de casamento.”⁴⁵⁸

Apenas, para salientar, os frutos de bens comuns e particulares de cada companheiro, percebidos na constância do relacionamento, deve-se entender serem eles comunicáveis como, por exemplo, as bonificações ou ações de uma sociedade, o rendimento de um imóvel, a aplicação financeira e os dividendos de ações empresariais, também sem a onerosidade prevista no Código Civil.

⁴⁵⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. cit. p. 7.

⁴⁵⁷ BITTENCOURT, Edgard de Moura, op. p. 7.

⁴⁵⁸ COSTALUNGA, Karime. Loc. cit.

A manutenção do artigo acima citado, lesaria a dignidade do par sobrevivente que vivia em união estável, maculando a igualdade entre cônjuge e companheiro, mesmo porque, a dignidade, é “o valor de tal disposição de espírito e põe-se infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.”⁴⁵⁹ Ademais, “[...] o direito de personalidade, deve preponderar sobre os direitos de caráter patrimonial[...].”⁴⁶⁰ vez que tais direitos são ligados a bens extrapatrimoniais.⁴⁶¹

Eduardo Silva da Silva reza que a “dignidade da pessoa humana é tutelada por uma família comprometida juridicamente a ser espaço de preservação, tutela e estímulo da dignidade da pessoa humana, centro de toda a preocupação jurídica e contemporânea.”⁴⁶²

Como se verificou, a união do casal seja pelo matrimônio seja pelo companheirismo se dá por ato volitivo da parte, e atualmente, está cada vez mais acentuado, que o que se busca é a afetividade, que são laços sagrados para a duração da relação das pessoas, até mesmo, mais marcante do que o patrimônio formado em decorrência dos tempos de convívio.

Ocorre que, as questões que se trata nesse momento, refletem às angústias sofridas pelo companheiro sobrevivente, no caso de sucessão do seu consorte, visto que o Código Civil, não contempla o companheiro, como herdeiro, sendo inconcebível esse retrocesso, porque a Constituição Federal preceitua a igualdade nas entidades familiares, no seu art. 226.

Em certa ocasião, Zeno Veloso pronunciou-se que seria interessante que fosse feita uma reforma legislativa, no tocante ao art. 1790 do Código Civil de 2002, para que assim a sucessão entre cônjuge e companheira fosse idêntica, pois existe paridade das situações, porém o próprio Zeno Veloso esclarece que “[...] essa paridade tem sido questionada, alegando

⁴⁵⁹ DELBEN, Ana Cleusa; FREIRE, Danilo Lemos. O conceito de vida. In **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP, nos dias 04 a 06 de novembro de 2009. ISBN: 978-85-7840-029-3. Fundação Boiteux: Florianópolis-SC, 2009.

⁴⁶⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, op. cit., p. 226.

⁴⁶¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de, op. cit., p. 230.

⁴⁶² SILVA, Eduardo Silva da. A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 482 *apud* COSTALUNGA, Karime. Loc. cit.

alguns autores que não é de boa política legislativa igualar a situação dos cônjuges com a dos companheiros.”⁴⁶³

Desta maneira, é uma diferença que ainda resta na legislação, no tocante à comunhão parcial é que seriam partilhados todos os bens conseguidos na constância do casamento, ao passo que na união estável seriam apenas os bens conquistados a títulos onerosos, sendo previstos no art. 1.725⁴⁶⁴ combinado com o inc. I do art. 1.660 do atual Código Civil.⁴⁶⁵

Não declarar esse dispositivo, inconstitucional, fere a dignidade do companheiro que não teve possibilidade, diga-se material, para acrescer o patrimônio do casal, durante a união, sendo flagrante caso de prejuízo para aqueles que ingressam na união estável e não possuem meios de agregar onerosamente bens ao patrimônio conquistado pela entidade familiar.

⁴⁶³ VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 3. tir. 2002. p. 1603-1604.

⁴⁶⁴ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁴⁶⁵ Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por Título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

CONCLUSÃO

Querendo relacionar o princípio da paridade entre os cônjuges e conviventes fez-se necessário trazer menção de que os gêneros foram diferenciados ao longo dos tempos. A mulher era vista como o sexo frágil, aquela que precisava ser defendida e não tinha capacidade inclusive intelectual, para se defender sem que tivesse a ajuda de um homem. Diversas foram as lutas, para que aquela fosse respeitada como realmente é, ou seja, capaz, dotada de inteligência, e como parceira de seu companheiro em todas as atividades da família constituída. E, se ainda persistem desigualdades de gênero, no caso a favor da mulher, estas se dão pela dor que sofreram por anos e anos, combatendo-se as muitas injustiças cometidas pela sociedade machista. Se gêneros eram discriminados, tanto mais, eram vistas com maus olhos, aquelas uniões que não eram celebradas civilmente.

Ocorre que, com o passar do tempo, as uniões estáveis foram consagradas, como entidades familiares, merecendo respaldo estatal, podendo ser composta com total liberdade, sem que possa sofrer interferência do Estado de qualquer natureza, tendo os casados e os conviventes os mesmos direitos e obrigações, sendo claríssima a idéia de que importante é o afeto existente entre os pares e não mais o patrimônio que constituíram ao longo da vida em comum.

Há casos onde as legislações ainda que de maneira arcaica não beneficiam o companheiro, como por exemplo, de direitos como o real de habitação, após a morte de um dos companheiros, a partilha dos bens na separação ou no campo sucessório. Assim, devem os operadores do direito, quando se deparar com esse tratamento obsoleto do Código Civil, buscar guarida na Constituição Federal, onde prevê que todos são iguais perante a lei, e onde estabelece que a união estável é uma entidade familiar que tem proteção estatal, equiparando-a ao casamento.

O que se viu com a atual redação dos arts. 1790, 1829 e 1845 do Código Civil de 2002 é que a sucessão da cônjuge e da companheira difere, o que não poderia acontecer, vez que, embora sejam institutos diferentes o casamento e a união estável, pela redação do art. 1725 do *codex*, equiparar-

se-á estas relações para efeitos patrimoniais e deveriam sim, ter o mesmo tratamento.

No art. 1790 citado, verificou-se que a companheira pode suceder seu par, no tocante aos bens deixados a título oneroso. Já o art. 1829 do Código Civil de 2002, esclareceu que o cônjuge é herdeiro legítimo, e no art. 1845 do mesmo código, percebeu-se que o mesmo sucede como necessário, diferentemente do companheiro, que é apenas legítimo.

Verificando esses dispositivos, percebeu-se que, ambos precisam ser revistos, porque, a companheira é prejudicada em relação à cônjuge, vez que como não é eleita como herdeira, igual à cônjuge, independentemente do regime de bens, que está na terceira linha sucessória de seu par, nos moldes do art. 1829, inc. II, do Código Civil de 2002, não pode herdar bens, que fossem exclusivos do extinto, diferentemente da cônjuge que pode, porque sucede tantos os bens onerosos como aqueles recebido a título gratuito.

Por seu turno, verificou-se que a cônjuge também se sente prejudicada, pensando inclusive, que é mais vantajoso ser companheira do que ser casada. Isso se deu, porque com a redação do art. 1725 Código Civil de 2002 a companheira é meeira dos bens adquiridos posteriormente a união a título oneroso, e também concorre no tocante ao patrimônio do *de cujus*, com os filhos comuns e com os filhos exclusivos daquele, sendo assim, duplamente contemplada.

Assim, o princípio da isonomia entre cônjuges e companheiros está afetado, sendo que, ambas, conviventes e casadas, sofrem prejuízos patrimoniais e embora, verificou-se que o tratamento diferenciado poderá existir entre os desiguais.

Deixar uma das pares de receber os bens conquistados a título gratuito ou beneficiar a outra duplamente, como meeira e como sucessora, também causará danos à dignidade da prejudicada, pois se ambas as relações foram consagradas como entidades familiares, o desrespeito do legislador em momentos contemplar uma, e em outros a outra, deverá ser revisto, e aquela que se sentir prejudicada, poderá intentar ações para que seja revista esta situação, garantindo-se assim, a tutela jurídica de seus direitos isto porque, o companheiro é equiparado em muitos casos ao cônjuge casado em regime de

comunhão parcial de bens, feriria sua dignidade, em muito, não contemplá-lo como herdeiro relativamente aos bens particulares, não lhe garantindo ao menos um patrimônio mínimo, ferindo assim, a letra constitucional que garante o reconhecimento de todas as formas de entidades familiares, sendo assim, esta desigualdade de tratamento fere os princípios inclusive da dignidade da pessoa humana relativamente ao companheiro, sendo que esta inconstitucionalidade onde se viu a diferenciação de tratamento entre os pares, é flagrante, merecendo ser reformados os preceitos vigentes na atualidade.

Decisões como as que não reconhecem direitos de meação ao sobrevivente, mesmo com escritura pública reconhecendo o regime que adotariam, caso casados civilmente fossem, ferem de morte a união estável, pois não reconhecer um desejo de contemplar o parceiro, alegando que deve prevalecer a distinção de tratamento entre cônjuge e companheiro, é sim, inconstitucional, porque, ao contrário do que estipulado, não está sendo aplicado o princípio de isonomia entre os pares.

Desprezar a companheira, tornando-a sem direitos que ela tanto lutou para alcançar, é retroceder no tempo e no direito, justificando-se assim, o posicionamento dos magistrados, em utilizar analogamente dispositivos pertinentes aos direitos do cônjuge para lides em que sejam pleiteados os direitos da companheira. E, deve ser entendidas como não revogadas as leis da união estável, defendendo-se destarte o princípio da paridade entre cônjuges e entre conviventes, posto que do contrário, feriria a vontade das partes em se unirem em união estável, maculando a personalidade dos cônjuges que não mais poderiam exercer, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses no âmbito da sociedade constituída pela entidade familiar.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Antonio Ivo. **Novas famílias.** O concubinato e a união estável no Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/65222,1>>. Acesso em: 14 dez. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Rio de Janeiro, Forense, 1996.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de família: teoria e prática.** São Paulo: Atlas, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito.** Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira. 10. ed. rev. Livraria Almedina. Coimbra. Set, 1999.

_____. **Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>> Acesso em: 12 abr. 2010.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. **Aspectos Sucessórios dos companheiros no código civil de 2002.** 2006. (Mestrado em Direito) –

Universidade Gama Filho. Rio Janeiro. p. 114. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp000573.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14.

_____. A tutela constitucional do afeto. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

_____. Direitos humanos da família: principais e operacionais. In: **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Trajétoria da família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/trajetoria-da-familia.cont>> Acesso em: 03 abr. 2010.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito**: filosofia, história e ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**: Família Natural. Direitos da Concubina. Investigação da Paternidade. Guarda de Filhos. Acidentes do Trabalho e Previdência. Outros efeitos da união livre. 2. ed. (Correspondente a 4 ed. de "O concubinato no Direito"). São Paulo: LEUD, 1980.

BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, Paternidade e Filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Processo: REsp 148897/MG. Recurso Especial 1997/0066124-5. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar (1102). Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: Brasília, 10 fev. 1998. Data da Publicação/Fonte: DJ 06 abr. 1998 p. 132. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 10 ago. 2009.

_____. Processo: REsp 395904/RS. Recurso Especial: 2001/0189742-2. Relator(a): Ministro Hélio Quaglia Barbosa (1127). Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma. Data do Julgamento: Brasília, 13 dez. 2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 06 fev. 2006 p. 365. RIOBTP vol. 203 p. 138. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 10 ago. 2009.

_____. Recurso especial nº 1.117.563 - SP . (2009/0009726-0). Recorrente: Sandra Aparecida Penariol Duarte. Recorrido: Rosemari Aparecida Affonso. Advogado: Luiz Joaquim Bueno Trindade e Outro(S). Relatora: Fátima Nancy Andrighi. Data do Julgamento: Brasília, Decisão: 17 dez. 2009 Data da Publicação/Fonte: DJe 06 abr. 2010 . Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 18 abr. 2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Agravo de Instrumento nº 526.489-1. 12ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça do PR., Relator Costa Barros. Data de Julgamento: 02 dez. 2009. DJ 304. Disponível em: <www.tjpr.jus.br> Acesso em: 06 jun. 2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Nº 70017169335, Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Data de Julgamento: 8 mar. 2007. Data de Publicação: 16 mar. 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Agravo de Instrumento. Nº 70012430351. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Data de Julgamento: 05 out. 2005. Data de Publicação: 14 out. 2005. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Agravo de Instrumento. Nº 70024063547. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 27 ago. 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 16 out. 2008.

_____. Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374. Tribunal Pleno. Tribunal de Justiça do RS. Relator Vencido: Leo Lima, Redator para Acórdão: Maria Isabel de Azevedo Souza. Data de Julgamento: 09 nov. 2009 Data de Publicação: 11 maio 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 06 jun. 2010.

BRUM, Jander Maurício. **Concubinato**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **El acceso a la justicia**. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Fondo de Cultura Econômica: México, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 64, v. 481, p. 250, nov. 1975.

CASABONA, Marcial Barreto. **O princípio constitucional da solidariedade no direito de família**. 2007. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p. 94. Disponível em: <

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp031499.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2010.

CASSETARI, Christiano. **Direito das sucessões**. Coordenação Marcia Maria Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

COSTALUNGA, Karime. O direito à igualdade na relação familiar: uma proposta de interpretação do art. 1.790 do Código Civil. **Revista Direito Getúlio Vargas**. São Paulo: v. 2, n. 2, p. 165 – 186, jul. dez. 2006.

CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Maria Luiza Pova. **Separação, Divórcio e Inventário por via Administrativa**. Implicações das alterações do CPC promovidas pela Lei 11.441/2007. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM> Acesso em: 20 jan. 2010.

DELBEN, Ana Cleusa; FREIRE, Danilo Lemos. O conceito de vida. In **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP, nos dias 04 a 06 de novembro de 2009. ISBN: 978-85-7840-029-3. Fundação Boiteux: Florianópolis-SC, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **Curso Crítico do Processo de Conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. **O dever de fidelidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=22>>. Acesso em: 19 out. 2008.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. Malheiros, São Paulo: 2005. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

ESPAÇO VITAL. **Triplicidade de relacionamento amoroso, com partilha dos bens entre um homem, a esposa e a concubina.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2762>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

FADIMAN, James. **Teorias da Personalidade.** São Paulo: HARBRA, 1986.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FERMENTÃO. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6. p. 245, dez. 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia no Limiar do Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo.** 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Novo Direito Civil Curso Completo.** 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRANCHINI, João Gisberto. Da ocorrência de danos morais entre cônjuges ou conviventes e da sua reparabilidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v.4, n. 1, p. 214, jul. 2004.

FUX, Luiz. A tutela de urgência na jurisdição de família: cautelares, tutela antecipada. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14. p. 51-61, 2001. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/768/Tutela_de_urg%
ncia_na_jurisprud%
ncia_na_jurisprud](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/768/Tutela_de_urg%c3%aa ncia_na_jurisprud%c3%aancia.pdf?sequence=1)> Acesso em: 24 fev. 2010.

_____. Tutela jurisdicional: finalidade e espécie. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 14, n.2. p. 153-168, jul./dez. 2002. Disponível em: < bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/766 -> Acesso em: 24 fev. 2010.

GALDINO, Valéria Silva. Sucessão do companheiro no atual ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 5, n. 1, p. 163, jul. 2001.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de Introdução ao Direito**. 3. ed. Juruá, 2007.

GIUSTI, Mirian Petri Lima de Jesus. **Sumário de direito civil**. São Paulo: Rideel, 2003.

GOMES, Fábio. **Carência de Ação**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção sinopses jurídicas). v.1.

GONÇALVES, Wilson José. Direitos da Amante. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 249. p. 48. maio, 2007.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, 2003 ano 51, n. 305, p.62, mar.2003.

_____. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

HART, HERBERT L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Com um pós-escrito editado por Penelope a Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASHIMOTO, Gláucio. Renúncia ao Direito de Alimentos entre Cônjuges na Separação Judicial Consensual – Do CC/1916 Ao Novo Código Civil. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v.3, n. 1, p. 363, ago. 2003.

HERMANN, Jacqueline (org.). **As Mulheres e os Direitos Humanos**. Traduzindo a legislação com a Perspectiva de Gênero. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001. v.2.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=17>> Acesso em: 15 abr. 2009.

_____. **Família e casamento em evolução**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

_____. In: VII Congresso - **MINICURSO de SUCESSÕES - Fórmula Algébrica**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=561>> Acesso em: 12 maio 2010.

_____.; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

_____. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes**. Disponível em:<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_Concorrenca.doc>. Acesso em: 01 nov. 2008.

KANT, Immanuel **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEMMERICH, Denise. **Concorrência sucessória entre cônjuge e companheira na união estável quando esta se dá concomitantemente com o casamento**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12491>> Acesso em: 15 abr. 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. Barueri, SP: Manole, 2008.

_____. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACAGNAN, Naíma Nami Soresini; RUIZ, Ivan Aparecido. Reconciliação e conciliação no âmbito do direito de família. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 9, n. 1, p. 278, jan./jun. 2009 - ISSN 1677-6402.

MADALENO, Rolf. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 33, p. 147-160, dez. 2005/jan. 2006.

_____. **O Débito e Crédito Conjugal**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=322&Itemid=39> Acesso em: 05 maio 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Curitiba, Juruá, 1999.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 1999.

MELLO, Cleyson de Moraes Mello. A essência do direito: os caminhos da proteção da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana. In: **CONPEDI**, Maringá, XVIII Encontro Nacional Do Conpedi, 2009.

MELO, Luiz Pereira de. In: FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 41 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

MENIN, Márcia Maria. A necessidade da equiparação entre a união estável e casamento para fins de direito sucessório. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado: parte geral**. Campinas: Bookseller, 1999. t. I.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção Jurídica das Relações de Gênero: O Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1.

_____. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORELLO, Augusto Mario. **Persona, sociedad y derecho**. Buenos Aires: Lajouane, 2006.

MUNIZ, Dione Martins. **A promulgação da lei 11.441/07 - será o fim da jurisdição voluntária?** Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/515/513>> Acesso: 28 fev. 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legislação constitucional**. Renovar. Rio de Janeiro: 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 24, n. 96, out./dez. 1999.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável: lei n.9.278/96**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 6, p. 107, dez. 2006.

_____. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

OLIVEIRA, Wilson. **Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, José da Silva. **Curso de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. **O Valor da Afetividade na Tutela da Diversidade Familiar: A Hipótese de Concorrência Sucessória entre o Cônjuge Supérstite e os Descendentes Híbridos na Partilha de Bens**. Disponível em: http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=148&Itemid=83.> Acesso em: 15 dez. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

_____. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: **Repensando o Direito de Família**. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas"**. Disponível em: <http://www.rodriгодacunha.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 17 maio 2009.

_____. **Concubinato e união estável.** 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Concubinato e União Estável:** de acordo com o novo código civil. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade:** Investigação na Perspectiva de Gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade: uma reformulação.** Organizado por Erin Kelly; tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Lições Preliminares de Direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

REIS, Jair Teixeira dos. **Direitos humanos:** para provas e concursos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

Relação afetiva paralela a casamento não constitui união estável.

Disponível

em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97098>. Acesso em: 9 maio 2010.

RIOS, Roger Raupp. Discriminação por orientação sexual e igualdade processual: A homossexualidade e a concretização dos princípios processuais. In Oliveira, C. A. Álvaro et. al.. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6.

RUIZ Ivan Aparecido, *et al.* A tutela jurídica do ambiente e o dano moral ambiental como pressupostos de garantia da proteção da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 1. p. 342, dez. 2006.

_____. A mediação e o direito de família. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 6. p. 75, jul./set. 2005.

_____. Revisitando novos caminhos para o acesso à justiça: a mediação. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília –DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. ISBN: 978.85.7840.019.4. Fundação Boiteux: Florianópolis-SC, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon. O paradigma comum da tutela de urgência no direito brasileiro e argentino. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, p. 67, dez. 2005 – ISSN 0100-1981.

SAN TIAGO DANTAS, Edmea. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 2 rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOUZA, Paulo Roberto de. [Reflexão sobre a construção das tutelas jurisdicionais à luz da nova dogmática do processo civil brasileiro](#). **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 6, n. 2, p. 259, jul./dez. 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SPINELLI, Ana Claudia Marassi. Dos Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 8, n. 2. p. 369-382, p. 378, jul./dez. 2008.

SZANIASKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>> Acesso em: 28 maio 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.I.

_____. **Curso De Direito Processual Civil**. Teoria Geral e Processo De Conhecimento. Forense: Rio de Janeiro, 2003. v.I.

_____. **Curso De Direito Processual Civil**. Teoria Geral Do Direito Processual Civil E Processo De Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.I.

_____. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 139, p. 21, set. 2006 – ISSN 0100-1981.

_____. **Tutela Cautelar**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, v. 4.

TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do Poder Judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília. p. 106. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2009.

VALE, André Rufino Do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva: 2009.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela antecipada fundada na técnica da ausência de controvérsia sobre o pedido (§ 6º. Do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 144, p. 130, jan. 2006 – ISSN 0100-1981.

VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 3. tir. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 7 v.

_____. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil), v. 6.

_____. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Katharine Santos. **A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade**. Disponível em <http://www.ffb.edu.br/_download/Dialogo_Juridico_n5_10.PDF>. Acesso em 15 maio 2009.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, Luiz Roberto et al. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo de conhecimento. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

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](#)