



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**

**ROBERTA HENKES THOMPSON FLORES**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE  
2002: A DESIGUALDADE DE DIREITOS CONFERIDOS AO  
COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNGUJE SOBREVIVENTE.**

**BRASÍLIA/DF**

2013

**ROBERTA HENKES THOMPSON FLORES**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE  
2002: A DESIGUALDADE DE DIREITOS CONFERIDOS AO  
COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNGUJE SOBREVIVENTE.**

**Projeto de monografia apresentado como  
requisito para graduação do Curso de  
Direito do Centro Universitário de Brasília  
– UniCEUB.**

**Orientador: Luciano de Medeiros Alves.**

**BRASÍLIA/DF**

2013

ROBERTA HENKES THOMPSON FLORES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE  
2002: A DESIGUALDADE DE DIREITOS CONFERIDOS AO  
COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNGUJE SOBREVIVENTE.**

Projeto de monografia apresentado como  
requisito para graduação do Curso de  
Direito do Centro Universitário de Brasília  
– UniCEUB.

Orientador: Luciano de Medeiros Alves.

BRASÍLIA/DF

2013

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Luciano Medeiros Alves**

---

---

## RESUMO

Esta monografia visa tratar sobre as alterações no Direito de Família e Sucessões quando da entrada do Código Civil de 2002, e das controvérsias sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1790 do Código Civil que trata da sucessão do companheiro sobrevivente. Busca, assim, abordar a evolução da união estável em nossa sociedade, o reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal em seu art. 226, §3º, e tratar da injustificada hierarquia ainda existente em nossas normas em relação ao cônjuge sobrevivente e o companheiro. É necessário verificar se as mudanças ocorridas no Código Civil de 2002 garantiram ou retrocederam os direitos já conquistados pelos companheiros, e analisar os princípios constitucionais afrontados pela implementação do art. 1.790 do Código Civil. Apresentam-se nesse projeto, comparações, distinções e opiniões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil. Conclui-se afirmando que o art. 226, §3º da Constituição Federal não permite discriminação do casamento em detrimento da união estável, confirmando que o art. 1.790 do Código Civil, referente aos direitos sucessórios do companheiro, fere princípios constitucionais basilares e, de forma injustificada, inferioriza o companheiro em relação ao cônjuge.

**Palavras-chave:** União Estável. Casamento. Direito Sucessório. Companheiro sobrevivente. Cônjuge supérstite. Código Civil de 1916. Código Civil de 2002. Constituição Federal de 1988. Princípios Constitucionais. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96. Artigo 1.790. Inconstitucionalidade. Entidade familiar. Retrocesso Legislativo. Hierarquia das Entidades Familiares. Evolução. Conceito de Família.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
<b>1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR.....</b>	<b>9</b>
1.1 FAMÍLIA E DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	9
1.2 CASAMENTO COMO ÚNICA FONTE DA FAMÍLIA LEGÍTIMA.....	13
1.3 ENTIDADE FAMILIAR.....	18
1.3.1 <b>Conceito.....</b>	<b>18</b>
1.3.2 <b>Dos tipos de entidades familiares reconhecidas .....</b>	<b>19</b>
1.3.2.1 <i>União Estável .....</i>	<i>21</i>
1.3.2.2 <i>Casamento.....</i>	<i>26</i>
<b>2. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITE .....</b>	<b>35</b>
2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE.....	35
2.2 AQUISIÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO .....	38
2.3 DIFERENÇAS DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO .....	38
2.3.1 <b>Análise comparativa do artigo 1.790 e os referentes aos direitos sucessórios do cônjuge.....</b>	<b>41</b>
<b>3. A EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO .....</b>	<b>49</b>
3.1 ARTIGO 226, §3º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA FEDERAL E A AUSÊNCIA DE HIERARQUIA AXIOLÓGICA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES.....	49
3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CÍVIL DE 2002 ..	53
3.2.1 <b>Dos princípios constitucionais violados.....</b>	<b>53</b>
3.2.1.1 <i>Argumentos pró-constitucionalidade.....</i>	<i>58</i>
3.2.1.2 <i>Argumentos pró-inconstitucionalidade.....</i>	<i>61</i>
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS .....	71

## INTRODUÇÃO

Os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente apresentam uma das mais relevantes alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, causando discussões e opiniões controvertidas entre a doutrina diante do possível retrocesso que houve durante toda a história de aquisição de direitos pelos companheiros.

A união estável antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 era denominada de concubinato, uma relação ilegítima, expressamente discriminada e não protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, essa relação de união estável ganhou forças e respeito perante a sociedade, principalmente pelo fato de existirem diversas famílias originadas dessa união de carinho e afeto em que o Estado não poderia deixar de normatizar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e pela realidade social não demonstrar mais que o casamento era a única fonte de uma família legítima, uma significativa mudança ocorreu para as relações de união estável. Foi por meio dessa Lei Maior que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, devendo o Estado protegê-la da mesma forma que as famílias originadas pelo matrimônio.

Posteriormente, buscando normatizar a situação dos indivíduos que viviam em união estável em face do art. 226, §3º da Constituição Federal, advieram as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 para regular as matérias pertinentes aos direitos e deveres dos companheiros, como o direito à sucessão, herança e usufruto, partilha de bens, alimentos e direito real de habitação.

O novo Código Civil de 2002 veio visando adaptar os comandos constitucionais trazendo a união estável como uma forma de constituição de família, assim, revogou a Lei nº 8.971/94 por ser hierarquicamente superior, mas não revogou a Lei nº 9.278/96 pois não tratou em seu texto sobre o direito real de habitação do companheiro supérstite.

Atualmente muitas pessoas originam suas famílias por meio de uma união estável e a tendência é que essa modalidade cresça cada vez mais, sendo necessário, portanto,

que o legislador regule corretamente os direitos conferidos aos companheiros, sem violar princípios constitucionais, principalmente em relação à sucessão.

Esse trabalho visa promover uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 que dispõe sobre os direitos sucessórios do convivente sobrevivente, de uma maneira ampla, comparando com a proteção conferida pelo art. 226, §3º da Constituição Federal, verificando assim se há violação de princípios constitucionais, se é legítima a diferenciação entre o casamento e a união estável, se o nosso ordenamento jurídico permite a hierarquização dos diferentes modelos de família, e se há um retrocesso legislativo diante da evolução e conquistas que a união estável adquiriu com o passar do tempo.

Em relação à metodologia adotada, esse trabalho foi realizado com pesquisas bibliográficas, consultas em leis específicas e jurisprudência, com a disposição da discussão em três capítulos e suas subdivisões.

Assim, o primeiro capítulo introduz a matéria buscando retratar a história e a evolução que nosso ordenamento jurídico presenciou acerca do conceito de entidade familiar. O casamento como única forma de constituição de uma família legítima deixa de ser real quando se passa a admitir outras modalidades familiares, como a união estável. Nesse tópico busca-se, também, relatar a comparação entre a maneira que era tratada a família no Código Civil de 1916 e após a Constituição Federal de 1988. Além disso, aborda de maneira completa como se dá o instituto do casamento, da união estável, do regime de bens, conceitos, direitos e os dispositivos normativos onde a matéria é tratada.

No segundo capítulo, passamos ao tema mais especificamente, abordando sobre os direitos sucessórios do companheiro e do cônjuge, trazendo o evoluir desses conferidos ao cônjuge e a aquisição dos mesmos pelos companheiros sobreviventes. Nesse tópico, apontamos a análise comparativa de todas as diferenças que há em nosso ordenamento sobre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro supérstite, apontando especificamente cada artigo do Código Civil de 2002, permitindo que assim possamos analisar a inferioridade que há na normatização desses direitos para modalidade de família advinda da união estável.

Por fim, no terceiro capítulo, após analisar as injustificadas distinções entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro sobrevivente, passamos a verificar propriamente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Será feita uma

constatação que o art. 226, §3º da Constituição Federal não trás superioridade do casamento em relação à união estável, pelo contrário, demonstra que diante da devida proteção do Estado, as famílias devem ser consideradas e protegidas de maneira igualitária. Será discutido, portanto, a violação que há pelo art. 1.790 aos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, vedação ao retrocesso legislativo e a não hierarquia entre as diferentes entidades familiares. E, finalizando, trataremos das posições doutrinárias e jurisprudenciais prós e contras a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Ressalta-se que esse assunto merece especial análise e atenção por ser a família a base da sociedade, devendo, independente da sua forma ou modalidade, ser protegida pelo Estado, conforme disposto pela nossa Constituição. Destarte, defende-se que a união estável não pode ser discriminada perante o casamento pelos simples fato de não terem as mesmas solenidades, as duas modalidades se apresentam de forma semelhante, merecendo, assim, serem respeitadas e terem seus direitos conferidos de forma igualitária.



## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR

Neste capítulo será examinado primeiramente a noção de família na sociedade e no Direito de Família, sob o prisma sociológico e jurídico. Poderemos, então observar a consolidação, durante longo período de tempo, principalmente sob a influência do cristianismo, do conceito de que a única fonte da família legítima seria o casamento. Por fim, nos últimos tempos, constata-se a evolução tendente a admitir-se outras formas de entidade familiar, não necessariamente instituídas por via do casamento.

### 1.1 FAMÍLIA E DO DIREITO DE FAMÍLIA

Diante um sintético conceito, o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum é o que chamamos de família. Não existem dúvidas de que a família, na história do agrupamento humano, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pela qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos<sup>1</sup>.

Durante séculos a família não tinha tamanha importância como organismo legalmente considerado pela ausência de efeitos jurídicos, embora desde sempre exista sentimento entre os que convivem e revele prestígio social, a família fora durante séculos apenas um organismo extenso e hierarquizado limitando-se aos pais e filhos.<sup>2</sup> Entretanto, como sabido, a família esta ligada pelo casamento e pelo parentesco, este podendo formar-se por diversas maneiras, quais sejam, de forma biológica, civil, afetiva, por afinidade, em linha reta e em linha colateral.

A família é um fenômeno em que se funda a sociedade, desde sempre o ser humano nasce inserto em um meio familiar<sup>3</sup>, composto por seus pais, irmãos, tios, avós, entre outros, se tornando uma estrutura básica social, onde todas as pessoas foram criadas e educadas dentro desse organismo que se compõe por fatores biológicos e afetivos.

---

<sup>1</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 2

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23

<sup>3</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 2

Em que pese relatar sobre a origem da família, Marina Berenice Dias descreve:

“Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram a própria força de trabalho. (...) O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.”<sup>4</sup>

Todavia, essa ideia que perdurou por longos anos, veio a ser superada, passando-se a dar a maior relevância e prestígio ao vínculo afetivo que envolvia seus membros. Assim criou-se uma nova concepção de família, formada pelo carinho, de cumplicidade e laços de amor<sup>5</sup>. Dessa maneira, a família pode ser considerada o elemento ensejador das maiores felicidades, bem como das angustias, verificando que muito dos problemas atuais tem relação com o passado, e assim vão persistir para o futuro.<sup>6</sup>

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia, e, ainda, a ciência do direito.<sup>7</sup>

A família assim considerada, seu conceito e consequências ora se ampliam, ora se restringe, dependendo das tendências dos direitos em cada parte do país e principalmente da época, dessa maneira observou Rodrigo da Cunha Pereira: “a partir do momento em que a família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser um espaço de afeto e de amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”.<sup>8</sup>

Reverendo os antigos conceitos de família, principalmente no período da revolução industrial, era uma unidade de produção, realçados os laços patrimoniais, isto é, as pessoas se uniam em família para formação de patrimônio visando sua posterior transmissão aos herdeiros, dando pouca importância aos laços afetivos. Nessa concepção do passado, não

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 28

<sup>5</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Amante Virtual**: (In) consequências do direito de família e penal. Florianópolis: Habitus, 2011., p. 162

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional..** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p.36

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3

<sup>8</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das famílias e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-7

poderia haver a dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia a quebra da própria sociedade.<sup>9</sup>

Contudo, essa concepção de família foi perdendo sua força quando a sociedade avançou e novos valores vigoraram, assim como o desenvolvimento científico atingiu patamares inimagináveis, admitindo, por exemplo, a concepção artificial do ser humano sem a necessidade do ato sexual.

Nessa perspectiva de novos valores que inspiram a sociedade moderna, não há mais as ideias do conceito de família tradicional. A sociedade contemporânea já enxerga a família como um modelo democrático, descentralizado do poder patriarcal, igualitário e desmatrimonializado.<sup>10</sup>

O conceito de família evoluiu diante dos próprios avanços do homem e da sociedade, mudando sempre de acordo com as conquistas da humanidade e descobertas científicas, não se admitindo jamais que esteja eternamente submetida às noções estáticas, ligadas exclusivamente a valores do passado.

A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas várias representações sociais para ela.<sup>11</sup>

Nessa linha de raciocínio, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka assevera que ‘a família é entidade ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos’.<sup>12</sup>

A família pós-moderna funda-se, portanto, em um caráter jurídico e sociológico, baseado também no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entres os integrantes da família, na afinidade.

---

<sup>9</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4

<sup>10</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4

<sup>11</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das famílias e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-7

<sup>12</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Família**. 1. ed. São Paulo: RT, 2008, vol VII. p. 17.

É difícil a compreensão do conceito de família como único, não há apenas um conceito viável para demonstrar o que é uma família, visto que se apresenta sob diversas e distintas formas, quantas forem as maneiras de se relacionar, expressando amor e afeto.

Demonstrada a importância da família, a sociedade sentiu a necessidade de regulamentação da relação familiar. Dessa maneira, o Código Civil de 1916 regulava a família constituída unicamente pelo matrimônio, ou seja, pelo casamento<sup>13</sup>. Trazia valores estreitos e discriminatórios à visão de família, originando-se pelo casamento e impossibilitando sua dissolução em qualquer hipótese; fazia também distinção preconceituosa com as pessoas que se uniam sem a solenidade do casamento e aos filhos que nasciam dessas relações.<sup>14</sup>

Evoluiu e a ideia de família acabou forçando alterações legislativas, sendo as mais expressivas, a criação do Estatuto da Mulher (Lei. nº 4.121/62), que possibilitou a capacidade plena da mulher casada deferindo-lhe a competência para trabalhar e adquirir seus próprios frutos, bem como a instituição do Divórcio em 1977 que abriu a chancela para a dissolução do vínculo matrimonial entre os cônjuges que já não possuíam mais afeto e cumplicidade para continuar convivendo unidos. Ademais, o surgimento de novos paradigmas também influenciaram na evolução da sociedade em relação a família, quais seja, a emancipação da mulher, a descoberta dos contraceptivos, a evolução na engenharia genética, separando os conceitos de casamento, reprodução e sexo.

Assim sobreveio a Constituição Federal de 1988 instaurando a igualdade entre homem e mulher e aumentou o conceito de família, passando a proteger a forma igualitária de todos os membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, assim como à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo esta nomeada de família monoparental.

A Carta Magna também dispôs sobre a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, garantindo os mesmos direitos e qualificações.<sup>15</sup> Assim, após a implementação da Constituição Federal, o Código Civil de 1916 se tornara ultrapassado em diversos conceitos pelos quais a sociedade já não se encaixava.

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 38

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 31

Desta feita, em referencia à evolução evidente do conceito de família, Caio Mário da Silva Pereira constata, *in textus*:

“Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se sua nova organização. Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homo e mulher como entidade familiar (Constituição, art. 226, §3º). As uniões homoafetivas adquirem status de entidade familiar, autorizando, inclusive, a adoção. Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que cõnjugue suas vidas tão intimamente, que as torna cõnjuges quando aos meios e aos fins de sua afeição ate mesmo gerando efeitos patrimoniais.”<sup>16</sup>

Neste cenário de grande evolução no que tange ao direito de família, surge o Código Civil de 2002, tendo como base o projeto original datado da década setenta, ou seja, já não se apresentando tão atualizado. Mesmo assim, trouxe inúmeras modificações no que diz respeito ao Código anterior. Entretanto, o contínuo e cada vez mais rápido caminhar evolutivo da sociedade permanentemente a exigir constante aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, de sorte a mantê-lo em sintonia com os novos paradigmas da sociedade, mormente no que respeita ao direito de família. Este, porque trata dos mais próximos e íntimos aspectos da convivência social, é indiscutivelmente o mais sensível aos princípios morais e éticos que orientam uma sociedade em um determinado momento histórico.

## 1.2 CASAMENTO COMO ÚNICA FONTE DA FAMÍLIA LEGÍTIMA

Conforme anteriormente reprisado, a noção de família é muito anterior ao instituto conhecido como casamento, pois para a formação de núcleos familiares não havia necessidade de cerimônias ou formalidade religiosa e social.

Os vínculos afetivos e amorosos existem desde sempre, muito antes da formação do Estado e do surgimento das religiões.<sup>17</sup>

Para o equilíbrio da ordem social, o Estado e a Igreja passaram a introduzir instrumentos para regular de alguma maneira a vida das pessoas e suas relações. Com intuito

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 32

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 43

de regulamentar as relações afetivas, o Estado assumiu uma postura conservadora para manter o espírito da moralidade e foram estabelecendo proibições culturais e não biológicas, fazendo com que os relacionamentos amorosos passassem a ser compreendidos como família.<sup>18</sup>

Sob a influência do cristianismo e, principalmente da Igreja Católica, a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais determinou que a união entre um homem e uma mulher fosse um sacramento indissolúvel, dissolvendo-se apenas pela morte: *até que a morte os separe*<sup>19</sup>. A Igreja conferiu à essa união a função de reprodução com fim, sendo praticamente obrigatório a prática da sexualidade, sendo possível inclusive a anulação do casamento se algum dos cônjuges for impotente. Sob esse enfoque, para o direito, as únicas relações afetivas aceitáveis eram as decorrentes do casamento em face da reprodução.

Essa conservadora cultura que abarrotava as noções e paradigmas da sociedade, influenciou taxativamente o Estado e o legislador do século passado a reconhecer apenas a união matrimonial, isto é, unicamente advinda do casamento.

Nessa ambientação necessariamente matrimonializada, imperava a regra “*até que a morte nos separe*”, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento.<sup>20</sup>

Assim, no mundo ocidental com forte influencia do Cristianismo, o casamento era reconhecido como único meio legítimo para criação e formulação da família, tomando o casamento como um sacramento com a visão de indissolubilidade.

Outrossim, tudo aquilo que fosse estranho a essa maneira de origem da família, deveria ser combatido pelo ordenamento jurídico, gerando por consequência a marginalização das uniões livres. Por isso, o Estado solenizou o casamento como a única entidade familiar, levando o legislador civil de 1916 a reproduzir que família, para existir, deveria ser matrimonializada, hierarquizada, patriarcal, patrimonializada e heterossexual.<sup>21</sup>

Sendo assim, durante a vigência do Código de 1916 o casamento era a única forma legítima para constituição da família visto que não se contemplava mais nenhuma forma possível. Fora do casamento a família era ilegítima, vista como adúlterina ou fora da

---

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 44

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 44

<sup>20</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 45

lei, por isso, não merecia proteção do ordenamento jurídico, tendo seus efeitos apenas nas relações obrigacionais.

Ressalta, assim, Ana Luiza Maia Nevares, quantos aos apontamentos sobre a família no Código Civil de 1916 e diz que, *in textus*:

“a família somente se constituía pelo casamento. Esta devia se manter coesa, como uma unidade que se legitimava por si mesma. Neste cenário, a proteção atribuída à família tinha por finalidade afastar toda e qualquer ameaça à estrutura familiar, justificando a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido, enquanto a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes, e a discriminação dos filhos não matrimoniais. Dessa maneira, a legislação civil conferia um interesse superior à comunidade familiar, em detrimento de seus componentes, justificado pela paz doméstica.”<sup>22</sup>

Os núcleos familiares constituídos sem o vínculo do matrimônio era repudiada frente às normas do Código Civil de 1916, assim tais relações passaram a ser denominadas sob o aspecto depreciativo de concubinato, definindo essas relações amorosas como ilícitas e imorais.<sup>23</sup>

Dessa forma, as relações entre indivíduos que não fossem casados eram tratadas fora do âmbito do Direito de Família, processando-se os conflitos de interesses nas Varas Cíveis. Assim, os companheiros eram sócios, aplicando-se por analogia o direito comercial na partilha de bens.<sup>24</sup>

O Código Civil de 1916 tratava o direito de família sob duas vertentes, a pessoa e a patrimonial, assim, não definia o que vinha a ser a instituição ‘família’, limitando-se apenas em determinar que era uma união entre homem e mulher, desde que realizada pelo casamento, ou religioso com efetivos civis.<sup>25</sup>

Ainda sob análise do Código Civil de 1916 e de leis anteriores à Constituição Federal de 1988, existia a distinção entre família *legítima e ilegítima*. A primeira constituída pelo casamento; e a segunda resultava da convivência, da união de fato e informal entre homem e mulher, denominando-se genericamente de concubinato, que significava a vida

---

<sup>22</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.187

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 46

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 27

em comum entre homem e mulher, com aparência de casamento e suposta fidelidade entre as partes, mas sem proteção legal.<sup>26</sup>

Dessa diferenciação, surgiram diversas situações discriminatórias em relação a condição dos filhos, se era havidos dentro do casamento ou dessas relações taxadas de imorais, estes, portanto, não eram reconhecidos diante a disposição no artigo 358<sup>27</sup> do Código Civil de 1916.

A verdade é que o Estado, diante às varias diretrizes, sempre resistiu em admitir vínculos de convivência distintos ao casamento que sempre existiram, considerados na época como relações espúrias<sup>28</sup>. As pessoas, antes mesmo da elaboração do Código de Beviláqua, já viviam em uniões livres, relações discriminadas e repudiadas não protegidas pelo Estado. Existia, portanto, o casamento como relação legítima e formal, e as outras diversas relações taxadas como informais e contrárias aos ditames legais e morais da sociedade.<sup>29</sup>

Até o momento em que a Constituição Federal de 1988 não entrava em vigor, o casamento era a única forma admissível e aceitável de formação da família. Com a *Lex Mater* de 1988 a situação familiar modificou e ganhou novas acepções. O casamento continua com sua proteção, contemplado como uma das formas de união formal, solene, entre homem e mulher, entretanto, perdeu sua exclusividade.<sup>30</sup>

Desta maneira, o casamento convive com outras formas de constituição de família, como a união estável, a família monoparental e a família homoafetiva<sup>31</sup>. Dispõe, assim, o caput do artigo 226 da Constituição Federal, tutelando que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, revelando que merecerá proteção estatal qualquer núcleo familiar sem que haja discriminação.

---

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável**: do concubinato ao casamento – antes e depois do Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 28

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de janeiro de 1916, **Código Civil de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)> “Art. 358 – os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”. Acesso em: 04 set. 2013

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 45

<sup>29</sup> ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11

<sup>30</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 108

<sup>31</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6



O casamento era visto como um fato social institucionalizado através da qual se constituía a família, atendendo às formalidades e prescrições legais, retirando o valor à proteção da liberdade e felicidade das pessoas envolvidas.

Desta sorte, mudando radicalmente essa visão antiga do instituto do casamento, o constituinte assegura a todos o direito e privilegia valores essenciais ao indivíduo, como a dignidade, liberdade, solidariedade social e igualdade substancial; demonstrando que o casamento é instrumento, meio através do qual as pessoas optam para realização de seus anseios e realização plena da felicidade.

Acrescentando, a união afetiva de forma livre e informal sempre existiu. Em diversos povos da antiguidade a união entre homem e mulher sem casamento não era algo reprovável ou condenável. Apesar da união extramatrimonial ter sido combatida pela Igreja em 1563, esta nunca deixou de existir, sendo admitida sob o ponto de vista jurídico, reconhecidos seus efeitos. No Brasil a situação foi a mesma, o relacionamento entre homem e mulher nunca fora tratado como ato ilícito, mas suas consequências se projetavam apenas no Direito das Obrigações.<sup>32</sup>

Portanto, as pessoas não têm por finalidade e como objetivo de vida buscar o casamento como nas décadas passadas. Se o casal casar ou preferir não casar trata-se apenas de circunstância relacionada à opção de ambos. Assim, casando ou não, a pessoa merece sempre a mesma proteção do Estado, auferindo todos os direitos pertinentes à relação existente, deixando no passado o conceito de que o casamento era a única forma legítima de concepção de uma família.<sup>33</sup>

Diante o exposto, ressaem algumas características do casamento, quais sejam: a) é ato solene; b) são de ordem pública as normas que o regulamenta; c) a comunhão de vida é baseada na igualdade de direitos e deveres de ambos os cônjuges; d) exige-se diversidade de sexo; e) não comporta tempo ou condição; f) há liberdade de escolha do nubente.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 435

<sup>33</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24-25

Pode-se concluir então que são inúmeras as finalidades de contrair um matrimônio, não sendo mais possível considerar apenas a visão admitida e imposta no Código Civil de 1916.

Em suma, embora se possa reconhecer no casamento o ato jurídico típico para constituição da família, não pode o ordenamento jurídico, tendo em vista a realidade social, desconhecer a existência de inúmeras outras situações que contemplam a formação de grupos familiares dignos de receber o reconhecimento e a tutela do direito. Daí a necessidade de se alargar o conceito jurídico de família, unguindo de legitimidade outras formas de constituição da família.

### 1.3 ENTIDADES FAMILIARES

O conceito de entidade familiar, acolhido pela Constituição Federal, é o marco fundamental para a ampliação da proteção jurídica estendida a outros formatos familiares não oriundos do casamento. Assim, após a menção aos diversos tipos de entidades familiares reconhecidas pelo Direito de Família, nos deteremos na União Estável, indiscutivelmente, aquela que mereceu do legislador a maior atenção, estabelecendo, ainda, o paralelo com o casamento.

#### 1.3.1. Conceito

A entidade familiar é considerada toda e qualquer união formada com intuito de constituição de família e com direito de ser tutelada pela Constituição Federal e pelo Direito de Família. Nesse contexto, o constituinte legislador estabeleceu parâmetros e disposições para regulamentação da família como a base da sociedade, regulamentando os efeitos e obrigações do Estado para proteção dessa união, podendo esta ser de diversas maneiras. Assim, por entidade familiar se deve entender toda e qualquer espécie de união capaz de servir de acolhedouro das emoções e das afeições dos seres humanos.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W. **Casamento e União Estável** – requisitos e efeitos pessoais. 1. ed. Barueri: Manole, 2004. p. 31

### 1.3.2. Das entidades familiares reconhecidas

Como já visto, os indivíduos passaram a viver numa sociedade com mais liberdade, mais tolerante, onde o que se busca realizar os sonhos e ser feliz sem preconceitos, sem se sentirem obrigadas a permanecer em estrutura preestabelecida e engessada. Assim discorre Maria Berenice Dias ao relatar que: “Acabaram os casamentos de fechadas, não mais se compreendendo os relacionamentos paralelos originados do medo da rejeição social. Finalmente, está ocorrendo uma democratização dos sentimentos, na qual o respeito entre as pessoas e a liberdade individual é preservado.”<sup>36</sup>

Cada vez mais as pessoas possuem direito de escolha sobre sua própria vida, pelas maneiras que mais as deixam realizadas e felizes, podendo transitar da maneira que quiser em uma comunidade que lhe pareça mais gratificante.

No que concerne ao assunto, João Baptista Villela dispõe que “a teoria e a pratica das instituições de família dependem, em ultima analise, da competência em dar e receber amor”.<sup>37</sup>

Desta forma, modelos de entidades familiares foram surgindo com o passar do tempo e algumas sendo garantidas e protegidas pela Constituição Federal de 1988 e outras por novas concepções posteriores à elaboração da Carta Magna.

Entre elas, podemos destacar doutrinariamente a existência das entidades: *Anaparental* (criadas por vínculos de consanguinidade, porém, não há ascendência ou descendência, o exemplo seria um grupo de irmãos); *Pluriparental ou Mosaico* (resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação ou recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões.<sup>38</sup>, ou seja, individuo com filhos de diversos parceiros), *Eudemonista* (família constituída pelo unicamente pelo afeto, como exemplo, o padrasto e o filho da esposa), *Homoafetiva* (mesmo a Constituição Federal não contemplando as uniões entre casais do mesmo sexo, já se perfaz uma ideia

---

<sup>36</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 44

<sup>37</sup> VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV conferência nacional da OAB. 1994, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 645, set/1994

<sup>38</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, RORHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaicos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p.508

moderna e sem preconceitos resolvida pela decisão do STF reconhecendo a união estável entre homossexuais no ano de 2011 pela ADPF 132); e ainda a família *Monoparental* (apenas um pai ou uma mãe e sua prole).

Explica a autora Maria Celina Bravo e Mario Jorge Uchoa que:

“Com a mudança do Código Civil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Direito de Família sofreu consideráveis modificações, passando a ser interpretado em sua relação com a Constituição e não os dispositivos constitucionais adequando-se aos dispositivos da codificação. Neste contexto, o constituinte, estabeleceu parâmetros disciplinadores do reconhecimento da família como base da sociedade, disciplinou seus efeitos e as obrigações do Estado de proteção à família, bem como, equiparou-lhe algum instituto, dando-lhes a designação de entidades familiares.”<sup>39</sup>

As entidades protegidas e regulamentadas na Carta Magna, encontram-se no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, e em seus parágrafos se verifica as formas de entidades familiares, quais seja, a união estável em seu parágrafo 3º, a família monoparental no parágrafo 4º, e, por fim, a família decorrente do casamento no caput do artigo.

Como já enunciado anteriormente, o casamento é a mais antiga entidade familiar reconhecida pela sociedade. Este instituto está previsto na Constituição em seu artigo. 226, caput<sup>40</sup>, bem como no Código Civil, artigo 1.511 e seguintes, trazendo toda a regulamentação dessa celebração matrimonial.

Merece importância também a família monoparental, regulada e protegida também pela Constituição Federal em seu artigo 226, §4º<sup>41</sup>, afirmando que também é considerada uma entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, tendo plena e total proteção do Estado, assim como o casamento.<sup>42</sup>

Sobre essa espécie de entidade, vale ressaltar o destacado pelo Eduardo de Oliveira Leite que afirma:

“Na realidade, a monoparentalidade sempre existiu – assim como o concubinato – se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças

---

<sup>39</sup> BRAVO. Maria Celina; SOUZA, Mario Jorge Uchoa. **As entidades familiares da Constituição**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2665/as-entidades-familiares-na-constituicao>> Acesso em: 30 de maio de 2013.

<sup>40</sup> Senado Federal. Constituição (1988). **Constituição Rep. Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988: “Art. 226, caput – A família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

<sup>41</sup> Senado Federal. Constituição (1988). **Constituição Rep. Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988: “Art. 226, §4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos seus pais e descendentes”

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 45

abandonadas. Mas o fenômeno não era percebido como uma categoria específica, o que explica a sua marginalidade no mundo jurídico. O primeiro país a enfrentar corajosamente a questão foi a Inglaterra (1960), que, impressionada com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as consequências daí advindas, passou a se referir às one-parent families nos seus levantamentos estatísticos. (...) Daí, a noção se espalhou por toda a Europa e hoje é conhecida e aceita no mundo ocidental como a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus filhos<sup>43</sup>.

Ademais, essa entidade pode se classificar em *originarias* ou *superveniente*.<sup>44</sup> A originária é aquela constituída pela adoção, em que uma mulher ou um homem solteiro adota uma criança, constituindo uma família. A superveniente é aquela que se origina da quebra do núcleo familiar original composto por duas pessoas, em que há a morte, a separação ou divórcio, ficando um dos cônjuges ou companheiro com a(s) criança(s).<sup>45</sup>

#### 1.3.2.1. *União Estável*

Durante o passar da história, restou nítido o repúdio aos vínculos afetivos fora do casamento. O Código Civil de 1916, visando unicamente proteger a família matrimonializada, prevendo e protegendo apenas o casamento, omitiu-se diante das relações extramatrimoniais que sempre existiram, além disso, restou puni-las.<sup>46</sup>

Essas uniões existentes sem o vínculo do casamento eram chamadas de *concubinato*. A legislação da época punia vedando doações e instituição de seguro em favor da concubina, e não poderia ser beneficiada com o testamento na parte disponível.

Verificando que o casamento tinha caráter indissolúvel, diversas pessoas – inclusive as pessoas cujo casamento havia terminado de fato, mas não de direito – viviam maritalmente com alguém, mas optando por não se casar<sup>47</sup>. Essas pessoas passaram a viver nessas entidades denominadas de *concubinato*.

Nessa época, concubinato significava a união entre homem e mulher sem casamento, seja porque eles não poderiam casar, seja porque não pretendiam se casar.

---

<sup>43</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21-22

<sup>44</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 507

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 508

<sup>46</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 432

<sup>47</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 435

Tais relações afetivas produziam consequências fáticas e as inúmeras pessoas que viviam em concubinato passavam a reclamar e precisar de proteção jurídica, assim, buscaram o reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário<sup>48</sup>. Desta maneira, provocadas as Cortes e estas cumprindo um papel visivelmente construtivo, editaram duas súmulas reconhecendo algum tipo de proteção às pessoas que viviam fora do matrimônio.

A Súmula 380 dispõe: “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

E, de outro giro, a Súmula 382 estabelece: “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxório’, não é indispensável à caracterização do concubinato.”.

Em face das queixas generalizadas, a justiça passou a reconhecer e admitir que a sociedade de fato existia<sup>49</sup>. Entretanto, para se ter a divisão dos bens adquiridos na constância dessa união, era indispensável a comprovação de efetiva contribuição financeira de cada companheiro.

Diante da evolução da sociedade conjuntamente com seus costumes, as uniões extramatrimoniais começou a merecer aceitação, induzindo a Constituição a necessidade de contemplar nova concepção de família, deixando de dar importância somente ao casamento, abrangendo assim novos modelos de relacionamentos.<sup>50</sup>

As novas concepções influenciaram o legislador, fazendo com que fossem editadas normas legais reconhecendo o concubinato. Nesse sentido, recorda-se a Lei nº 6.367/75, bem como o Decreto-lei nº 7.036/44, que reconheciam ao concubino o direito ao recebimento de indenização por acidente de trabalho com o seu convivente. Esta matéria restou de tal modo pacificada, que o Supremo Tribunal Federal cimentou entendimento na Súmula 35. Por igual, não é demais lembrar que o art. 57, §2 a §6, da Lei nº 6.015/73 reconheceu o direito ao uso do sobrenome pela concubina.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 437

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 164

<sup>50</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 535

<sup>51</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional..** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 411

Sendo assim, a doutrina se encarregou de diferenciar o concubinato em duas categorias: 1) concubinato puro (composto por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não fazê-lo); 2) concubinato impuro (formado por pessoas que não poderiam casar, como por exemplo, as pessoas casadas; era o concubinato adúltero ou incestuoso).<sup>52</sup>

Finalmente, com advento da Constituição da República, o velho concubinato foi elevado à altitude de entidade familiar, passando a se submeter à normatividade do Direito de Família e, principalmente, ganhando especial proteção do Estado – a mesma dispensada ao casamento. Entretanto, o concubinato alçado à caracterização de família foi o concubinato puro, passando a ser chamado de união estável<sup>53</sup>, exatamente com a intenção de evitar preconceitos.

A união estável foi a nova terminologia empregada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com intuito de constituir família, mas sem a necessidade das formalidades exigidas pelo casamento.

Por isso, tratar desigualmente a união estável seria retirar proteção de alguém pelo simples fato de ter optado por formar uma família sem as solenidades do casamento.<sup>54</sup>

Assim, ao revés do seu antecessor, o Código Civil de 2002 dedicou um livro específico à união estável, notadamente em seus artigos 1.723 a 1.727<sup>55</sup>. De maneira geral, o “novo” Código Civil absorve várias orientações já consagradas doutrinariamente e nas jurisprudências, além de contemplar algumas regras já determinadas nas Leis. nº 8.971/94 e 9.278/96, que, anteriormente, cuidavam da matéria.

Salienta-se que o importante é perceber a evolução da disciplina jurídica da união estável, através da colaboração da jurisprudência e da própria legislação, culminando pelo tratamento constitucional da matéria, protegendo a união estável. Assim, atualmente, é

---

<sup>52</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 433

<sup>53</sup> Senado Federal. Constituição (1988). **Constituição Rep. Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988: Art. 226 – *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*  
(...)

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

<sup>54</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93

<sup>55</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 427

certo que a união estável conta com todos os efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, na conformidade do §3º do artigo 226 da Constituição Federal, não podendo haver diferença em relação ao casamento para todos os efeitos de proteção do Estado.

Por isso, destaca Nelson Rosenvald em parceria com Cristiano Chaves de Farias, *in textus*: “Por isso, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família (seja ela qual for, casamentaria ou não) tenha especial proteção do Estado.”<sup>56</sup>

Toda e qualquer entidade familiar, seja ela matrimonializada ou não, merece proteção, não se justificando o tratamento discriminatório e desigual, causando assim a violação do disposto na Constituição Federal, implicando, portanto, na negação à proteção da pessoa humana e sua liberdade.

Deste giro, a união estável conceitua-se distintamente do concubinato. Após a elaboração do Código Civil de 2002, o concubinato (relação entre amantes), não pode ser confundido com a união estável, assim como disposto no art. 1.727 do Código Civil atual.<sup>57</sup> Isto é, configura-se entre as relações habituais entre homem e mulher que não podem casar. As hipóteses dos impedidos de casar estão alinhadas no art. 1.521 do Código Civil, elencando as proibições:

“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.”

Todavia, a União Estável é qualificada como um grupo familiar, uma entidade afetiva formada entre pessoas desimpedidas de casar, pessoas que podem mas não

---

<sup>56</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 428

<sup>57</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 228 - **Código Civil de 2002** – “Art. 1.727 – As relações não eventuais entre o homem a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.



querem contrair o casamento, por isso ombreia-se no instituto do casamento no que tange ao reconhecimento jurídico, firmando-se como um modelo de família reconhecido.<sup>58</sup>

Dessa maneira, Pablo Stolze Gagliano juntamente com Rodolfo Pamplona Filho, elenca as características essenciais para a configuração da união estável, conforme o art. 1.723 do Código Civil<sup>59</sup> dispõe:

- a) Publicidade (convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina.
- b) Continuidade (convivência contínua), no sentido do animus de permanência e definitividade, o que diferencia a união estável do namoro;
- c) Estabilidade (convivência duradoura);
- d) Objetivo de constituição de família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional.<sup>60</sup>

A união estável não se constituirá se algum dos impedimentos do art. 1.521 estiverem presentes, exceto o inciso VI (“*os já casados*”) no caso de a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente, assim prevê o §1º do art. 1.723.<sup>61</sup>

Também se encontra disposto na lei infraconstitucional, em seu §2º do art. 1.723, que as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.<sup>62</sup>

O artigo 1.724 do Código Civil, elenca os deveres estabelecidos entre os companheiros, quais sejam: lealdade (abrangendo a ideia de fidelidade), respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.<sup>63</sup>

Em relação ao regime de bens adotado pela união estável, o Art. 5º da Lei 9.278/96 trouxe a regra da presunção da contribuição mútua. Assim, até 1996, as partes

---

<sup>58</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 162

<sup>59</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 227 - **Código Civil de 2002** - “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”.

<sup>60</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional..** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 421

<sup>61</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 227 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1.723 (...) §1º - a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

<sup>62</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 227 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1.723 (...) §2º - As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

<sup>63</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 227 - **Código Civil de 2002** - “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”.

tenham que comprovar faticamente que tinham contribuído materialmente com o patrimônio, porém, hoje se já presume adquirido de forma conjunta.

Ademais, o Art. 1.725<sup>64</sup> Código Civil de 2002 tem como regra *o regime da comunhão parcial de bens* - desde que não haja contrato escrito dispondo o contrário -, assim, todos os bens adquiridos à título oneroso após a constituição da União, serão bens comuns. Em tese pode-se alienar os bens sem a autorização do companheiro, mas, na prática como os bens devem ser meados, a companheira tem direito ao bem.

Em consonância com o dispositivo 226, caput e §3º da Constituição Federal, o artigo 1.726 do Código Civil respeita dispondo, *in textus*: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro civil”.<sup>65</sup>

Atualmente muitas pessoas vivem em união estável, e a tendência é que essa entidade familiar seja cada vez mais comum, pois não peca pelo amor e afetividade entre os conviventes e pelo intuito de formação de família, estando equiparada ao instituto do casamento, mesmo que distintos em relação a forma de constituição da família, possuem a mesma essência: união advinda do amor e afeto para criação de uma entidade familiar.

#### 1.3.2.2. Casamento

É certo e incontroverso que o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo a carga de tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregam com o passar no tempo.<sup>66</sup>

Buscando uma definição do que seria o casamento, clássica se faz a definição de Clóvis Bevilacqua:

“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo

---

<sup>64</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 227 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1.725 – A união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens.”

<sup>65</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 228 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1.726 – A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento do Registro Civil”.

<sup>66</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 107

a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar a prole que de ambos nascer”<sup>67</sup>

Entretanto, a noção conceitual e a exclusividade do casamento não pode ser imutável como nos séculos passados no que se refere como único modo de se legitimar uma família. No casamento identifica-se uma relação de afeto, de comunhão de interesses e, sobretudo, respeito, solidariedade e compromisso.<sup>68</sup>

Nessa linha de pensamento, o casamento é uma das diversas e varias formas de convivência afetiva, através da união de duas pessoas realizando uma integração fisiopsíquica.<sup>69</sup>

Sendo assim, conforme anteriormente demonstrado, o casamento deixa de ser, com o evoluir da sociedade, a única maneira de se constituir uma família. Perdeu sua exclusividade após a necessidade do legislador não omitir fatos sociais que desde sempre existiram, fatos de união entre pessoas, felizes, com intuito de formação de uma família, contemplando todo amor e afeto necessário para que possa ser, assim como o casamento, considerada uma entidade familiar.

Considerando sua normatividade decorrente das disposições do art. 226, §§1 e 2 da Constituição Federal de 1988 e art. 1511 e seguintes do Código Civil de 2002, é possível elencar relevantes características no casamento, quais sejam: a) caráter personalíssimo e livre escolha dos nubentes, b) solenidade da celebração, c) diversidade de sexos, d) inadmissibilidade da submissão a termo ou condição, e) estabelecimento de uma comunhão de vida, f) natureza cogente das normas que regulamentam, g) estrutura monogâmica, h) dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes.<sup>70</sup>

Existem duas formas admitidas pelo Estado de celebração do casamento: o casamento civil e o religioso com efeitos civis.

O casamento civil é realizado perante um oficial do cartão de registro civil, dando ao casamento sua característica solene; é uma celebração com presença de testemunhas

---

<sup>67</sup> BEVILAQUA, Clóvis, **Direito de família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p.6

<sup>68</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos da sua evolução. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 65

<sup>69</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das famílias. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 53

<sup>70</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 117

e pagamento de custas, a não ser que seja declarada a hipossuficiência dos nubentes como dispõe o artigo 1512<sup>71</sup> do Código Civil de 2002.

Diferente se perfaz o casamento religioso com efeitos civis. Esta modalidade está prevista na própria Constituição Federal em seu artigo 226, §2<sup>o72</sup>, bem como nos artigos. 1.515<sup>73</sup> e 1.516<sup>74</sup>, possibilidade que haja a celebração na Igreja, mas, para que tenha validade para o mundo jurídico, deve ser registrado em registro próprio até o prazo de 90 dias da sua realização, conforme dispõe o §1<sup>o</sup> do art. 1.516 do CC.

Admite-se ainda o casamento por procuração, previsto no artigo. 1.542<sup>75</sup> e seus parágrafos do Código Civil, afirmando ser possível transferir uma procuração para que alguém vá ao casamento em seu lugar, possuindo prazo de validade de 90 dias e podendo ser revogado por instrumento publico.

Outrossim, existem ainda o casamento *nuncupativo* e o *putativo*. O primeiro trata-se da situação em que um dos nubentes está em perigo de risco de vida, onde é permitido a não presença de um juiz de paz, com a exigência de seis testemunhas que devem confirmar o casamento em dez dias perante autoridade judicial, como prevê os artigos 1.540 a 1.542 do Código Civil de 2002. O segundo trata-se de um casamento que é nulo ou possivelmente anulável, mas que foi contraído de boa-fé por um dos cônjuges, nesse caso, só produzindo efeitos com relação ao cônjuge de boa-fé, previsto nos artigos 1.560 a 1.563 do CC.<sup>76</sup>

É estabelecido pela lei limite de idade para se casar, chamado de idade núbil. Podem se casar os maiores de 18 anos, e os que tiverem a partir de 16 anos completos. Dos 16 aos 18 anos as pessoas são relativamente incapazes (Art. 4<sup>o</sup> do CC), precisando ser

---

<sup>71</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 217 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1512 – O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§único – a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentas de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei”.

<sup>72</sup> Senado Federal. Constituição (1988). **Constituição Rep. Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988: “Art. 226, §2<sup>o</sup> - o casamento religioso terá efeitos civis, nos termos da lei.”

<sup>73</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 217 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1515 – o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data da celebração.”

<sup>74</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 217 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1516 – o registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil”.

<sup>75</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 219 - **Código Civil de 2002** - “Art. 1542 – o casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento publico, com poderes especiais”.

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 150

assistidos para a prática de atos em sua vida civil, assim, é necessária a autorização dos pais para casar (Art. 1.634, III do CC), sendo essencial a concordância de ambos os cônjuges, de um não anuir, permite-se o suprimento judicial de consentimento (Art. 1.517, §único; 1.519 e 1631, §único).<sup>77</sup>

Ademais, a ausência de anuência dos pais torna esse casamento anulável, conforme disposição do artigo 1.550, inciso II; ou, ainda que haja consentimento dos pais, esta pode ser revogada até a data da celebração (Art. 1.518 do CC).

O artigo 1.520 do Código Civil prevê duas possibilidades excepcionais para o casamento de menores de 16 anos, quais seja, nos casos de gravidez, ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.

Entretanto, além da capacidade, existem impedimentos matrimoniais, ou seja, pessoas taxadas pela lei infraconstitucional que não podem se casar, assim confirma Orlando Gomes ao dizer: “os impedimentos matrimoniais podem ser vistos como proibições decorrentes da lei que determinadas pessoas possam contrair casamento. Enfim, é a proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outra predeterminada”.<sup>78</sup>

A propósito do caráter proibitivo dos impedimentos casamentários, vale observar a redação do art. 1.521 do Código Civil, vazada em termos absolutos, ao afirmar *não podem casar*.<sup>79</sup>

“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”

Estes impedimentos, nos termos do artigo 1.522 do CC, podem ser opostos até o momento da celebração do casamento por qualquer pessoa capaz e interessada; sendo esta a razão para que o local de celebração do matrimônio seja aberto ao público, não se

<sup>77</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 151

<sup>78</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 91

<sup>79</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 131

permitindo solenidade de portas fechadas.<sup>80</sup> Além disso, o desrespeito aos impedimentos taxativos, gera a nulidade absoluta do matrimônio contraído, bem como o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.<sup>81</sup>

Outrossim, enquanto os impedimentos proíbem a celebração do casamento, promovendo uma interdição no direito de casar, existem as causas suspensivas que servem como uma recomendação para os interessados não se casem diante de determinadas circunstâncias,<sup>82</sup> conforme disposto nos artigos 1.523 e 1.524 do Código de 2002, *in textus*:

“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.

Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.”

Não se tratado de regra proibitiva, afasta-se o interesse público e, exatamente por isso, não será reputado inválido, ao revés, será perfeitamente válido possuindo como única consequência a imposição do regime de separação obrigatória de bens, afastando a vontade das partes.<sup>83</sup>

Já os motivos de anulabilidade do casamento estão previstos no artigo 1.550 do Código Civil, quais sejam I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de

---

<sup>80</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 231

<sup>81</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 219 - **Código Civil de 2002**

<sup>82</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias.** 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 145

<sup>83</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias.** 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 146

modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

O casamento é declarado uma instituição jurídica complexa, possuindo efeitos de várias ordens que repercutem no campo pessoa, como na esfera econômica, em outras palavras, como se trata de uma comunhão plena de vida, com o propósito de servir a realização pessoal e amorosa da pessoa humana, o casamento (assim como as demais comunidades familiares) projeta consequências tanto à pessoa dos cônjuges quanto ao seu patrimônio.<sup>84</sup>

Sendo assim, a comunhão de vida implica em comunhão de interesses econômicos, por isso o Código Civil regula os efeitos patrimoniais dessa união por meio do *regime de bens*, disciplinando os bens adquiridos na constância do casamento, bem como os bens privativos de cada um.

Por regime de bens, entenda-se o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, nessa seara, três princípios fundamentais estruturam os efeitos, quais sejam: 1) liberdade de escolha; 2) variabilidade; 3) mutabilidade justificada submetida a análise judicial.<sup>85</sup>

O primeiro diz respeito a autonomia privada e liberdade dos nubentes escolherem o regime de bens adotado para sua união, exceto em caso que houve relevante motivo em lei de intervir coativamente na relação, como no caso da separação obrigatória de bens conforme visto anteriormente. O segundo traduz a ideia de que o ordenamento jurídico possui vários tipos de regimes para que os nubentes escolham o que melhor atendam seus interesses. Por último, o terceiro princípio trata-se da possibilidade de mudança do regime a qualquer tempo, desde que observados os requisitos da lei, conforme prevê o art. 1.629, §2º.

Optando os nubentes pela escolha do regime de bens distintos ao do regime da comunhão parcial de bens (regime supletivo), exige-se a lavratura do *pacto antinupcial* para que se regulamente o regime econômico do matrimônio, definindo o regime escolhido.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 229

<sup>85</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional..** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 311

<sup>86</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 307

Conforme já comentado, há o regime de bens pela qual a lei impõe sem a livre escolha dos nubentes, denominando-o de regime de separação legal ou obrigatória, de acordo com o que dispõe o art. 1.641<sup>87</sup> do Código Civil. Nesse caso, presume-se que os bens onerosos ou particulares não se comunicam, entretanto, a súmula 377 do STJ permite que os bens adquiridos na constância do casamento sejam partilhados entre os cônjuges igualmente, deixando claro que a separação não é total.

Existe ainda o regime de separação convencional de bens que permite uma absoluta distinção entre os bens dos cônjuges, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja onerosamente ou gratuitamente, isto é, outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações no presente e no futuro.<sup>88</sup>

É, sem dúvida, o regime mais simplificado de todos por não apresentar pontos de comunhão, ou seja, nesse regime não existem bens comuns, havendo uma absoluta separação dos bens, por esse motivo se dispensa a outorga do cônjuge para alienar ou onerar imóveis, bem assim como para se prestar fiança ou aval, como se vê da dicção do art. 1.647 da Lei civil.<sup>89</sup>

Há possibilidade dos nubentes optarem pelo regime de comunhão universal de bens que tem a unicidade patrimonial. Vale dizer, o seu princípio básico, salvo as exceções legais, uma fusão patrimonial anterior dos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas, como assim dispôr o art. 1.667 do CC.<sup>90</sup>

Entretanto, a comunicabilidade não é absoluta, e assim dispõe o art. 1.668 do CC:

“Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

---

<sup>87</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 219 - **Código Civil de 2002** - “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 de maior de 70 anos

III – de todos os que dependerem, para casar, do suprimento judicial.”

<sup>88</sup> MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 130

<sup>89</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 300

<sup>90</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional..** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 356



- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados 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.”

Outrossim, o Código Civil de 2002 introduziu um novo regime como uma opção dos nubentes, devendo possuir a averbação do pacto antinupcial, denominado de regime de participação final dos aquestos.

O art. 1.672 do CC dispõe que, “no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.<sup>91</sup>

Em que tange a explicação desse dispositivo, Caio Mario da Silva Pereira claramente aduz:

“A característica fundamental do regime de participação final nos aquestos consiste em que, na constância do casamento, os cônjuges vivem sob império da separação de bens, cada um deles com o seu patrimônio separado. Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal (pela morte um dos cônjuges, pela separação judicial ou divórcio), reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos”.<sup>92</sup>

Para Rolf Madaleno trata-se de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração de seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quanto for bem móvel e necessitando de outorga do cônjuge, se for imóvel (salvo dispensa no pacto antinupcial para os bens particulares, art. 1.656), apenas na hipótese de ocorrer a dissolução da sociedade conjugal, seja verificado o montante dos aquestos levantados à data de cessação da convivência e cada cônjuge participará dos ganhos pelo outro a título oneroso na constância do casamento.<sup>93</sup>

Por fim, o regime mais comumente adotado no Brasil, a comunhão parcial de bens dispensa a celebração de pacto antenupcial, uma vez que o Código Civil estabelece,

---

<sup>91</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 229 - **Código Civil de 2002**

<sup>92</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 235

<sup>93</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. Forense, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 584

em seu artigo 1.640<sup>94</sup>, que não havendo convenção ou sendo esta nula ou ineficaz, prevalecerá, no tocante aos bens dos cônjuges, o regime da comunhão parcial, no qual é reservada a titularidade única dos bens particulares, e assegurada a comunhão dos bens adquiridos, a título oneroso, durante a constância do casamento.<sup>95</sup>

Em tal regime, há a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência matrimonial, por um ou por ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos antes das núpcias ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo.<sup>96</sup>

A colaboração recíproca é considerada como o elemento crucial da comunhão parcial, pois presume-se que, durante a convivência, cada cônjuge presta auxílio ao outro no que concerne a aquisição de bens, auxílio este não apenas econômico, mas também psicológico e moral. Deste modo, todos os bens adquiridos durante o matrimônio são decorrentes de apoio mútuo, não sendo concebida a alegação de falta de esforço comum.<sup>97</sup>

No que tange à administração dos bens, o artigo 1.663<sup>98</sup> do Código Civil estipula que compete a ambos os cônjuges a administração do patrimônio comum, respeitando a isonomia constitucional, e ao respectivo titular, no que tange aos bens particulares. Observa-se ainda da leitura do artigo 1.725<sup>99</sup> do Código Civil, que o regime em comento também é aplicável no âmbito da união estável, estabelecendo idêntica presunção absoluta de colaboração recíproca para a aquisição de bens.

---

<sup>94</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 229 - **Código Civil de 2002** – “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

<sup>95</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 290

<sup>96</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p. 339

<sup>97</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 291

<sup>98</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 225 - **Código Civil de 2002** – “Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.”

<sup>99</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 228 - **Código Civil de 2002** – “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.”

## 2. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITE

Neste capítulo será examinado comparativamente, a situação jurídica do cônjuge e do companheiro, no que respeita aos direitos sucessórios.

Em primeiro lugar, observar-se-á a evolução dos direitos sucessórios do cônjuge no direito brasileiro, em especial, no reconhecimento de sua condição de herdeiro necessário, concorrendo com descendentes e ascendentes.

Na sequência, tratar-se-á da atribuição de direitos decorrentes da relação de união estável, a partir da Constituição Federal de 1988 que a reconhece como entidade familiar legítima, das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que a regulamentam e, finalmente do atual Código Civil.

### 2.1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE

Com o evoluir da sociedade, o Direito sempre busca acompanhar as mudanças para que as leis não sejam divergentes e contraditórias ao que se vive em cada tempo.

Em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, o cônjuge herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, colocado depois dos colaterais de décimo grau, chamados a suceder em grau tão remoto que, no dizer de Beviláqua, se encontravam mais na condição de conterrâneos que de parentes,<sup>100</sup> isto é, na falta de colaterais, os cônjuges entrariam na herança do falecido, o que tornava praticamente inviável da sucessão do cônjuge supérstite.

No Direito Romano, não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina, apenas na ultima fase do Direito Romano, Já com Justiniano, e que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se assim uma possibilidade de usufruto, concorrendo com os filhos.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 117

<sup>101</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 124

Assim, apenas em 1907 com a “Lei Feliciano Pena”<sup>102</sup> o cônjuge sobrevivente passou a herdar em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, antes dos colaterais<sup>103</sup>

O Código de 1916 manteve a mesma ideia em seu artigo 1.611, atribuía a herança ao cônjuge sobrevivente sob dois pressupostos. O primeiro é que seria necessária a ausência de descendentes e ascendentes, e a segunda é que os cônjuges deveriam estar legalmente separados. Sendo assim, no sistema desse Código, a existência de ascendentes e descendentes excluía o cônjuge da herança.<sup>104</sup>

O sistema sucessório estabelecido no Código Civil de 1916 baseou-se no parentesco consanguíneo.<sup>105</sup> Nessa ótica, buscava-se a conservação do patrimônio no mesmo grupo familiar, justificando o desfavor legislativo em colocar o cônjuge supérstite em terceiro lugar. Dessa maneira, se evitava a transferência do patrimônio de uma família com o mesmo sangue para a do cônjuge sobrevivente.

Com efeito, os direitos sucessórios do cônjuge estão em real evolução, passando de quarto lugar, atrás dos parentes colaterais, para terceiro no Código de 1916, e passando agora para herdeiro necessário em propriedade plena no atual Código Civil de 2002, concorrendo com os descendentes e ascendentes.<sup>106</sup>

Apesar da evolução no Código de 1916 em passar o cônjuge para terceiro lugar, passou também a ser insuficiente e considerada insustentável na medida em que a família passava por diversas modificações em sua organização.

Primeiramente, pode-se dizer que a família passou a ter uma composição substituindo-se a família patriarcal em conjugal,<sup>107</sup> a democratização do grupo familiar, transformando o casamento numa sociedade de tipo igualitário, sem o poder único do pai; o

---

<sup>102</sup>BRASIL. **Lei nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907**. Disponível em: <  
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>> Acesso em: 28 ago. 2013

<sup>103</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 124

<sup>104</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 117

<sup>105</sup>OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 625

<sup>106</sup>NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.07

<sup>107</sup>GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 12

não reconhecimento mais do matrimônio como um sacramento, podendo ser dissolvido e perdendo o posto de única entidade familiar reconhecida.<sup>108</sup>

A mais significativa mudança pela qual passou a família foi a valorização do elemento afetivo nas relações familiares, dessa maneira acentua Pietro Perlingiere:

“O juízo de valor de uma entidade familiar diante do ordenamento jurídico, de novo a considera-la merecedora de tutela, não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”<sup>109</sup>

Sendo a família um dos fundamentos do Direito das Sucessões, fornecendo os critérios para a escolha dos sucessores legítimos, suas transformações atingem a matéria da sucessão hereditária.<sup>110</sup>

Diante das modificações, objetivando adequar o texto normativo, foram editadas diversas leis especiais para, junto ao Código de 1916, regular os assuntos relativos a direito das famílias e sucessões.

Cumprindo assim destacar a Lei 4.121 de 1962, denominada “Estatuto da mulher casada” onde retirou a mulher do rol dos relativamente incapazes, inserindo assim o parágrafo 1º e 2º no artigo 1.611 do Código de 1916 que instituía ao cônjuge sobrevivente o usufruto viúval, da quarta parte dos bens do cônjuge falecido se houver filhos deste ou do casal, e da metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do falecido quando o regime não for o da comunhão universal; e ainda o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família quando for o regime da comunhão universal e o cônjuge supérstite viver e permanecer viúvo.<sup>111</sup>

Além disso, os direitos sucessórios do cônjuge encontram mais um marco em sua evolução na Lei 883/49 que dispunha sobre o reconhecimento de filhos adulterinos dentro de certos limites, especificamente em seu artigo 3º, dispunha que na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens teria direito a metade dos

---

<sup>108</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 13-14

<sup>109</sup> PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244

<sup>110</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 08

<sup>111</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 08

bens deixados pelo outro, se concorresse na sucessão com o filho reconhecido na forma desta lei.<sup>112</sup>

Assim sendo, diante da evolução da sociedade e do dever do direito em normatizar as novas perspectivas, o Código Civil de 2002 veio para melhorar consideravelmente os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.

Dessa forma, o Código Civil atual dispõe sobre os direitos do cônjuge em seus artigos 1.829 e seguintes, elevando sua posição de herdeiro em terceiro lugar para posição de herdeiro necessário juntamente com os descendentes e ascendentes.

## 2.2. AQUISIÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

O Código Civil de 2002 trouxe aplausos no que tange os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge, entretanto, apesar dos avanços apresentados nesse sentido, o mesmo não pode ser dito quanto aos companheiros.<sup>113</sup>

Os direitos sucessórios do companheiro foram tardiamente tratados no ordenamento jurídico Brasileiro, enquanto os direitos do cônjuge supérstite evoluíram com o passar do tempo, os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente só foram reconhecidos nos anos 90, e de outra forma não poderia ser, visto que o Código Civil de 1916 contemplava apenas um modelo de entidade familiar, o matrimônio.

Desde o Código Civil de 1916 até a vigência da Constituição de 1988 a ideia de união estável era tida como uma relação ilegítima, tratada como concubinato. Não sendo as relações oriundas do concubinato consideradas como uma forma de entidade familiar, todos seus partícipes estavam excluídos dos efeitos atribuídos à família legítima, na época, a matrimonializada, inclusive o direito à herança.<sup>114</sup>

A convivência sem casamento sempre foi uma constante em nossa sociedade<sup>115</sup> e a inexistência de reconhecimento destas relações pelo sistema jurídico

---

<sup>112</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. VII. p. 78

<sup>113</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 02

<sup>114</sup> BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O concubinato no Direito**. Rio de Janeiro: Alba, 1961, vol 1. p. 328

<sup>115</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo – A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 115-116

brasileiro provocou durante muitas décadas do século XX um descompasso entre a realidade e as previsões contidas na norma civil em matéria de família.<sup>116</sup>

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não existiam dúvidas que o companheiro ou companheira não eram herdeiros,<sup>117</sup> momento este em que foi reconhecida, em seu artigo 226, a união estável de um homem e uma mulher como entidade familiar que deveria se protegida pelo ordenamento brasileiro.

Entretanto, esse dispositivo não conferiu aos companheiros sobreviventes o direito a herança. O primeiro diploma legal a tratar da sucessão do companheiro foi a Lei 8.971/1994, cujo art. 2º<sup>118</sup> estabeleceu o convivente na terceira classe sucessória, preferindo aos colaterais, e assegurou também, quando em concorrência com os descendentes ou ascendentes do falecido, o usufruto legal.<sup>119</sup>

Posteriormente veio a Lei 9.278/1996 para regular o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, complementando a sucessão do companheiro em seu artigo 7º<sup>120</sup>, parágrafo único, atribuiu ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, o direito real de habitação referente ao imóvel destinado à residência daquela família.<sup>121</sup>

---

<sup>116</sup> RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem casamento**: da relação existencial de fato e realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 46

<sup>117</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito das sucessões. 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 134

<sup>118</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 229 - **Código Civil de 2002** – “Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

<sup>119</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>120</sup> BRASIL. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)> Acesso em: 10 set. 2013. “Art. 7º, “Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

<sup>121</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20

Em seguida foi promulgado o Código Civil de 2002, que conferiu, em alguns pontos, tratamento injusto ao companheiro sobrevivente.<sup>122</sup>

Assim, o Código Civil de 2002 regula a sucessão dos companheiros em seu artigo 1.790, no Título I, onde se refere à Sucessão em Geral, e este se dispõe dessa maneira:

“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.”

Os retrocessos em relação ao regramento contido nas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 são evidentes e, de fato, as falhas no art. 1.790 são graves e colocam em análise o conformismo deste dispositivo com a proteção exigida pelo art. 226, §3º da Constituição Federal Brasileira.<sup>123</sup>

Assim, de maneira sucinta, Silvio de Salvo Venosa afirma:

“Podia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão”.<sup>124</sup>

### 2.3. DIFERENÇAS DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Neste item transparecerá, apesar do tratamento constitucional igualitário das relações decorrentes do casamento e da união estável, a inferioridade a que, no campo sucessório, é submetido o companheiro em relação ao cônjuge.

<sup>122</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>123</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>124</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 136



### 2.3.1. Análise comparativa do artigo 1.790 e os referentes aos direitos sucessórios do cônjuge

Durante a vigência do Código Civil de 1916, discutia-se que o Direito brasileiro deveria evoluir em relação ao tema de Sucessões e fazer com que o cônjuge sobrevivente fosse um herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes, bem como poder concorrer com uns e outros, em prioridade.<sup>125</sup> Assim, o novo Código Civil de 2002 cumpriu com o que era recomendado anteriormente sua vigência.

Diante disso, o cônjuge sobrevivente foi colocado em posição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes, conforme disposto no art. 1.845<sup>126</sup>, isto é, aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança que se denomina de legítima, como acentua o art. 1.846<sup>127</sup> do Código Civil de 2002.

Primeiramente, antes de analisar as hipóteses em que o cônjuge será herdeiro em concorrência com outros, faz-se necessária a exclusão do mesmo na circunstância elencada no art. 1.830 do Código Civil, que dispõe: “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”.<sup>128</sup>

Quando se trata de herdeiro cônjuge, não se pode confundir herança com meação, assim, havendo a meação, isto é, quando os cônjuges se separaram, seja pela morte ou pelo divórcio, há a partilha de bens em concordância com o regime escolhido, dessa maneira, além da meação, caberá ao sobrevivente a metade da herança dependendo da situação, correspondendo sua porção da legítima.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 127

<sup>126</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 233 - **Código Civil de 2002** – “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

<sup>127</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 233 - **Código Civil de 2002** – “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

<sup>128</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 225 - **Código Civil de 2002** – “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.”

<sup>129</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 128

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.829, manteve o cônjuge na terceira classe da ordem de vocação hereditária, no entanto, dispôs sua concorrência com os ascendentes e descendentes conforme normatizado, vejamos:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

Apesar das dificuldades de compatibilizar a proteção sucessória do cônjuge com os diversos regimes de bens, o novo Código tenta sistematizar as hipóteses em que o sobrevivente concorre com os descendentes, excluindo-o expressamente em alguns casos conforme previsto no art. 1829, I.

Desse modo, para a primeira hipótese, é necessário se verificar o regime de bens do casamento, pois, não haverá concorrência se o regime for o da comunhão universal de bens ou o da separação obrigatória, ou seja, o cônjuge não herda juntamente com os descendentes nesses casos, mas somente quando o regime for o de comunhão parcial, separação convencional de bens ou participação final nos aquestos.<sup>130</sup>

O artigo 1.832<sup>131</sup> do Código Civil de 2002 estabelece que em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederam e, ainda, não poderá o cônjuge herdar menos que a quarta parte da herança, ou seja, se o falecido deixou três descendentes, divide-se a herança igualmente, entretanto, se o *de cuius* deixou 4 descendentes, a herança será dividida por quarto, ficando  $\frac{1}{4}$  para o cônjuge e os outros  $\frac{3}{4}$  para serem divididos entre os descendentes.<sup>132</sup>

A lei é silente no que se refere a discussão de como deve ser feita a partilha quando o cônjuge sobrevivente é pai ou mãe de algum dos filhos, havendo outros que só são do cônjuge falecido. Para Zeno Veloso, se o *de cuius* deixou descendentes, dos quais o

---

<sup>130</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>131</sup> Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 225 - **Código Civil de 2002** – “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.”

<sup>132</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.162

cônjuge sobrevivente não é ascendente, será obedecida a regra geral: ao cônjuge sobrevivente caberá um quinhão igual ao dos descendentes que sucederam por cabeça.<sup>133</sup>

No caso de não haver descendentes, Ana Luiza Maia Nevares explica, vejamos:

“Serão chamados à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge, consoante o disposto no art. 1.836 do Código Civil de 2002. Nesta hipótese, não há mais restrição quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges, o sobrevivente terá legitimidade para suceder independente do regime de bens. De acordo com o art. 1.837, concorrendo com ascendente de 1º grau, caberá o cônjuge um terço da herança. Assim, concorrendo com o sogro e sogra, a herança será dividida por três. Concorrendo só com o sogro, dividir-se-á a herança por dois e se houver, por exemplo, três avós, o avô materno e a avó e o avô paterno, caberá ao cônjuge metade da herança e a outra metade será dividida entre os ascendentes de segundo grau, conforme disposto no art. 1.836, §2º do novo Código.”<sup>134</sup>

Por fim, na falta de descendentes e ascendentes, caberá ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, independente do regime de bens escolhido, consoante disposto no art. 1.838<sup>135</sup> do Código Civil de 2002.

Por outro lado, o mais moderno Código Civil Brasileiro trouxe desvantagens, injustiças e conseguiu ser inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros, tendo como primeira preocupação a manutenção ou não das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.<sup>136</sup>

Ademais, discute-se a má inserção do art. 1.790 no Capítulo dedicado as “Disposições gerais” do Título I (Da sucessão em geral), e não naquele pertinente à ordem de vocação hereditária, no Título II (Da sucessão legítima), juntamente assim com a normatização das regras referentes ao direito a herança do cônjuge.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo de Cunha (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 225

<sup>134</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.165

<sup>135</sup> Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

<sup>136</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 141

<sup>137</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 137

Conforme o renomado autor Zeno Veloso, “a localização do art. 1.790 no novo Código é um problema menor, pois o referido dispositivo merece censura e crítica severa, por que é deficiente e falho em substancia.”<sup>138</sup>

Assim, estabeleceu o Código Civil de 2002, em seu art. 1.790, no que tange aos direitos sucessórios do cônjuge, que:

“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.”

O problema da sucessão dos companheiros já pode ser visualizada no *caput* do artigo, onde se limita a herança aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.<sup>139</sup>

Nesse contexto, explica a autora Ana Luiza Maia Nevares:

“O primeiro passo diante da morte de um dos companheiros será averiguar quais bens farão parte da sucessão do consorte sobrevivente. Haverá, portanto, duas massas de bens, que serão submetidas a regras distintas relativas à sucessão hereditária: aquela formada pelos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, sobre qual incidirá a norma do art. 1.790, e aquela formada pelos demais bens, como aqueles adquiridos por doação, herança, fato eventual, dentre outros, sobre qual incidirá a norma do art. 1.829 e seguintes do novo Código. Sem dúvida alguma, restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente nos bens adquiridos onerosamente pelo falecido na vigência da união estável pode causar graves injustiças. Basta pensar numa pessoa que só tenha bens adquiridos antes da união estável, ou somente tenha adquirido bens a título gratuito, como herança ou doação. A herança cabeça por inteiro aos demais parentes sucessíveis e, o pior, não os havendo, esta será vacante e pertencerá por inteiro ao Estado.”<sup>140</sup>

De início já se verifica a desigualdade entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. O companheiro só herdará em relação aos bens adquiridos

<sup>138</sup> VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo de Cunha (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 230

<sup>139</sup> OLIVEIRA, Euclides de. **União estável: do concubinato ao casamento** – antes e depois do Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2003. vol VI. p. 203

<sup>140</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.171

onerosamente na constância da união, enquanto essa vedação não existe para o cônjuge sobrevivente.

O art. 1.790 elencou em seus incisos as possibilidades de concorrência do companheiro na sucessão do *de cujus*: com os descendentes comuns, com os descendentes apenas do falecido, com os outros parentes sucessíveis e, na hipótese remanescente em que não haja parentes sucessíveis o companheiro herdará a totalidade da herança.<sup>141</sup>

Em relação ao inciso I do art. 1.790 estar definindo quota equivalente entre os descendentes comuns e o companheiro parece certo desde que não houvesse o *caput* restringindo apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente.

Já no que tange o disposto no inciso II, o qual define que “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”, se verifica grande discrepância de direitos em relação ao cônjuge.

Nos dispositivos sobre a sucessão legítima do cônjuge, não há nada dito em relação aos descendentes apenas do cônjuge falecido, pois, pela interpretação justa da doutrina, a partilha seria dividida igualmente entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente, sem distinções. Já, ao que se verifica no art. 1.790, há uma grande injustiça pois o companheiro, caso haja descendentes apenas do falecido companheiro, este herdará apenas metade do que couber a cada um dos descendentes.<sup>142</sup>

Sobre o primeiro aspecto do inciso III, o qual determina que quando o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 da herança, também recebe diversas críticas em comparação aos direitos sucessórios conferidos ao cônjuge, dessa forma explica Guilherme Henrique Lima Reinig:

“No tocante ao direito do cônjuge, a matéria está regulada no art. 1.837, dispondo que, “concorrendo com ascendentes de 1º grau, ao cônjuge tocará 1/3 da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver só um ascendente, ou se maior for aquele grau”. (...) O companheiro, por sua vez, quando concorrer com ascendentes do autor da herança, sempre herdará 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Enquanto o cônjuge concorre sobre todo o acervo hereditário, aplica-se ao companheiro a restrição do art. 1.790, já criticada acima. Além disso, sua quota se limitará à terça parte, enquanto o cônjuge recebe a metade da herança quando o falecido houver deixado somente um ascendente de primeiro grau ou de grau maior. Percebe-se, portanto, que a posição do cônjuge é francamente melhor do

---

<sup>141</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das famílias. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 137

<sup>142</sup> VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo de Cunha (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 226

que a do companheiro quando em concorrência com os ascendentes do autor da herança.”<sup>143</sup>

O segundo aspecto do inciso III refere-se à concorrência com os colaterais sucessíveis, diante dos quais o companheiro não preferido, da mesma forma que ocorre quando da concorrência com os ascendentes, o companheiro terá direito a 1/3 dos bens que o *de cujus* adquiriu onerosamente durante a união estável.<sup>144</sup>

Assim, havendo ascendentes ou colaterais até o quarto grau, a herança será dividida por três, cabendo ao companheiro um terço, sendo os dois terços restantes divididos entre os parentes.<sup>145</sup> Esse dispositivo afastou mais uma vez o companheiro da solução conferida ao cônjuge supérstite, ao qual se manteve a preferência em relação aos colaterais conforme se verifica no art. 1.829, inciso III, preferindo aos colaterais.

O doutrinador Flavio Tartuce ironicamente exemplifica, dizendo:

“Imaginar que um sobrinho do morto, um primo-irmão ou um tio-avô terão mais direitos que a companheira de uma vida causa certo espanto. Nota-se que, diversamente do que ocorre com o cônjuge sobrevivente, que herda a herança como um todo, havendo apenas colaterais até o quarto grau, o companheiro sobrevivente concorrerá e dividirá a herança com estes. Na opinião destes autores, trata-se de um flagrante retrocesso, uma vez que a Lei nº 8.971/1994 em seu art. 2º, inciso III, garantia aos companheiros o direito de recolher a totalidade da herança caso o falecido deixado apenas colaterais.”<sup>146</sup>

Maria Berenice Dias, referindo-se ao inciso III do art. 1.790 diz que “ainda bem que a jurisprudência vem deferindo a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente e afastando os colaterais da sucessão”, e cita um julgado do TJRS de 08/03/2007, AC 70017169335, rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, 8ª Câmara Cível:

**EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 489 CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inciso III do CC/02, pois afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, §3º, da CF, deu**

<sup>143</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>144</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>145</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.174

<sup>146</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil** - Sucessões. 4. ed. São Paulo: Método, 2006. vol 6. p. 251

**tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.** Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (Agravo de instrumento nº 70017169335, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/03/2007)

Por fim, o inciso IV do art. 1.790 dispõe que não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro a totalidade da herança. Dessa maneira, acentua Zeno Veloso dizendo que “a totalidade da herança mencionada é aquela que o consorte supérstite esta autorizado a receber, ou seja, tão-somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.”<sup>147</sup>

Dessa mesma maneira, Maria Berenice Dias critica e dispõe que:

“A mais saliente afronta cometida pela lei é o princípio da igualdade, ao promover o cônjuge condição de herdeiro necessário, enquanto o companheiro não passa de herdeiro legítimo. O cônjuge ocupa a terceira posição na ordem da vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no último lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio, tio-avô, sobrinho-neto ou primo sequer.”<sup>148</sup>

Grande parte da doutrina e jurisprudência alega ser um retrocesso e uma contramão realizada no Código Civil de 2002 em relação aos direitos sucessórios do companheiro, principalmente após a tutela da pluralidade de famílias disposta Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §3º, ao conferir tratamento diferenciado no que diz respeito a sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro, resultando daí a inconstitucionalidade do art. 1.790.<sup>149</sup>

Ademais, ressalta-se que o companheiro é tratado em pé de igualdade com o cônjuge em pelo menos dois artigos do Código, quais sejam: 1.649 e 1.725, referentes aos direitos a alimentos e à meação, respectivamente; no entanto, o tratamento dispensado não alcança a esfera do direito sucessório do companheiro.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros.** In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo de Cunha (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 233

<sup>148</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 66

<sup>149</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro.** Fortaleza: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. vol 17. n. 1. jan/jun 2012. p. 139-161

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do Código Civil.** 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 191

Na mesma posição, defende Gustavo Rene Nicolau e Álvaro Vilaça Azevedo que:

“Apesar do art. 1.845 do Código Civil de 2002 ser taxativo quanto o rol de pessoas que se enquadram na peculiar categoria de herdeiros necessários, discute-se ao companheiro não ostentar tal qualidade. Por uma interpretação em consonância com a Constituição Federal e com a similaridade de situações sociais que o casamento e a união estável apresentam, há quem defenda ser mais razoável considerar o convivente nessa especial classe de herdeiros. O artigo mencionado, todavia, não deixa margem a tal entendimento e parece que *lege lata*, não já como escapar da restrição imposta ao convivente sobrevivente.”<sup>151</sup>

Acrescenta ainda Maria Berenice Dias que o Código Civil de 2002 trouxe prejuízo para o companheiro sobrevivente nos seguintes termos:

“O Código Civil, ao tratar do direito sucessório na união estável, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao companheiro sobrevivente: a) não o reconheceu como herdeiro necessário, b) não lhe assegurou quota mínima, c) o inseriu no quarto lugar de vocação hereditária, d) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, e e) não lhe conferiu direito real de habitação.”<sup>152</sup>

Nessa mesma esteira, conclui Silvio Rodrigues:

“Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quando a família fundada no casamento”.<sup>153</sup>

Portanto, diante tantas diferenças discriminatórias no que tange aos direitos sucessórios do cônjuge, mais importante se faz a de não considerar o companheiro um herdeiro necessário da mesma forma que o cônjuge.

---

<sup>151</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça. NICOLAU, Gustavo Rene. **Das pessoas e dos bens**. São Paulo: Atlas, 2003, vol I. p. 108

<sup>152</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 65

<sup>153</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. VII. p. 78



### 3. A EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

Aqui chegamos ao núcleo central do presente trabalho monográfico, focando-se o contraste entre a proibição constitucional de uma hierarquia entre as entidades familiares e o retrocesso representado pelo art. 1790 do CC que, em verdade, restringe posições que já eram reconhecidas ao companheiro.

#### 3.1. ARTIGO 226, §3º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA FEDERAL E A AUSÊNCIA DE HIERARQUIA AXIOLÓGICA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES

Como já abordado anteriormente, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a única família legítima e reconhecida era a originada pelo matrimônio. O casamento era a única maneira de se reconhecer uma família, e a única que possuía proteção do Estado.

Na Constituição Federal de 1988 houve uma grande evolução no que tange o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Em seu Capítulo VII, intitulado de “Da Família, Da Criança, Do adolescente e Do idoso”, dispõe seu artigo 226, §3º:

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

(...)

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

Carlos Roberto Gonçalves destaca que: “o grande passo, no entanto, foi dado pela Constituição Federal de 1988. A partir daí a relação familiar nascida fora do casamento passou a dominar-se de união estável, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico”<sup>154</sup>

Ao prestigiar a nova Constituição Federal, principalmente pela implementação da supremacia da dignidade humana, lastreada pelos princípios da igualdade e

---

<sup>154</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 540

liberdade, Maria Berenice Dias afirma que “o constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes”. Ressalta ainda que “foram eliminadas injustificadas diferenciações e discriminações que não mais combinavam com uma sociedade democrática e livre”.

Observa ainda Sônia Maria de Mello Zuccarino que a Constituição de 1988 pôs fim a discriminação entre as entidades familiares, defendendo:

“Como se vê, a CF reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, colocando um ponto final na discriminação existente entre famílias legalmente constituídas e aquelas baseadas simplesmente na convivência, mas deixou pra a lei infraconstitucional a tarefa de estabelecer as regras para o seu reconhecimento, bem como a tarefa de facilitar sua conversão em casamento, o que foi feito muitos anos depois, pela Lei nº 8.971/94 e, logo após, pela Lei nº 9.278/96; atualmente, com a promulgação da Lei 10.406/02, a matéria foi definitivamente inserida no Código Civil, no capítulo referente à União Estável, em seus artigos 1.723 a 1.727.”<sup>155</sup>

Após tantos anos estáticos no que se referia ao sentido da família, juntamente com o evoluir da sociedade e das novas perspectivas, o alargamento conceitual das relações pessoais acabou fazendo com que não existisse apenas um significado à família. Assim, com a Constituição de 1988 o aprisionamento da família nos moldes restritos ao casamento deixou de existir.<sup>156</sup>

Nos dias atuais, o que identifica uma família não é mais a celebração do casamento, a diferença de sexos, e sim o vínculo afetivo capaz de unir as pessoas que pretendem estar juntas para construir suas vidas, deixando de lado visão hierarquizada da família constituída unicamente pelo matrimônio.<sup>157</sup>

Assim, a nova Constituição atribui especial proteção do Estado à família, inclusive a formada pela união estável, atualmente reconhecida como entidade familiar que deve ter todo amparo constitucional. Por isso, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família,

---

<sup>155</sup> ZUCCARINO, Sônia Maria de Mello. **Sucessão entre companheiros: a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC.** Disponível em: <http://jurisfree.blogspot.com/2007/03/sucesso-entre-companheiros.html>. Acesso em: 16 set 2013.

<sup>156</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.146

<sup>157</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 42

permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família, seja ela qual for, tenha especial proteção do Estado.<sup>158</sup>

Nesse sentido, acrescenta Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

“Seja pelo casamento, seja pela união estável ou qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o afeto. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas, todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes.”

O grande problema e questionamento sobre o assunto advêm da hierarquia que supostamente existe entre o casamento e a união estável, e se em algum dispositivo normativo há a equiparação das duas entidades familiares reconhecidas pela lei. E esse impasse é solucionado buscando valores dispostos na Constituição Federal.

Como já enfatizado, a união estável é protegida constitucionalmente pelo artigo 226, §3º da Constituição e que, tratá-la de forma discriminatória implicaria em negar o papel da família e atentar contra a dignidade e realização de seus componentes.<sup>159</sup>

Nessa esteira, Maria Berenice Dias aduz de forma contundente que “inexiste hierarquia entre os dois institutos (casamento e união estável). O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fontes geradoras da família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória”.<sup>160</sup>

Com a mesma ênfase, Zeno Veloso destaca que “a Constituição de 1988 espancou em um único dispositivo, séculos de hipocrisia e preconceito ao instaurar a igualdade material entre homem e a mulher, além de alargar o conceito de família, passando, sobretudo, a tutelar de forma igualitária todos os seus membros”.<sup>161</sup>

Nesse contexto, o dispositivo constitucional em questão consagra a família plural, incluindo em seu rol a união estável e a família monoparental devendo o Estado a devida proteção legal a todos os membros, sem qualquer discriminação.

---

<sup>158</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 428

<sup>159</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.174

<sup>160</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 160

<sup>161</sup> VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. Belém: Jornal O Liberal, 22 de maio de 1999.

Justificando algumas posições contraditórias sobre a não equiparação do instituto do casamento à união estável, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias ressaltam:

“E não se argumente, sequer, como tentam alguns, que se justificaria o tratamento inferior à união estável com base no §3º da Constituição Federal, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Efetivamente, o espírito da norma constitucional não é, a toda evidência, estabelecer graus de importância aos núcleos familiares. (...) Seguramente, não é essa a interpretação que respeita com mais amplitude os valores consagrados dentre as garantias fundamentais, como a igualdade entre as pessoas e a liberdade, além da fundamental da dignidade humana. Ao estabelecer a facilitação da conversão, o constituinte almejou, tão somente, tornar menos solene e complexo o matrimônio daquelas pessoas que, anteriormente, já conviviam maritalmente, como se casados fossem”.<sup>162</sup>

Continuam ainda defendendo que:

“A partir do art. 226, §3º da *Lex Legum*, infere-se que o Estado tem a mesma obrigação de proteger o casamento e a união estável e que facilitar a conversão da família em casamento não pode significar atribuição de graus hierárquicos entre as entidades familiares. Para ser mais exato, casamento e união estável não são e não querem ser a mesma coisa, todavia, ambas as entidades familiares dispõem da mesma proteção, eis que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, como reza o caput do art. 226 da Constituição da República.”<sup>163</sup>

A atual discussão sobre o assunto é a equiparação ou não da união estável e o casamento, provocando diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, ensejando assim pensamentos divergentes sobre a correta interpretação do dispositivo constitucional e a tutela que deve ser atribuída a cada entidade familiar.

Dessa maneira, Paulo Luiz Netto Lôbo elenca as duas posições controvertidas e ainda discutidas em nosso sistema:

“A interpretação dominante do art. 226 da Constituição, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Os que entendem que a Constituição não admite outros tipos além dos previstos controvertem acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas:

I – há primazia do casamento, concebido como modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receber tutela jurídica limitada;

---

<sup>162</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 430

<sup>163</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 431

II – há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura a liberdade de escolha das relações existenciais que previu, com idêntica dignidade.”

Defender que o casamento é entidade familiar hierarquicamente superior às demais significa dizer que será protegida prioritariamente pelo ordenamento jurídico, admitindo-se que aos casados sejam atribuídos direitos superiores em relação àqueles que constituem outro tipo de entidade familiar, simplesmente por que celebraram ato formal do matrimônio.<sup>164</sup>

Entretanto, como se pode admitir a superioridade do matrimônio à união estável diante da evolução social e dos princípios norteadores previstos na Constituição Federal de 1988?

Portanto, após a implementação do artigo 226, §3º na nova Constituição, verifica-se que a união estável ganhou posição tão relevante e importante como o casamento para a configuração de uma família legítima, possuindo seu conceito como entidade familiar, devidamente protegida pelo Estado de forma equiparada e igualitária em comparação à família constituída pelo matrimônio. Assim, a união estável conquistou seu reconhecimento e por isso não pode ter seus direitos inferiorizados, demonstrando dessa maneira que não há que se falar em hierarquia entre entidades familiares como havia antes da promulgação da Constituição de 1988.

### 3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Sustentar-se-á, neste item, a inconstitucionalidade do art. 1790 do CC, tendo em vista a flagrante violação de princípios constitucionais expressos na Carta Magna, bem como se apresentará as posições divergentes, com relato sucinto dos argumentos pró e contra tal posição.

#### 3.2.1. Dos princípios constitucionais violados

Sobre o assunto, acentuadamente começa Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira questionando:

---

<sup>164</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.198

“Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas às famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.<sup>165</sup>

Dessa maneira, percebe-se que o art. 1.790 do novo Código Civil não condiz e não representa a realidade social que se visualiza a anos, bem como ao texto constitucional especificamente em seu artigo 226, §3º concomitantemente os princípios norteadores de todas as relações civis dentro do ordenamento jurídico.

O discutido art. 1.790 deve ser interpretado à luz da legalidade constitucional e, por mais que ao legislador seja reservada a liberdade para estabelecer da ordem e dos graus da vocação hereditária, mostra-se incompatível com o princípio da isonomia a diferenciação entre o cônjuge e o companheiro.<sup>166</sup>

Há quem afirme que o casamento é diferente da união estável, entretanto, quem defende que ao cônjuge deve-se conferir mais proteção e melhor posição sucessória em relação ao companheiro terá diversas posições contrárias para enfrentar, e a base dessa sustentação é a violação dos princípios constitucionais, como o da igualdade, liberdade, retrocesso de direitos já conferidos, entre outros.

Essa situação de diferenciação entre as entidades, enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da igualdade, na medida em que se estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.<sup>167</sup>

Nessa mesma esteira, quando a Constituição diz que a família é a base da sociedade e que deve merecer especial proteção do Estado, todo o ordenamento deve ser lido em consonância com tal mandamento.<sup>168</sup>

Gustavo Rene Nicolau reforça o mesmo pensamento juntamente com a jurisprudência, dizendo que<sup>169</sup>:

---

<sup>165</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das famílias e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 225

<sup>166</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Fortaleza: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. vol 17. n. 1. jan/jun 2012. p. 139-161

<sup>167</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 201

<sup>168</sup> NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e o casamento – Diferenças práticas**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 142

“Dessa forma, o bem de família deve receber interpretação extensiva, o exercício do poder familiar, a decisão sobre a guarda compartilhada dos filhos, a adoção pelo par homoafetivo, a partilha no inventário com companheiro de união estável, enfim, todas as espécies e até mesmo as decisões jurisprudenciais devem seguir a esteira da ordem constitucional.”<sup>170</sup>

Alexandre de Moraes leciona com clareza a respeito do tema explicando que:

“O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, a obrigatoriedade ao interprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.”<sup>171</sup>

Assim, o princípio da igualdade não deve ser somente como uma norma programática, como se fosse um compromisso futuro, abstrato e ideal, deve o legislador descer tal princípio a sua efetiva aplicação na realidade social, assim como o interprete extrair da legislação conclusão que mais se adequa a igualdade pretendida a todos.<sup>172</sup>

Como já anteriormente abordado, a sucessão dos companheiros era regulada nas Leis nº 8.971/84 e 9.278/96, entretanto, com a vigência do Código Civil de 2002 em seu art. 1.790, verificou-se um grande retrocesso se comparado com a legislação anterior.<sup>173</sup>

Com idêntico entendimento sobre o retrocesso legislativo do art. 1.790 do atual Código Civil, Gustavo Henrique Lima Reinig afirma que:

“O lamentável o retrocesso relativo à concorrência do companheiro sobrevivente com os colaterais do companheiro e a ausência de garantia mínima de proteção do direito real de habitação representaram uma significativa redução da proteção sucessória conferida ao companheiro, deixando “lacunas” incompatíveis com o objetivo de proteção insculpida no art. 226, §3º da Constituição Federal. (...) É este

---

<sup>169</sup> NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e o casamento** – Diferenças práticas. São Paulo: Atlas, 2011. p. 143

<sup>170</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 182223/SP**. Ministro Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. 4ª turma. Julgado em 10 de maio de 1999.

<sup>171</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181

<sup>172</sup> NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e o casamento** – Diferenças práticas. São Paulo: Atlas, 2011. p. 144

<sup>173</sup> VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161

lamentável retrocesso, e não a violação a uma suposta equiparação constitucional da união estável ao casamento, que conduz a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Este diploma legal deveria ter observado o patamar mínimo de proteção já alcançado pelas Leis nº 8.971/84 e 9.278/96 e que atendia ao escopo do art. 226, §3º da Constituição. <sup>174</sup>

Diante do exposto no art. 1.790, único que trata da sucessão do companheiro, verifica-se que não há conferido o direito real de habitação ao convivente sobrevivente, diferentemente do art. 1.831 que protege o cônjuge sobrevivente assegurando esse direito.

Além do retrocesso legislativo, a Constituição assegura também a dignidade da pessoa humana e esta é igual para todos, sendo a família um instrumento para a concretização deste princípio, todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção e a mesma relevância no ordenamento brasileiro. <sup>175</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Zeno Veloso assevera que:

“O que não se pode admitir é um tratamento absurdamente desigual entre o mesmo tema a respeito de semelhante assunto, conforme se trata de família matrimonializada ou de família constituída pela união estável, conferindo vantagem ao cônjuge sem o correspondente proveito ao companheiro e quebrando a harmonia do sistema. Afinal, casamento e união estável são entidades familiares, de idêntica altura, de igual importância e com a mesma dignidade.”<sup>176</sup>

Além dos princípios da vedação ao retrocesso legislativo, da igualdade, da não hierarquia entre as entidades familiares já reconhecidas pela Constituição de 1988, há o preponderante princípio da liberdade de cada um.

---

<sup>174</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro** – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>175</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 202

<sup>176</sup> VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164



Sobre o assunto, Ana Luiza Maia Nevares afirma que, “cada um está livre para escolher a forma de constituição de família que melhor lhe aprouver, não podendo haver preterição de direitos em virtude de tal escolha”.<sup>177</sup>

Da mesma maneira defende Paulo Luiz Netto Lôbo sintetizando que “o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido constitucionalmente, isto é, a dignidade da pessoa humana é a liberdade de escolher constituir a entidade familiar que melhor corresponda com a sua realização pessoal.”<sup>178</sup>

O princípio da igualdade significa que se devem tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual, na medida das suas desigualdades. Diante dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se concluir que para tratar alguém diferentemente dos demais, é necessário individualizar o fator que gera tal desigualdade, assim, uma vez verificado tal fator, é necessário que exista uma justificativa racional com fundamento lógico correlacionado com os valores existentes, e se guarda harmonia ou não entre eles.<sup>179</sup>

Diante da explicação acima, o questionamento que se pondera é que não se discute que cada entidade familiar é distinta da outra, ou seja, casamento é diferente da união estável que por sua vez também é diferente da entidade monoparental, entretanto, tal fator diferenciador pode ensejar um tratamento diverso para as referidas comunidades familiares?<sup>180</sup>

Portanto, a Constituição da República não pode estar submetida ao conteúdo da norma infraconstitucional, isto é, ao Código Civil, assim, impõe-se ao jurista exercer um controle cuidadoso da constitucionalidade das normas inferiores à Constituição, inclusive

---

<sup>177</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 203

<sup>178</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Porto Alegre: Síntese. In Revista Brasileira de Direito de Família, n 12, jan-fev-mar. 2002. p. 44

<sup>179</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.21

<sup>180</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 204

daquelas que dizem respeito a união estável, analisando a sua adequação aos princípios e regras constitucionais.<sup>181</sup>

### 3.2.2. Posições controvertidas

Por fim, neste último item deste projeto, será abordada as distintas posições acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790. Há quem defenda ser constitucional e a maior parte da doutrina argumenta pela sua inconstitucionalidade. Ainda, será demonstrado, em casos práticos, julgados atendendo ambas as posições.

#### 3.2.2.1. *Argumentos pró-constitucionalidade*

A maior parte da doutrina entende que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 não retrata corretamente a realidade social e ainda, fere gravemente princípios constitucionais e o art. 226, §3º da Constituição em sua íntegra por não respeitar a igualdade entre as entidades familiares constitucionalmente respeitadas e protegidas pelo Estado.<sup>182</sup>

Entretanto, existem controvérsias, alguns ainda argumentam e defendem pela constitucionalidade do artigo tão discutido do Código Civil de 2002, alegando não haver qualquer princípio constitucional violado pois o casamento e a união estável são institutos completamente distintos, com formações distintas, e que em nenhum momento o art. 226, §3º quis equiparar as duas entidades, mas apenas conferir a proteção do Estado à união estável.

Para os que defendem pela constitucionalidade do art. 1.790, o fundamento lógico para o tratamento diferenciado das entidades familiares está na superioridade do casamento. Entretanto, os que defendem pela inconstitucionalidade, afirmam que este fundamento se encontra guardada no ordenamento civil informado pelos valores constitucionais, pois não há hierarquia entre as distintas formações de uma família.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 428

<sup>182</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 173

<sup>183</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 204

Um bom exemplo para demonstrar a não equiparação da união estável ao casamento, é o acórdão do TJSP, proferido pela 4ª Câmara Cível, por maioria, tendo como relator o Desembargador Alves Braga:

“Há erro de perspectiva na afirmação de que a Constituição da República equiparou o concubinato à família. Não houve equiparação, há que não foi abolido o casamento como base legal da constituição da família (...) O texto constitucional não usou a expressão equiparar em seu art. 226. A família continua sendo a base da sociedade e, o casamento, a base da constituição da família. Apenas reconhecer ‘para efeito da proteção do Estado a união estável entre homem e mulher como entidade familiar’, programando a facilitação do casamento. Manteve, portanto, a distinção entre o casamento e o acasalamento.”<sup>184</sup>

Da mesma maneira, Rodrigo Brandeburgo Curi defende em sua monografia de pós-graduação, que:

“(…) Ao comparar companheiros dos cônjuges, tratando-os desigualmente, quando tanto o casamento como a união estável estariam a se situar numa mesma camada de proteção do Estado enquanto entidade familiar, não se pode deixar de estabelecer que tratam-se de entidades que não se confundem e que, portanto, não haveria situarem-se numa mesma esfera de direitos a que o legislador ordinário entendeu estabelecer no trato sucessório; não por outro motivo dispendo deva ser facilitada a conversão em casamento das uniões estáveis. E isso porque a Carta Magna não igualou, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, como se depreende do § 3º do art. 226: “*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*”. A Constituição fala em facilitar a conversão, não igualar.”<sup>185</sup>

Na mesma esteira, Flávio Tartuce em um de seus artigos, trás um julgado importante para demonstrar que não é unânime a luta pela inconstitucionalidade do art. 1.790, demonstra, portanto, que existe a posição que defende pela sua constitucionalidade:

“Por mim, existem decisões que concluem pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade no art. 1.790 do CC. Há variação na linha seguida para tal conclusão. De início, anota-se decisão que entendeu que a CF/88 não equiparou a união estável ao casamento, o que justifica seu tratamento diferenciado<sup>186</sup> “*A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar. Dessa forma, é possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao*

<sup>184</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Fortaleza: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. vol 17. n. 1. jan/jun 2012. p. 139-161

<sup>185</sup> CURTI, Rodrigo Brandeburgo. **Direito sucessório na união estável – constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e impossibilidade de meação do companheiro supérstite**. Disponível em:

<http://www.cam-adv.com.br/site/direito-sucessorio-na-uniao-estavel-constitucionalidade-do-art-1-790-do-codigo-civil-e-impossibilidade-de-meacao-e-heranca-do-companheiro-superstite/> Acesso em: 23 set. 2013

<sup>186</sup> TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro – o polêmico art. 1.790 e suas controvérsias principais**. Disponível em:

[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02\\_da\\_sucessao\\_do\\_companheiro.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02_da_sucessao_do_companheiro.pdf) Acesso em: 23 set. 2013.

*companheiro. Sendo assim, o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. O art. 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia”.*<sup>187</sup>

É também esse entendimento que se consolida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defendendo que a aplicação do art. 1.790 do Código Civil não gera desigualdades e, portanto, não viola a Constituição:

*“Agravo de Instrumento – Direito de Família e das Sucessões – Direitos da Companheira na sucessão do ex companheiro – Aplicação do art. 1.790, III, do Código Civil – Existência de outros parentes sucessíveis, quais sejam, os colaterais – Arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790, sob o argumento de tratamento desigual entre união estável e casamento – Improcedência. O §3º do art. 226 da Constituição Federal apenas determina que a união estável entre homem e mulher é reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, o que evidencia que a união estável e o casamento são conceitos e realidades jurídicas distintas, razão pela qual não constitui afronta à Constituição o tratamento dado ao companheiro na nova legislação civilista.”*<sup>188</sup>

Verifica-se, portanto, que existem posições controvertidas sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, um lado argumentando ser o casamento um instituto privilegiado, diferente da união estável, da mesma maneira afirmam que a constituição não equiparou um ao outro, apenas facilitou a conversão da união estável em casamento, não possuindo relação de igualdade entre as duas entidades<sup>189</sup>.

Por outro lado, a maioria da doutrina argumenta que o art. 1.790 é inconstitucional por ferir os princípios primordiais de liberdade, igualdade, vedação ao retrocesso legislativo e a não hierarquia entre as entidades constitucionalmente protegidas<sup>190</sup>, além de observarem que as duas entidades se baseiam no afeto, reciprocidade, intuito de constituição de família, que por isso não poderia ser discriminada pelo fato dos membros não optarem pela solenidade do casamento.

---

<sup>187</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJDF - **Recurso nº 2009.00.2.001862-2**, Acórdão nº 355.492, Primeira turma Cível. Rel. Des. Natanael Caetano, DJDFTE 12/05/2009, p. 81.

<sup>188</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito de Família e das Sucessões. **Agravo de instrumento nº 2004.002.16474**. Rel. Des. Odete Knaack de Souza. 19/04/2005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em 24 set. 2013.

<sup>189</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 431

<sup>190</sup> VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182

### 3.2.2.2. Argumentos pró-inconstitucionalidade

Em que pese existirem argumentos divergentes em relação a constitucionalidade ou não do art. 1.790, a maior parte da doutrina defende que a sucessão do companheiro no Código Civil de 2002 está discriminada, viola diversos princípios constitucionais, fere o artigo 226 §3º da Constituição, bem como representa um grande retrocesso de direitos adquiridos pelos companheiros ao passar dos anos.

O art. 226, §3º da Constituição federal dispõe que é reconhecida e protegida pelo Estado a união estável entre homem e mulher e a lei deve facilitar sua conversão em casamento, ou seja, não há hierarquia entre as entidades devidamente reconhecidas.<sup>191</sup>

A questão da inconstitucionalidade do art. 1.790 se resume em verificar a contrariedade do referido dispositivo em relação ao art. 226, §3º da Constituição, tendo em vista os valores constitucionais conferidos aos indivíduos como direitos fundamentais.<sup>192</sup>

Nessa esteira, Guilherme Henrique Lima Reinig sustenta que:

“Estas críticas demonstram que o tratamento conferido pelo Código Civil à sucessão do companheiro não garante a proteção indispensável ao atendimento do escopo do art. 226, §3º da Constituição Federal. O vício da inconstitucionalidade resulta da insuficiência da tutela conferida ao companheiro sobrevivente, que em muitas hipóteses ficará sem amparo necessário à continuidade de uma vida digna e em condições próximas ou ao menos não muito distantes daquela que vivia o falecido.”<sup>193</sup>

Assim, toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que implicaria em negar proteção à pessoa humana, violando a base da constituição federal, devendo se proclamar pela proteção da vida em comum, através de uniões sem formalidades, com o propósito de proteger de qualquer modo a constituição de família, independente da sua origem.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 197

<sup>192</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>193</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

<sup>194</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 428

A grande parte da doutrina sustenta que não há hierarquia entre o casamento e a união estável, são institutos de formação de família diferentes, porém, com o mesmo intuito, mesmo objetivo, mesmo nível de afeto, não podendo, simplesmente pelo fato da união estável não possuir as mesmas formalidades que o casamento, ser discriminada e inferiorizada, principalmente em relação aos direitos sucessórios conferidos pelo Código Civil.

Observa-se, assim, que tratar de forma discriminatória a união estável, implicaria em negar o papel da família e também atentar contra a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes, não podendo assim as pessoas serem obrigadas a se casar para que possuam mais direitos, isto é, a escolha não pode implicar na aquisição de menos ou mais garantias jurídicas.<sup>195</sup>

Dessa maneira, o casamento e união estável distinguem-se na forma de sua constituição e na prova de sua existência, mas jamais quanto aos efeitos protetivos em relação aos seus componentes.<sup>196</sup>

Em que pese a defesa pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias afirmam:

“Sem dúvida, a função primordial do Estado é dar proteção ao gênero entidade familiar, seja lá qual for a espécie através da qual se constitua. Assim sendo, toda e qualquer leitura dos dispositivos normativos da união estável há de ser concretizada com o espírito da igualdade constitucional e, principalmente, com escopo de tutelar os seus componentes, garantindo-lhes a imprescindível dignidade. Em obediência a um rigoroso respeito ao espírito constitucional, bem como procurando tornar reais, concretas, a liberdade de escolha e a solidariedade afirmadas na Carta Maior, entendemos que a única interpretação razoável das normas infraconstitucionais é no sentido de garantir a mesma proteção a toda e qualquer pessoa humana que compõe entidade familiar, independentemente da celebração do casamento. Enfim, onde se encontra protegido o cônjuge, tem de estar, por igual, o companheiro.”<sup>197</sup>

Inclusive, existem alguns direitos conferidos à união estável mesmo que não esteja expressamente determinando, mas por analogia conclui-se que, por exemplo, a união

---

<sup>195</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol 5. p.165

<sup>196</sup> WELTER. Belmiro Pedro. **Alimentos na união estável**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.38

<sup>197</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 431

estável é equiparada ao matrimônio em relação aos institutos já considerados ultrapassados, como verificação do elemento culpa e para concessão dos alimentos.<sup>198</sup>

Ana Luiza Maia Nevares questiona:

“Como é possível dizer que o casamento é entidade familiar superior se todos os organismos sociais que constituem família têm a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros?”<sup>199</sup>

Esta situação enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da isonomia, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros que vivem diante da mesma realidade social.

A regra do art. 226, §3º da Constituição não tem como escopo dar prioridade ao casamento, e sobre esse ponto, Paulo Luiz Netto Lobo diz que esse dispositivo:

“Configura muito mais um comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejam casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como uma norma de indução. Contudo, para os que desejam permanecer sem união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio da igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.”<sup>200</sup>

Sendo assim, é de se perceber a inconstitucionalidade da norma legal que regulamenta o direito sucessório do companheiro, qual seja, o art. 1.790, que dispõe de forma inferior os direitos sucessórios do companheiro em relação ao cônjuge, por estar prejudicando a proteção da pessoa humana, negando sua plena realização e dignidade, afrontando a Constituição Federal.<sup>201</sup>

Nessa mesma esteira de pensamento, Aldemiro Rezende Dantas Junior assevera que o tratamento sucessório do companheiro “é ofensivo ao Texto Constitucional, porque agride a igualdade da proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de família,

---

<sup>198</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 198

<sup>199</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 201

<sup>200</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Porto Alegre: Síntese. In Revista Brasileira de Direito de Família, n 12, jan-fev-mar. 2002. p. 43

<sup>201</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 429

uma vez que não aceitamos a alegada superioridade de qualquer uma das espécies familiares sobre as demais.”<sup>202</sup>

Ressalta ainda que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 “deve ser destinado a lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do Direito”.<sup>203</sup>

Sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790, vale ainda serem transcritas as lições de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk no que tange os direitos sucessórios conferidos à união estável das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 em comparação ao Código Civil de 2002:

“Tais direitos decorrem diretamente do status de família conferido pela Constituição Federal. Desse modo, o tratamento da união estável, no que diz respeito aos direitos daqueles que travam essa espécie de relação familiar, não poderia ser discriminatória em relação ao dispensado às relações matrimonializadas.”<sup>204</sup>

Em sede jurisprudencial é possível localizar importantes julgados consagrando o posicionamento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil:

“Sucessão – União Estável – Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC diante do tratamento paritário entre a união estável e o casamento por força do art. 226 da CF (...) as regras sucessórias previstas para a sucessão entre o companheiro no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade.” (TJ/RS, Ac. Unân. 8ª Câm. Cív., AgInstr. 270009524612, rel. Des. Rui Portanova, j.18.11.04)<sup>205</sup>

Há ainda ementas que sustentam pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil em sua íntegra por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontando com os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge sobrevivente no art. 1.829:

“Direito Sucessório – Bens adquiridos onerosamente durante a união estável – Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança – Omissão legislativa nessa hipótese – Irrelevância – Impossibilidade de se conferir à

<sup>202</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente**. Porto Alegre: Síntese. In Revista Brasileira de Direito de Família/RBDFam, n. 29, abri/maio 2005. p. 165

<sup>203</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente**. Porto Alegre: Síntese. In Revista Brasileira de Direito de Família/RBDFam, n. 29, abri/maio 2005. p. 166

<sup>204</sup> FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. **Um novo projeto de Código Civil na contramão da Constituição**. Rio de Janeiro: Padma. In Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 4, out-dez, 2000. p. 247

<sup>205</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 433



companheira mais do que se casada fosse – Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares – Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil – Reconhecido direito à meação da companheira, afastando o direito de concorrência com os descendentes – Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil – Sentença mantida – Recurso não provido.” (TJSP, Apelação nº 994.08.061243-8, Acórdão nº 4421651, Piracicaba, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elcio Trujillo, julgado em 07/04/2010)<sup>206</sup>

Dessa maneira, conclui Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias afirmando:

“Sem dúvidas a planilha de valores abraçada constitucionalmente, realçando a solidariedade, a igualdade e a liberdade, proíbe a distinção de efeitos jurídicos nas uniões estáveis em relação ao casamento. Não é, por certo, a solenidade de na constituição de uma família que se permitirá maior ou menos escala de efeitos aos seus componentes. Por isso, toda e qualquer proteção conferida ao cônjuge deve ser estendida aos companheiros.”

Nessa mesma linha de defesa, Maria Helena Diniz aduz:

“Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tais referências como não escritas. Sempre que o legislador deixar de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, devem tais omissões ser tidas por inexistentes, ineficazes, inconstitucionais. Igualmente, em todo texto que é citado cônjuge, é necessário ler-se cônjuge ou companheiro.”

Por fim, Gustavo Tepedino afirma que:

“A pluralidade e a igualdade das entidades familiares decorrem da tutela constitucional à dignidade da pessoa humana, que inadmitte hierarquização entre os núcleos familiares. Recomenda-se, por isso, urgente reforma legislativa para a definitiva equiparação do companheiro ao cônjuge no âmbito da sucessão hereditária.”<sup>207</sup>

Dessa maneira, novamente, verifica-se que a desigualdade conferida ao cônjuge em relação ao companheiro é injustificada, isto é, não há razões para a hierarquização desse instituto e a inferioridade dos direitos sucessórios do companheiro em desigualdade aos direitos do cônjuge sobrevivente.

<sup>206</sup> TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro – o polêmico art. 1.790 e suas controvérsias principais**. Disponível em:

<[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02\\_da.sucessao.do.companheiro.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02_da.sucessao.do.companheiro.pdf) Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>207</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Fortaleza: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. vol 17. n. 1. jan/jun 2012. p. 139-161

## CONCLUSÃO

Conforme visto, a questão sucessória do companheiro sobrevivente em análise comparativa ao direito sucessório do cônjuge, consiste em uma das maiores inovações e discussões no âmbito do Direito Civil após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Buscou-se com a presente pesquisa, realizar um estudo da sucessão na união estável, focando, em especial, no art. 1.790 do Código Civil em relação ao art. 226, §3º da Constituição Federal, verificando que não há motivos para a discrepância de direitos sucessórios do companheiro em comparação ao cônjuge sobrevivente, muito menos a superioridade do casamento defendida pela minoria.

Durante todo o projeto, foi abordado a evolução dos direitos conferidos à união estável desde o Código Civil de 1916, que por sua vez não contemplava proteção jurídica adequada, discriminada e reconhecida pela sociedade por ser uma união ilegítima e desajustada. Com o passar do tempo, a sociedade, deixando a hipocrisia de lado, percebeu que, desde sempre, muitas pessoas viviam em uniões livres, e que mesmo não optando pelo casamento, o afeto, carinho, reciprocidade e a lealdade não deixavam de existir.

Na concepção patrimonialista daquela época, o casamento era a única forma de se legitimar uma família, tendo como escopo os laços patrimoniais, visando a formação de patrimônio para posterior transferência aos herdeiros, deixando de lado a afetividade e amor entre os indivíduos. Nessa concepção, não havia a dissolução de vínculo matrimonial, ficando as pessoas unidas até o momento de sua morte.

Felizmente, com o passar dos anos e com o progresso da sociedade, os laços afetivos tomaram maior importância criando-se uma nova concepção de família, originada pelo amor, carinho e lealdade. Nesse instante é que passou a se admitir outras entidades familiares, não cabendo mais sustentar a superioridade do casamento em relação a

união estável. Diante tantos anos de evolução para que fosse reconhecida uma realidade vista e vivida pelos brasileiros, não se pode mais valorizar os direitos conferidos aos cônjuges em detrimento aos direitos do companheiro por uma argumentação já superada.

Dessa forma, adveio a Constituição de 1988, atendendo aos anseios da sociedade, modificou substancialmente o conceito de família, especificamente em seu art. 226, §3º, determinando que a união estável também seja reconhecida pelo Estado como entidade familiar possuindo sua devida e integral proteção.

Destarte, viu-se a necessidade de regulamentar a matéria de acordo com o disposto no art. 226, §3º e assim foram promulgadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Ambas tentaram tratar de todos os assuntos relacionados à união estável e elevaram de maneira substancial os direitos dos companheiros, conferindo de forma similar aos direitos dos cônjuges.

A Lei nº 8.971/94, dentre outras coisas, afirmou que o companheiro passaria a ocupar o terceiro lugar na vocação hereditária de seu companheiro falecido, e que ante a inexistência de ascendentes e descendentes, herdaria a totalidade da herança. A Lei nº 9.278/96 veio para regulamentar, dentre outras situações, que o companheiro teria o direito real a habitação e retirou o lapso de tempo de 5 (cinco) anos para ser reconhecida a união estável. Vista disso, percebe-se que houve avanços no que tange aos direitos do companheiro, em especial, em sua sucessão.

Alguns anos depois, sobreveio o Código Civil de 2002 retrocedendo os direitos e garantias conferidas aos companheiros. No tocante ao direito sucessório, de relevância para esse trabalho, o art. 1.790 dispõe de início, que o companheiro só concorre na herança com os descendentes e demais parentes sucessíveis quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Também houve a modificação da ordem hereditária, passando de terceiro lugar para quarto lugar acerca do direito de herdar a totalidade da herança.

Além disso, o direito real de habitação conquistado pelo companheiro deixou de ser mencionado no novo Código Civil, garantindo somente ao cônjuge

sobrevivente. Desse modo, diante da omissão da lei e da não revogação expressa da anterior, conclui-se através de pesquisas que devem prevalecer os direitos conquistados anteriormente ao Código Civil de 2002.

Ademais, o companheiro é inserido no novo Código Civil como herdeiro legítimo, e não necessário como foi determinado ao cônjuge sobrevivente, bem como não foi garantida a quarta parte da herança, se concorrer com os filhos somente do falecido terá direito a metade do que couber a cada um deles, e se concorrer com os outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3. Verifica-se por mais uma vez evidenciado uma superioridade injustificada do cônjuge em detrimento do companheiro.

A comparação entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro está bem elencada no segundo capítulo desse trabalho, apenas para relatar que existem diferenças gritantes entre o que é garantido ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente e demonstrar que não há razões e argumentos que me convençam que o casamento merece mais amparo que a união estável.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual determinou o reconhecimento e proteção da família formada pela união estável, era de se esperar que os companheiros tivessem seus direitos e garantias melhoradas, até mesmo em relação às Leis anteriormente vigentes, evoluindo de acordo com a realidade social e legislativa, afinal, não há justificativa para o retrocesso de direitos alçados aos companheiros em sua sucessão.

É difícil reconhecer e aceitar que antes do advento do Código Civil de 2002 a situação do companheiro era mais benéfica. Na vigência nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, as garantias sucessórias dos companheiros eram mais semelhantes às dos cônjuges do que no novo Código, e nessa esteira de pensamento, destaco que no direito anterior ao Código Civil de 2002, já estava pacificado a igualdade sucessória entre os cônjuges e companheiros, não havendo motivos e justificativas, sejam históricas ou sociológicas, que fundamentem a mudança trazida pelo novo Código Civil acerca da sucessão.

Portanto, inexistente justificativa legal que apresente o tratamento sucessório diferenciado entre os cônjuges e companheiros sobreviventes, tanto pelo motivo de não haver

hierarquia entre as entidades conforme disposto na Constituição Federal, assim como pela violação dos princípios fundamentais de liberdade, no qual deve abarcar a possibilidade do indivíduo escolher a forma pela qual constituirá sua família; de igualdade, visando determinar que as pessoas devam ser tratadas igualmente por estarem em situações similares; da dignidade da pessoa humana, e da vedação ao retrocesso que evidentemente se verifica quando da vigência do novo Código Civil.

Contudo, existem opiniões divergentes sobre a questão sucessória do companheiro, a minoria defende que casamento e a união estável são institutos familiares distintos e que a Constituição em nenhum momento disse sobre sua equiparação, concluindo que o art. 1.790 do Código Civil está em conformidade com os anseios do legislador constitucional.

Entretanto, a maioria da doutrina e jurisprudência afirma que não há necessidade de estar expressamente escrito na Constituição que a união estável equipara-se ao casamento, nem querem impor que os dois institutos são idênticos. Pelo contrário, admitem serem modalidades diferentes, contudo, o reconhecimento como entidade familiar protegida pelo Estado é a mesma, devendo assim, terem suas garantias e direitos iguais por não mais haver a hierarquia que existia antigamente.

Sendo assim, o Estado deve conferir à união estável a mesma dignidade aos participantes merecendo ter igual respeito social e normativo como o casamento, afinal, perante tantas conquistas adquiridas com o passar do tempo, é o que se espera.

Dessa maneira, a reflexão que esse projeto pretende despertar é: Pode o Código Civil, especialmente na questão sucessória do companheiro em seu art. 1.790, afrontar e desigualar o que a Constituição Federal já equiparou e protegeu?

Dentro das minhas convicções, a família é a base da sociedade, devendo, quaisquer de suas formas de constituição, serem protegidas de maneira igualitária pelo Estado. Se a Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar, a fim de equipará-la ao casamento, não em seu conceito, mas sim em suas garantias e direitos, é

inconstitucional o artigo que fere não só o enunciado da Constituição, mas também seus princípios basilares de um Estado democrático de direito.

Desta feita, visto que a união estável até os dias atuais, hipocritamente ainda possui discriminações em comparação ao casamento, parece-me evidente e necessária uma reforma legislativa acerca das garantias sucessórias do companheiro sobrevivente, sendo medida que se impõe a equiparação entre o companheiro e o cônjuge, incluindo o convivente, ao lado do cônjuge, na ordem de vocação hereditária, atribuindo os mesmos direitos de forma isonômica às duas entidades familiares.

Portanto, diante dessas controvérsias trazidas nessa pesquisa a respeito dos direitos sucessórios do companheiro, um novo diploma legal, que se demonstra essencial ao ordenamento jurídico brasileiro, deve ser feito com fundamentos baseados nos princípios e dispositivos impostos pela Constituição Federal, respeitando também a realidade social e seus anseios. Enquanto não houver esse enquadramento e alteração legislativa, caberá à doutrina e a jurisprudência tentar superar as injustiças em cada caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.146

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. NICOLAU, Gustavo Rene. **Das pessoas e dos bens**. São Paulo: Atlas, 2003, vol I. p. 108

BEVILAQUA, Clóvis, **Direito de família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p.6

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O concubinato no Direito**. Rio de Janeiro: Alba, 1961, vol 1. p. 328

BRASIL. **Lei nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>> Acesso em: 28 ago. 2013

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de janeiro de 1916, Código Civil de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)> Acesso em: 04 set. 2013

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)> Acesso em: 10 set. 2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 182223/SP**. Ministro Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. 4ª turma. Julgado em 10 de maio de 1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJDF - **Recurso nº 2009.00.2.001862-2**, Acórdão nº 355.492, Primeira turma Cível. Rel. Des. Natanael Caetano, DJDFTE 12/05/2009, p. 81.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito de Família e das Sucessões. **Agravo de instrumento nº 2004.002.16474**. Rel. Des. Odete Knaack de Souza. 19/04/2005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em 24 set. 2013.

BRAVO. Maria Celina; SOUZA, Mario Jorge Uchoa. **As entidades familiares da Constituição**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2665/as-entidades-familiares-na-constituicao>> Acesso em: 30 de maio de 2013

CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W. **Casamento e União Estável** – requisitos e efeitos pessoais. 1. ed. Barueri: Manole, 2004. p. 31

CURI, Rodrigo Brandeburgo. **Direito sucessório na união estável – constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e impossibilidade de meação do companheiro supérstite**. Disponível em: <<http://www.cam-adv.com.br/site/direito-sucessorio-na-uniao-estavel-constitucionalidade-do-art-1-790-do-codigo-civil-e-impossibilidade-de-meacao-e-heranca-do-companheiro-superstite/>> Acesso em: 23 set. 2013

DANTAS JÚNIOR. Aldemiro Rezende. **Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente**. Porto Alegre: Síntese. In Revista Brasileira de Direito de Família/RBDFam, n. 29, abri/maio 2005. p. 165

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 28

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol 5. p.165

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo – A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 115-116

\_\_\_\_\_, **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 93

\_\_\_\_\_, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. **Um novo projeto de Código Civil na contramão da Constituição**. Rio de Janeiro: Padma. In Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 4, out-dez, 2000. p. 247

FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, RORHMANN, Konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaicos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p.508

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol VI. p.36

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 91

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24-25

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Família**. 1. ed. São Paulo: RT, 2008, vol VII. p. 17.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21-22

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, n 12, jan-fev-mar. 2002. p. 44

\_\_\_\_\_, **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. Forense, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 584



MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 130

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.21

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 181

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.187

NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e o casamento – Diferenças práticas**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 142

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 625

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 28

\_\_\_\_\_, **União estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2003. vol VI. p. 203

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. p. 65

\_\_\_\_\_, **Instituições de Direito Civil: Direito das famílias**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 32

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das famílias e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-7

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem casamento: da relação existencial de fato e realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 46

REINIG, Guilherme Henrique Lima, **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro – A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 102, vol 931, maio/2013. p. 118-154

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. VII. p. 78

ROSA, Alexandre Moraes da. **Amante Virtual:** (In) consequências do direito de família e penal. Florianópolis: Habitus, 2011., p. 162

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias.** 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4

Senado Federal. Constituição (1988). **Constituição Rep. Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro – o polêmico art. 1.790 e suas controvérsias principais.** Disponível em: <[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02\\_da.sucessao.do.companheiro.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02_da.sucessao.do.companheiro.pdf)> Acesso em: 23 set. 2013.

\_\_\_\_\_, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil - Sucessões.** 4. ed. São Paulo: Método, 2006. vol 6. p. 251

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro.** Fortaleza: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. vol 17. n. 1. jan/jun 2012. p. 139-161

Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Anne Joyce Angher (org). 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012 - **Código Civil de 2002**

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164

\_\_\_\_\_, **Do direito sucessório dos companheiros.** In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo de Cunha (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 225

\_\_\_\_\_, **Homossexualidade e Direito.** Belém: Jornal O Liberal, 22 de maio de 1999.  
VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões.** 8. ed São Paulo: Atlas, 2008. p. 124

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família.** Anais da XV conferência nacional da OAB. 1994, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 645, set/1994

WELTER. Belmiro Pedro. **Alimentos na união estável.** 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.38

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11

ZUCCARINO, Sônia Maria de Mello. **Sucessão entre companheiros: a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC.** Disponível em: <<http://jurisfree.blogspot.com/2007/03/sucesso-entre-companheiros.html>> Acesso em: 16 set 2013.