

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**JOÃO VINÍCIUS QUEIROZ DOS SANTOS**

**UNIÃO ESTÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO DA  
PARTILHA DE BENS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

**CAMAÇARI**

**2018**

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**JOÃO VINÍCIUS QUEIROZ DOS SANTOS**

**UNIÃO ESTÁVEL: UMA ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO DA  
PARTILHA DE BENS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada ao Colegiado do Curso de Pós Graduação em Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito, em Salvador, como requisito parcial para obtenção do Certificado em Pós Graduado.

**CAMAÇARI**

**2018**

Essa Monografia é dedicada a minha família pelo apoio, incentivo e compreensão que nunca me faltaram.

## **AGRADECIMENTO**

A minha família por todo o incentivo, desde a primeira graduação, até a escolha final, graduado em Direito e Pós Graduado em Direito Civil.

A Coordenação do Curso de Pós Graduação da Faculdade Baiana de Direito pela disposição das disciplinas, temas e atualizações trazidas pelos docentes.

As meus colegas de turma, por compor as discussões acerca das abordagens, jurisprudências e grandes momentos em conjunto.

Os meus sinceros agradecimentos a todos que contribuíram com a realização dessa Monografia.

O segredo da vitória, em todos os setores da vida, permanece na arte do aprender, imaginar, esperar e fazer mais um pouco.

Francisco Candido Xavier

## **RESUMO**

Este trabalho tem como objetivo demonstrar evolução dos direitos atribuídos na sucessão da união estável, tendo em vista que apesar da Constituição Federal de 1988 ter lhe concedido à tutela jurisdicional reconhecendo-a como entidade familiar, a legislação infraconstitucional retroagiu impondo direitos inferiores àqueles conferidos ao casamento, pois enquanto o cônjuge sobrevivente figura como herdeiro necessário, o companheiro restou excluído desse rol das sucessões, ou seja, não participava como herdeiro da herança do “de cujos”. Tal situação ensejava uma discriminação entre os dois institutos, ferindo assim o princípio da isonomia que é tutelado pela Constituição Federal brasileira. Portanto, analisa como, diante de tais retrocessos, a União Estável figura atualmente no âmbito das sucessões. Trata-se de um estudo ancorado em pesquisa bibliográfica, sendo que sua fundamentação legal foi amparada pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

**Palavras-chave:** 1. União Estável 2. Casamento 3. Sucessão 4. Isonomia.

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to demonstrate the evolution of the rights granted in the succession of the stable union, considering that although the Federal Constitution of 1988 granted it to the jurisdictional protection recognizing it as a family entity, infraconstitutional legislation retroacted imposing rights inferior to those conferred on marriage , since while the surviving spouse appears as the necessary heir, the companion remains excluded from this list of successions, that is, he did not participate as an heir to the inheritance of the "of whose". This situation led to discrimination between the two institutes, thus violating the principle of isonomy that is protected by the Brazilian Federal Constitution. Therefore, it analyzes how, in the face of such setbacks, the Stable Union is currently included in the scope of successions. It is a study anchored in bibliographic research, and its legal basis was supported by the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002.

Keywords: 1. Union Stable 2. Marriage 3. Succession 4. Isonomy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS A LUZ DOS PRIMEIROS DIPLOMAS LEGAIS</b>	
1.1 O casamento na Constituição de 1891.....	14
1.2 O casamento e as relações concubinárias no Código Civil de 1916.....	15
1.3 A regulação do casamento religioso com efeito Civil.....	24
1.4 A dissolução do casamento através da Lei do divórcio.....	25
<b>2. ABORDAGEM SOBRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL</b>	
2.1 Conceito de casamento e união estável.....	27
2.2 Natureza jurídica e características.....	29
2.3 Conceito de família e a sua importância para a sociedade.....	34
2.4 Regime de bens.....	35
2.5 A partilha de bens quando da dissolução da união estável e do casamento sob o regime de comunhão parcial de bens.....	38
<b>3. A PARTILHA DE BENS NA SUCESSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL</b>	
3.1 Os direitos sucessórios da união estável e do casamento no Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988.....	39
3.2 Inconstitucionalidade na sucessão da união estável e a desobediência ao princípio da isonomia.....	45
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>
<b>ANEXO A – DECRETO N. 521 – DE 26 DE JUNHO DE 1890.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

Os primeiros ordenamentos jurídicos brasileiros preocupavam-se com a proteção ao patrimônio e conferia ao homem o posto do pátrio poder, bem como a chefia da sociedade conjugal, restando à esposa e aos filhos a subordinação à sua autoridade. Competia-lhe também a administração de todo o patrimônio, o qual poderia dispor como quisesse.

O Código Civil de 1916 conservou a proteção patrimonial no seu texto legal, assim como sustentou as diferenças entre os cônjuges, destacando a supremacia do homem na relação matrimonial. No aludido diploma legal pretérito, a família advinda do casamento era a célula balizadora da sociedade, enquanto aquelas oriundas de relações informais eram discriminadas e ficavam a margem da sociedade e do direito. Entretanto, o que se procurava proteger não era família, e sim os bens, para que estes não viessem a ser pulverizados.

No intuito de preservar o patrimônio familiar, a legislação pátria civilista de 1916 também tratou de proibir a dissolução do vínculo conjugal, exceto quando este se desfizesse por morte um dos cônjuges.

A tutela do Estado somente incidia nas instituições familiares advindas do casamento, pois estas eram as que produziam efeitos jurídicos, e qualquer outro tipo de união informal não era reconhecida. Portanto, excluía-se do ordenamento jurídico de 1916 as famílias que não eram constituídas pelo casamento, mesmo que a união fosse entre pessoas sem impedimento para casar, cuja união era denominada de concubinato puro. Deste modo, não havia uma distinção entre concubinato puro ou impuro, uma vez que a diferenciação se dava entre o casamento formal, regido na forma da lei e o casamento informal, constituído na forma concubinária, sem a observância dos trâmites legais.

Contudo, a evolução histórica trouxe mudanças no comportamento da sociedade, havendo transformações culturais, morais, econômicas e sociais. Diante dessas mutações, o concubinato passou a ser cada vez mais frequente em nossa sociedade, assim como as injustiças e discriminações, pois somente o casamento

ensejava direitos. Portanto, por muitos anos a tutela do Estado recaiu sobre as relações matrimoniais, responsáveis por constituir as famílias legítimas que iriam compor a sociedade.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal do Brasil, que travou um marco importante, estabelecendo, entre outros pontos relevantes, a igualdade dos cônjuges em direitos e deveres, a igualdade de todos os filhos, o reconhecimento da união estável como entidade familiar e a possibilidade da sua conversão em casamento. Porém cabe ressaltar, que essas mudanças ocorreram como corolário das necessidades da sociedade, devendo o legislador estar atento aos anseios sociais.

O reconhecimento da união estável pela Carta Magna de 1988 contribuiu para que os casais buscassem a união informal, pois ao contrário dos diplomas pretéritos, o instituto já ensejava direitos e deveres, porém ainda de forma distinta daqueles conferidos ao casamento civil, pois a união estável não estava diretamente revestida das formalidades legais e necessitava de comprovação da sua existência em juízo.

Neste contexto, houve um grande avanço do instituto, já que ao longo da história esteve à margem do direito e da sociedade. Mas ainda existem discriminações, pois, enquanto a Carta Magna de 1988 unificou as instituições familiares, o advento do Código Civil de 2002 acabou por distanciá-las.

O texto Constitucional de 1988 concedeu a tutela jurisdicional, a união estável, reconhecendo-a como entidade familiar e equiparando-a ao casamento. Entretanto, a legislação infraconstitucional retroagiu impondo direitos inferiores àqueles conferidos ao casamento, o que ensejou uma amplificação da desigualdade entre os dois institutos, ferindo o princípio da isonomia que é tutelado pela Constituição Federal vigente.

A união estável é uma sociedade de fato, enquanto o casamento é uma sociedade de direito, pois esta foi constituída de acordo com a lei, já aquela foi concebida por um acordo de vontades que teve como base as leis: 8.971/94, 9.278/96 e o Código Civil de 2002 que passou a regular a referida instituição.

Porém, o legislador do Código Civil de 2002 entendeu que deveria suprimir os direitos sucessórios da união estável por esta não ser regida na forma da lei, conferindo a companheira supérstite tratamento desigual, quando comparado ao cônjuge sobrevivente. A Carta Magna acabou por facilitar essa mitigação de direitos, quando ao invés de igualar a união estável ao casamento, tratou somente de equipará-lo.

O retrocesso da legislação infraconstitucional desencadeou severas críticas dos juristas, devido à mitigação de direito tutelado constitucionalmente, pois quando se esperava por um avanço nos direitos da união estável, em acordo com as mudanças sociais, o legislador tratou de retroceder contrariando todas as expectativas de direito. Ocorre que, segundo a lei, quando se trata da sucessão, o companheiro sobrevivente não participa do rol dos herdeiros necessários, ficando dessa forma excluído da herança do “de cujus”. Já o cônjuge supérstite, assume a posição de herdeiro necessário, concorrendo juntamente com os filhos na sucessão.

Portanto, evidente é que os direitos sucessórios estabelecidos pelo Código Civil vigente impõem restrições aos companheiros da união estável, que conforme a Constituição Federal é reconhecida como entidade familiar tal qual aquela constituída pelo casamento, ou seja, impera a isonomia, mas através da legislação infraconstitucional os institutos são objetos de tratamentos diferenciados na sucessão.

Diante do exposto, justifica-se a importância da abordagem do tema proposto, que enfatizará a supressão dos direitos sucessórios da união estável regulados pelo Código Civil vigente e a violação ao princípio da isonomia, tendo em face à proteção do Estado que reconheceu a união estável como entidade familiar, conforme estabelece a Carta Magna de 1988, e o esforço dos juristas para decidir de modo que garanta mais igualdade aos dois institutos.

Desta forma, indaga-se porque o Código Civil de 2002 conferiu à união estável tratamento sucessório restrito e distinto daquele que é assegurado ao casamento, se a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, tal qual aquela constituída pelo casamento civil?

Nesta linha, a pesquisa do tema em questão terá como objetivo geral demonstrar a supressão dos direitos sucessórios da união estável, regulados pelo Código Civil de 2002 e a violação do princípio da isonomia. E como objetivos específicos visa analisar historicamente a evolução dos dois institutos, identificar de que forma o CC/02 contribuiu para a mitigação dos direitos dos companheiros, e por fim, de qual forma pode ter ocorrido a minimização das discrepâncias entre tais institutos.

Para elaboração dessa pesquisa foi utilizado o método descritivo respaldado em consultas bibliográficas, documentais, dados eletrônicos e artigos pertinentes ao tema. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de consulta de livros e publicações de artigos, visando dar embasamento teórico ao presente trabalho. Já a pesquisa documental teve como foco os primeiros Diplomas Legais, quais sejam o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o Código Civil de 1916, assim como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002, cuja intenção foi apresentar fundamentação legal ao estudo realizado.

Essa pesquisa trará uma abordagem histórica sobre o casamento e as relações concubinárias, a luz dos primeiros diplomas legais enfocando o casamento na Constituição de 1891, o casamento e as relações concubinárias no Código Civil de 1916, a regulação do casamento religioso com efeito Civil e a dissolução do casamento através da Lei do divórcio.

Serão apresentadas também algumas peculiaridades do casamento e da união estável, fazendo uma breve abordagem dessas duas instituições familiares que são células balizadora da sociedade, apresentando também o conceito de casamento e o de união estável, a natureza jurídica e as características, o conceito de família e sua importância para a sociedade, o regime de bens, a partilha de bens quando da dissolução da união estável e do casamento sob o regime de comunhão parcial de bens.

Quanto ao tema principal desta investigação, este obedecerá à seguinte ordem: primeiramente, apresenta-se a partilha de bens na sucessão da união

estável, evidenciando-se os direitos sucessórios da união estável e do casamento no Código Civil de 2002, bem como na Constituição Federal de 1988, além da inconstitucionalidade da sucessão na união estável em face ao princípio da isonomia, evidenciando formas de atenuar as divergências entre os institutos.

Por fim, apresenta-se a conclusão, assegurando que, devido ao fato da Constituição Federal, em seu art. 226 § 3º, reconhecer a união estável como entidade familiar, o companheiro ou companheira deveria concorrer também como herdeiro necessário, como ocorre com o cônjuge, uma vez que tal discriminação configura um retrocesso do Código Civil vigente, diante dos avanços da sociedade. Portanto, o judiciário tem exercido o seu poder de modificar o direito, enquanto as omissões e atrasos dos legisladores ensejariam decisões nitidamente desconexas com os anseios sociais.

# 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS A LUZ DOS PRIMEIROS DIPLOMAS LEGAIS

## 1.1 O casamento na Constituição de 1891

Em 1889, o Brasil estava vivendo um momento de transição, pois deixava de ser Império para se tornar República. Neste período, a autonomia fazia parte do novo sistema, que desencadeou diversas transformações especialmente no campo familiar. Por meio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o Governo Provisório estabeleceu novas regras em consequência da separação entre a Igreja e o Estado, instituindo dessa forma o casamento civil no Brasil e invalidando o efeito jurídico do casamento religioso.

Esse Decreto tinha como objetivo retirar os poderes da Igreja Católica sobre a família, proibindo dessa forma, a realização do casamento religioso antes do legal. A desobediência a essa imposição culminava em sanção penal, com prisão por seis meses e multa referente à metade do tempo a quem o celebrasse, conforme o decreto de nº 521 de 1890.

Neste sentido, a primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, no artigo 72 §§ 3º e 4º, sacramentou no seu texto que só seriam reconhecidas as uniões constituídas através do casamento civil, sendo a sua celebração gratuita, enfatizando que o Estado não iria interferir na escolha da religião dos noivos, ou seja, estes poderiam aderir à religião que lhes conviessem, sem a imposição do Estado.

Esta nova realidade jurídica trouxe grandes repercussões na sociedade, pois mesmo com a separação entre o Estado e a igreja, esta ainda exercia um poder sobre a sociedade, e dessa forma tratava-se de disseminar entre os seus seguidores que o casamento civil era um absurdo, pois contrariava os dogmas da igreja.

O casamento, segundo a doutrina canônica, tinha duas finalidades: o primeiro, referia-se à procriação e à educação dos filhos, já o segundo, à mútua assistência e satisfação sexual.

O direito canônico definia o casamento religioso como algo divino e protegido por Deus, como preleciona Caio Mário (2005, p. 51-52):

O Cristianismo elevou o casamento a dignidade de um sacramento, pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (caro uma, uma só carne), e de maneira indissolúvel (quos Deus coniunxit, homo non separet).

O casamento religioso era realizado através da vontade dos noivos, celebrado pelo ministro da igreja, que a partir da consagração do ato seria testemunha necessária do matrimônio, este era o requisito que atestava a sua validade, essa união era indissolúvel e perpétua, enquanto não houvesse a morte de um dos nubentes, sendo essa a única possibilidade de dissolução.

Ressalta-se que as normas da doutrina católica procuravam manter a ordem social através da família legítima, constituída a partir do casamento, por isso impedia a dissolução do vínculo conjugal, salvo por morte de um dos nubentes, de forma que a separação era punida com o isolamento pela sociedade daquele que a ocasionou.

Porém, as transformações no campo do direito de família não conseguiram dirimir a influência do direito canônico neste campo, visto que o código civil e outras normas referentes ao casamento seguiram as suas determinações, regulando-as. Destacam-se aquelas referentes aos impedimentos matrimoniais, as que tratam das condições de invalidade do casamento, que estabelecem os mesmos requisitos criados pela igreja católica para que este seja lícito e válido, assim como a cerimônia de celebração do casamento, seus efeitos jurídicos e a sua dissolução.

Mas, apesar do direito de família ser substanciado em fontes religiosas e morais, será imprescindível que a sua interpretação siga um contexto jurídico, diferentemente do que acontece com o direito canônico.

## **1.2 O casamento e as relações concubinárias no Código Civil de 1916**

O Código Civil 1916 buscava regulamentar os direitos e deveres inerentes à família, à propriedade e ao contrato. No que se refere ao casamento, este foi recepcionado de forma específica na Parte Especial do Livro I, referente ao direito de família, do aludido diploma, que neste sentido determinava, entre outros, as formalidades preliminares que eram necessárias para a habilitação do casamento, os impedimentos, oposição destes impedimentos, a celebração, as provas do casamento e as situações que o tornavam nulo ou anulável.

Regulava ainda as disposições penais do direito de família, assim como os efeitos jurídicos do casamento, os direitos e deveres do marido e da mulher, o regime de bens entre os cônjuges, as doações antenupciais, a dissolução da sociedade conjugal e a proteção da pessoa dos filhos, as relações de parentesco, a filiação legítima, o reconhecimento dos filhos ilegítimos, a adoção, o pátrio poder, os alimentos, a tutela, a curatela e a ausência.

Em alusão ao referido código, Silvio Rodrigues (2002, p. 8) cita Beviláqua que define direito de família:

Direito de família é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e ausência.

Contudo, o Código Civil de 1916 tratou de não fazer referência alguma ao casamento religioso, pois este não produzia nenhum efeito na esfera jurídica. Diante dessa omissão, a união constituída a partir da bênção religiosa passou a ser um concubinato, preocupando-se o legislador apenas em proteger e garantir os direitos da família legítima instituída pelo casamento legal, sendo que esta era considerada como alicerce da sociedade, que tinha na sua característica mais forte o poder patriarcal exercido pelo marido, sendo permitida a dissolução da sociedade conjugal no caso de morte de um dos cônjuges.

Entretanto, conforme prelecionava o texto legal do Código Civil de 1916, no artigo 180, da parte especial do livro I, que dispunha sobre o direito de família, referindo-se as formalidades preliminares para constituição do casamento, existiam alguns requisitos para que os nubentes fossem habilitados para o ato civil.

Conforme a ordem estabelecida no texto legal de 1916, se fazia necessário comparecer perante o oficial do registro civil, apresentando os documentos necessários, quais sejam: certidão de idade ou prova equivalente; declarações do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; declaração de duas testemunhas maiores, parentes, ou estranhos, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar; certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de divórcio.

Caso os nubentes ou apenas um deles houvesse residido em outro Estado na maior parte do ano anterior, era necessário apresentar prova de que não o havia deixado com impedimento para contrair matrimônio, ou se tinha algum impedimento deveria comprovar que já havia sido cessado.

Em conformidade com os requisitos legais disposto no Código Civil pretérito, os documentos que ensejavam a habilitação<sup>1</sup> do casamento também poderiam ser apresentados pelos procuradores dos pretendentes ao oficial do registro, devendo este: lavrar os proclamas de casamento, mediante edital, fixando-o por quinze dias no local onde eram celebrados os casamentos, devendo ser também publicado na imprensa.

---

<sup>1</sup> “Art. 180 do Código Civil de 1916: A habilitação para o casamento faz-se perante o oficial do registro civil, apresentando-se os seguintes documentos: I - certidão de idade ou prova equivalente; II - declaração do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; III - autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra (arts. 183, XI, 188 e 196); IV - declaração de duas testemunhas maiores, parentes, ou estranhos, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar; V - certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de divórcio. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)Parágrafo único. Se algum dos contraentes houver residido a maior parte do último ano em outro Estado, apresentará prova de que o deixou sem impedimento para casar, ou de que cessou o existente”.

O lapso temporal de quinze dias era para que todos tomassem ciência do ato. Caso dentro desse prazo não aparecesse quem impusesse impedimento, nem houvesse algum que se enquadrasse como tal, conforme prelecionava a lei, o oficial do registro notificaria a habilitação dos pretendentes para contrair casamento, que deveria ser realizado em até três meses.

Quanto ao registro dos editais, este deveria ser feito no cartório do oficial, no qual foi publicado, devendo fornecer a certidão a quem o solicitasse. Se caso os pretendentes residissem em circunscrição do Registro Civil diversa, seria necessário a publicação dos editais em um e em outra Circunscrição.

Se os nubentes necessitassem casar-se com urgência, a autoridade competente deveria facilitar o feito, observando as disposições legais. Assim, poderia dispensar-lhes a publicação dos editais, que era um ato que demandava tempo, mas os nubentes deveriam cumprir o processo de habilitação, não havendo disposição contrária que impedisse a habilitação, ficavam aptos para o ato civil.

O casamento para ter o amparo legal deveria obedecer a um pressuposto imprescindível para a sua propositura, que era a diversidade de sexo, o que mudou significativamente após o julgamento pelo STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132.

O Código Civil de 1916 estabelecia quatro tipos de regimes de bens: a comunhão universal, a comunhão parcial, a separação de bens e o regime dotal. Escolhidos qualquer destes seria absolutamente irrevogável. O regime de comunhão universal de bens era o mais utilizado entre os nubentes, uma vez que também era adotado quando não havia a escolha do regime de bens do casamento pelos pretendentes, o que foi alterado com a lei do divórcio, passando a figurar nessa seara o regime de comunhão parcial, quando não houvesse pacto antenupcial.

Entretanto, a legislação pretérita tratou de estabelecer uma forma de resguardar os bens particulares do marido se o regime de bens não fosse o da comunhão universal, pois este poderia recobrar da mulher as despesas, que com a defesa dos bens e direitos particulares desta houvesse feito.

Quanto ao regime dotal, este não se tornou ativo no Brasil, visto que os nubentes não se interessaram em condicionar o casamento ao valor do dote, ignorando esse regime, que acabou por cair em desuso.

Silvio Rodrigues (2002, p. 216), definiu o referido regime da seguinte forma:

Regime dotal é aquele em que um conjunto de bens, chamado dote, é transferido ao marido, para que este utilize os frutos e rendimentos produzidos por esse patrimônio, para ocorrer aos encargos da vida conjugal. Tal patrimônio é incomunicável, devendo os bens que o compõem, ou seu valor, serem devolvidos ao ensejo da dissolução conjugal.

Os nubentes não foram receptivos a esse regime pela sua característica mercenária, pois associavam o dote a comercialização do casamento, o que ensejava para os pretendentes a ocultação do sentimento que os unia, para dar vazão ao valor que receberiam, no caso o esposo, pela constituição do ato civil.

A legislação revogada disciplinava que o objetivo primordial do casamento era a constituição da família legítima e a ela eram conferidos todos os efeitos jurídicos regulados pelos diplomas legais, além do reconhecimento como célula balizadora da sociedade e legalmente protegida pelo Estado.

O homem, na esfera Civil do Código de 1916 tinha atribuições específicas, que revelavam a supremacia em face do sexo feminino, caracterizando uma autoridade decorrente do machismo da época. Dessa forma, ao constituir casamento, o marido ocupava a posição de chefe da sociedade conjugal, ficando responsável pela gerência da família em todos os aspectos, assim como a administração dos bens comuns e particulares da esposa, o direito de fixar o domicílio da família e o sustento desta, restando à esposa e aos filhos a subordinação à sua autoridade e autonomia.

Quanto à esposa, esta era classificada como relativamente incapaz em certos atos e na forma de exercê-los. A legislação infraconstitucional pretérita estabelecia uma distinção acentuada e discriminatória para a mulher casada, tanto que os direitos e deveres relativos ao homem e a mulher que constituíam matrimônio através do casamento, eram disciplinados em capítulos diferentes, justamente por estas distinções, que colocava o homem casado em posição de chefe da sociedade conjugal.

A superioridade do homem na relação conjugal ficou bastante evidenciada no Código pretérito de 1916, deixando a esposa em situação desprivilegiada juridicamente. Neste sentido, Silvio Rodrigues (2006, p. 20) dispõe:

A família de que cuida o legislador de 1916 é a tradicional, inspirada no privilégio da varonia, pois o art. 243 do Código Civil declara que o homem é o chefe da sociedade conjugal. Ele limita bastante os direitos da mulher casada, que inclusive é vista como relativamente incapaz quanto a certos atos e a maneira de os exercer (art. 6º).

Mas, o Código Civil pretérito, em seu art. 251, também estabeleceu uma condição à mulher casada, definindo que se o marido estivesse impedido de exercer o papel de chefe de família, por estar em lugar ermo, isolado, ter sido dado como desaparecido ou em cárcere privado por um período superior a dois anos, ou ainda ter sido interditado pelo Estado, a esposa poderia assumir o seu lugar como chefe de família administrando-a e a seus bens.

A indissolubilidade do casamento, herança do direito canônico, foi mantida no texto legal em questão, o que também contribuiu para o crescimento das relações extramatrimoniais.

No que se refere à família ilegítima, chamada assim por não ser constituída através do casamento, esta era colocada a margem da sociedade e do direito, de forma que o Código supracitado quase não se referiu ao concubinato em seu texto legal. As poucas referências a esta relação foram feitas de forma mitigada e

hostilizada, não se preocupando o legislador em lhes dar algum efeito jurídico, e sim em apartá-la da família legítima que tinha a tutela protecionista do Estado.

A esse tipo de relação extramatrimonial o Código de 1916 tratou de não dar nenhuma margem de direitos, proibindo-se, como preleciona Gonçalves (2007, p. 12), “doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida”.

A única referência positiva direcionada a relação extramatrimonial conferida pelo aludido diploma, dizia respeito à possibilidade de reconhecimento dos filhos ou do filho, concebidos quando os pais viviam em regime de concubinato. Contudo, não passava disso, pois a legitimidade só se dava com o casamento.

Nesse ínterim, a filiação era classificada em legítima ou ilegítima, definia-se de acordo com a forma de convivência escolhida pelos pais. Se estes fossem casados, os filhos eram legítimos, se não fossem, ou fosse adotado, era ilegítimo. O aludido Código, em sua definição de família, relatava que esta era composta dos pais casados e seus filhos comuns.

Os filhos ilegítimos classificavam-se entre naturais que eram aqueles havidos de relações que não tinham impedimentos para contrair o casamento, e espúrios que eram filhos de uniões de pais que tinham impedimentos para casar, tais como relações de parentesco e afinidade ou casamento anterior tido como adúlterino e incestuoso.

Desta forma, o artigo 358 do Código Civil de 1916 não tutelava os filhos havidos de relações adúlteras e incestuosas, por isso sua filiação não era reconhecida. Esta foi uma forma que o legislador encontrou para proteger a família legítima e o seu patrimônio.

Se os pais casassem após a concepção ou nascimento dos filhos, estes teriam os mesmos direitos daqueles dados aos filhos legítimos, mas se não contraíssem o casamento poderiam os filhos serem reconhecidos, mas não teriam

direitos iguais aqueles conferidos aos filhos legítimos. Então, a única forma de assegurar a tutela jurisdicional da família era casando.

Ressalte-se, que o aludido diploma pretérito não faz distinção entre as relações extramatrimoniais, que recebem a denominação de concubinato, mas este assume duas características distintas, são elas: concubinato puro, definido como aquele em que os companheiros não têm impedimento para contrair casamento, ou seja, os nubentes estão livres para casar-se, e o concubinato impuro que se refere à relação entre pessoas que não podem contrair o casamento por enquadrarem-se nos requisitos dos impedimentos legais.

Conforme aduz Maria Helena Diniz (2004, p. 345) a união de fato ou concubinato tem duas classificações podendo ser puro ou impuro:

Será puro se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária [...]. Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de casar.

O tratamento conferido pelo Código de 1916 ao concubinato puro era o mesmo demandado ao impuro, pois bastava não ser casado para ser discriminado. A ilegitimidade conferida às relações extramatrimoniais, não dava margem a tutela jurisdicional.

Diante do exposto, se faz necessário listar os impedimentos elencados no artigo 183 do aludido diploma legal pretérito. Dessa forma, não era permitido o casamento entre os ascendentes e os descendentes independente do parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil; os afins em linha reta, sendo este legítimo ou ilegítimo; o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante; os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva.

Igualmente impedidos estavam as pessoas casadas; o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado; o cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte; as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir; o raptor com a raptada, enquanto esta não se achasse fora do seu poder e em lugar seguro; os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador.

Também estavam proibidas de casar as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito; o viúvo ou a viúva que tivessem filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; 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, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho.

Ainda estavam impedidos de constituírem o ato matrimonial legal, o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não for cessada a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo se houvesse permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento; o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tivesse exercício, salvo se houvesse licença especial da autoridade judiciária superior.

Contudo, o Código Civil de 1916 trouxe a desigualdade, a hierarquia e o autoritarismo do pátrio poder comum da época, em seu texto relativo ao direito de família. Maria Berenice Dias (2002, p. 3) faz a seguinte interpretação do casamento e das relações concubinárias no referido diploma legal:

[...] o qual apresentava, originariamente, uma estrita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo a sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

Diante do exposto, o casamento era tido como um ato sem volta, do qual não cabia arrependimento. As pessoas casadas estavam presas ao teor da lei, que obrigava de forma irredutível a união daqueles que já não tinham mais o interesse na convivência.

A indissolubilidade do vínculo conjugal favoreceu as relações extramatrimoniais chamadas na época concubinato, e a constituição da família ilegítima que era tão discriminada pela sociedade e conseqüentemente pela legislação infraconstitucional de 1916. Porém, para algumas pessoas esta foi à única forma de unir-se à pessoa desejada, construindo um casamento de fato, regido pelo acordo de vontades dos companheiros, mas apartado da imposição da lei e da burocracia do judiciário.

### **1.3 A regulação do casamento religioso com efeito Civil**

Após toda a tentativa de separação entre Igreja e Estado pela CF de 1891, a Constituição de 1934 instituiu que o casamento religioso poderia ter efeitos civis, mas desde que fossem observados os requisitos legais.

O Diploma Constitucional de 1946 manteve o dispositivo da Carta de 1934, mas condicionou a regulação, de forma que deveriam ser observados os impedimentos e as prescrições previstas em lei. A inobservância desses requisitos colocava o casamento civil na posição de não existente.

Por isso, o celebrante ou qualquer interessado, a depender da religião seguida pelos nubentes, que realizasse o casamento religioso deveria observar as disposições previstas em lei, devendo também fazer a inscrição do ato no Registro Público, dessa forma o casamento alcançava também o efeito civil, ou seja, jurídico.

Contudo, foi através da Lei n. 1.110 de 1950 que o casamento religioso com efeito civil foi totalmente regulamentado, mas para sacramentar o ato e torná-lo civil,

deveriam os nubentes após a sua realização requerer a sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Naturais, depois de estarem habilitados para tal. Daí por diante os demais diplomas legais asseguraram o casamento religioso com efeito civil nos termos da lei.

#### **1.4 A dissolução do casamento através da Lei do divórcio**

O ordenamento brasileiro não permitia a dissolução do vínculo conjugal, essa posição se tornou irredutível nos diplomas que regularam o instituto do casamento, a exemplo a Constituição Federal de 1967, Emenda Constitucional n. 1/69 que estabelecia no artigo 175: “a família é constituída pelo casamento e terá direito a proteção dos poderes públicos; §1º O casamento é indissolúvel”.

A indissolubilidade do vínculo foi protegida pelo direito canônico de forma resistente por muitos séculos, este enfatizava o casamento como um sacramento indissolúvel, permitindo somente a separação de corpos, mas não a dissolução do casamento.

Como o direito canônico influenciava as legislações da época e também a sociedade como um todo, criou-se uma filosofia de ordem pessoal e moral para manter a indissolubilidade do casamento, isso deu ensejo a muitas das relações concubinárias, prevalecendo à posição da igreja católica e do direito canônico por muitos anos.

Caio Mario (2005, p. 278), faz o seguinte comentário a cerca da indissolubilidade do casamento, “A doutrina canônica funda-se em que, para ela, o matrimônio é um sacramento que une os cônjuges indissolúvelmente”.

Os parlamentares que defendiam o divórcio lutaram veementemente pela aprovação desse projeto por trinta anos, mas eram sempre vencidos, pois do outro lado figurava a igreja católica atuando como defensora do vínculo conjugal, ajudando os demais parlamentares a sustentar a indissolubilidade do casamento.

Todavia, em 1977 a Emenda Constitucional n. 9 quebrou essa rigidez, regulamentando o divórcio através da Lei 6.515 de dezembro de 1977, mas este só seria possível se houvesse separação judicial por mais de três anos.

Haviam três modalidades de divórcio: o divórcio-remédio, divórcio-falência e o divórcio-sanção, estas eram aplicadas a cada caso de divórcio litigioso direto. A primeira modalidade se enquadrava em situações em que um dos cônjuges não tinha mais condições de suportar a relação conjugal; já a segunda, dizia respeito à ruptura da vida comum do casal, não havendo possibilidade de retomarem a comunhão do casamento; a terceira modalidade tinha a finalidade de impor uma sanção aquele que violou os deveres conjugais, a sua penalidade era a dissolução do casamento.

Cabe ressaltar, que a dissolução do vínculo conjugal poderia ser intentada por qualquer dos cônjuges, de forma isonômica, devendo estes ficarem livres para constituir uma nova família se assim desejassem.

Destaca-se ainda, que a lei que instituiu a dissolução do casamento também possibilitou a interposição do divórcio consensual, ocasionado por mútuo acordo de vontade dos cônjuges, que não mais desejavam o vínculo da sociedade conjugal.

Assim, o divórcio surgiu com fito de regular uma situação de impossibilidade da convivência conjugal, de forma que já não havia mais condições de manter o vínculo matrimonial. Dessa forma, não poderia a lei obrigar alguém a manter-se casado, visto não apresentar mais o interesse na vida comum que o casamento impõe, pelo contrário, tão imposição ensejaria a formação de ainda mais relações extramatrimoniais.

Já a Carta Magna de 1988 modificou o prazo para a propositura do divórcio, passando a ser um ano após a separação judicial ou quando comprovado por mais de dois anos a separação de fato.

## **2. ABORDAGEM SOBRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL**

## 2.1 Conceito de casamento e união estável

O casamento, no decorrer dos anos, deixou de ser a única forma de constituição da família legítima, embora ainda seja considerada a instituição mais importante do direito privado, pautada em legislação específica garantidora de direitos e deveres formalizados através de um contrato bilateral que cria um vínculo jurídico de convivência matrimonial.

Dessa forma, o casamento idealizado pelos Códigos pretéritos e pelo direito canônico era tido como o ponto referencial da sociedade, que tinha como pilar a ordem, a moral e os bons costumes que formavam a base cultural do País.

Apesar do Código Civil de 1916 revelar o casamento como uma instituição que tem por objetivo a constituição da família legítima, formadora da sociedade, sacramentada em um contrato indissolúvel, a evolução do direito de família ao longo do tempo reformou esse conceito, trazendo a baila a afetividade dos nubentes e o desejo de compartilharem uma vida juntos, enquanto houver a reciprocidade de vontades, pois caso contrário não existe mais a obrigação de conviver maritalmente se não há mais interesse na vida em comum, ensejando desta forma a dissolução do vínculo conjugal.

Neste sentido, Silvio Rodrigues (2006, p. 19) expõe a seguinte definição: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por finalidade a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Portanto, a constituição do casamento tem um caráter de afetividade cominada com os direitos e deveres impostos pela lei, que deverão ser seguidos pelos nubentes enquanto sustentarem o vínculo conjugal.

É importante observar que o conceito de casamento vem sendo alterado, uma vez que anteriormente limitava-se ao vínculo jurídico entre homem e mulher, e atualmente pessoas do mesmo sexo podem realizar tal vínculo, visto que o direito, a passos contidos tenta acompanhar os avanços sociais.

Neste contexto, o instrumento que oficializa o casamento caracteriza não só os direitos e obrigações impostos aos nubentes, mas afetividade mútua e o desejo da vida em comum. Mas, apesar de alguns conceitos relatarem que o casamento também visa à constituição de uma família, não há obrigatoriedade da procriação, até porque haveria uma discriminação das pessoas que não pudessem ter filhos ou não quisessem.

Algumas transformações ocorreram no campo do direito de família ao longo do tempo, e dentre elas, o casamento deixou de ser responsável pela constituição da família legítima, dando ensejo às uniões informais. A indissolubilidade do vínculo foi um dos fatores preponderantes para que surgissem outras formas de união de pessoas, mas com características e objetivos idênticos ao do casamento, porém substanciado no acordo de vontades. Por isso se justifica o número crescente de casais vivendo sob a tutela da união estável.

Embora o concubinato puro não tenha sido aceito nas primeiras legislações, a prática constante dessa forma de casamento informal provocou uma transformação nos valores defendidos pela sociedade, e conseqüentemente na legislação pátria de 1988, que a reconheceu como entidade familiar, configurando de uma vez por todas a validade deste vínculo no ordenamento jurídico.

Entretanto, se faz necessário que a união estável seja reconhecida através do judiciário, ou seja, deverá haver uma comprovação que o casal conviva ou conviveu em união estável.

Silvio Rodrigues (2006, p. 259) relata o seguinte conceito acerca da união estável:

[...] poder-se caracterizar a união estável como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca entre a mulher e o homem.

Para o referendado autor, este conceito abrange as necessidades jurídicas previstas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, que mudou o conceito de união estável trazendo novos elementos que definiu a relação dos companheiros em face da lei.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 186) define a união estável: “Concubinato puro ou companheirismo seria a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram casamento anulado)”.

Contudo, embora uma das condições para a constituição de uma união estável seja diversidade de sexo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, chamada de união estável homoafetiva ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132. Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, entende que a união estável também pode ser caracterizada pela junção de duas pessoas do mesmo sexo, estendendo os direitos a todos aqueles que contraírem essa união com intuito de constituírem família, ainda que não gerem filhos/herdeiros.

Portanto, o que caracteriza a união estável é o fato de nenhum dos companheiros terem impedimento para contrair casamento. Caso haja, a relação de comunhão informal não poderá ser denominada de união estável e sim de concubinato impuro, onde os companheiros dessa relação não podem contrair casamento por se enquadrarem nos impedimentos elencados no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

## **2.2 Natureza jurídica e característica**

A doutrina oferece três correntes para tentar explicar a natureza jurídica do casamento: a concepção contratualista, a concepção institucionalista e a concepção eclética ou mista. No entanto, a polêmica se acentua em torno das duas primeiras correntes.

A concepção contratualista defende que a natureza jurídica do casamento é contratual, que se estabelece por um acordo de vontades, como ocorre com um contrato civil. Desta forma, todas as disposições aplicadas ao contrato civil são imputadas também ao casamento, que se constitui como contrato no momento da anuência ou consentimento dos nubentes.

De posse do estado de casados, os cônjuges se assim decidirem em comum acordo, poderão dissolver o vínculo conjugal através do distrato que é a forma de dissolução do contrato em geral.

Entretanto, a concepção institucionalista em oposição à teoria contratualista se pauta na concepção do casamento como sendo uma instituição de caráter social, com regras definidas pelo Estado, na qual a aderência dos nubentes ao casar-se cria instantaneamente uma situação jurídica.

Maria Helena Diniz (2004, p. 44), citando Guillermo Borda, defende a teoria institucionalista diferenciando-a da contratualista:

[...] a) o contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto e o comprador, o mais baixo); a instituição um *consortium*, onde os interesses são coincidentes; b) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; c) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes; a instituição uma entidade que se expõe tanto as partes como a terceiros[...]

Contudo, a teoria institucionalista se revela como contrária à teoria contratualista em todos os aspectos, pois para ela não há como se contratar afeto, companheirismo, fidelidade e as demais características inerentes ao casamento. No entanto, no contrato há uma troca mediante dinheiro, serviço, coisa e etc.

Em meio à falta de consenso entre as duas primeiras correntes, surge a terceira concepção chamada de eclética ou mista, que é uma junção das duas primeiras correntes, nela estabelece-se que o casamento é um ato complexo, definindo-se como contrato e instituição ao mesmo tempo, como preleciona Carlos

Roberto Gonçalves (2007, p. 25), “Trata-se de um contrato especial, um contrato de direito de família”.

Nessa linha Silvio Rodrigues (2006, p. 22), faz o seguinte comentário:

Em suma: o casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada à peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento contrato de direito de família.

Entretanto, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 27), expõe que deve-se ressaltar a autonomia da vontade dos nubentes aos limites impostos pela lei:

Não se pode deixar de enfatizar que a natureza de negócio jurídico de que se reveste o casamento reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de autonomia privada, presente na liberdade de casar-se, de escolha do cônjuge e, também, na de não casar. No plano dos efeitos patrimoniais, tem os cônjuges liberdade de escolha, através do pacto antenupcial, do regime de bens a vigorar em seu casamento. Esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, entretanto, dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica.

Desta forma, esta corrente adverte que deve-se levar em consideração não só o caráter contratualista do casamento, mas também o institucional, uma vez que ao aderir ao casamento por vontade própria, os cônjuges instantaneamente estarão sob o efeito jurídico do contrato constituído pelo casamento e instituído pelo Estado, porém esse contrato é específico do direito de família, de forma que regula as relações afetivas, oriundas do casamento e não assume a regra dos demais contratos do direito civil.

Quanto à união estável, por ser uma forma livre de união, constituída através do ato de vontade baseado na informalidade, esta não adota a natureza jurídica

imposta ao casamento, mas faz-se necessário valer-se de outras provas que atestem a sua constituição.

Neste sentido, recomenda-se que os companheiros formalizem um contrato de convivência para atestar a constituição da união, aderindo, desta forma, ao regime de bens pertinente a essa relação, qual seja, o de comunhão parcial de bens “no que couber”, para que sejam assegurados os direitos patrimoniais, quando houverem bens adquiridos na constância dessa união, além de outros direitos e deveres impostos pela legislação a essa instituição informal.

Há algumas similitudes nas características destinadas ao casamento e à união estável. Entretanto, como são instituições diversas, por serem constituídas de modo distinto, enquanto o casamento é um ato formal a união estável se constitui pela informalidade, deve-se ressaltar as características de cada uma delas separadamente.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 27-28) destaca as seguintes características do casamento entre outras:

a) É um ato eminentemente solene [...], b) As normas que o regulamentam são de ordem pública [...], c) Estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges [...], d) Representa união permanente, [...]. Predominam atualmente a sua dissolubilidade [...], e) Exige diversidade de sexo, [...], f) Não comporta termo ou condição [...], g) Permite liberdade de escolha do nubente, [...].

Portanto, as características do casamento tratam não só da sua forma de constituição, mas também do modo de convivência dos cônjuges, que a partir dos costumes da sociedade estabelece as regras de convivência adotadas pela legislação.

Algumas características do casamento são aplicáveis aos companheiros da união estável, como: a comunhão de vida, a igualdade dos direitos e deveres,

fidelidade, livre escolha do nubente e etc. Diante do exposto Maria Helena Diniz (2004, p. 336-343), destaca-se alguns elementos que caracterizam a união estável:

[...] 1) Diversidade de sexo [...], 2) Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes (CC, art. 173 § 1º). Não se aplicando o art. 1.521, VI, no caso de a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente [...], 3) Notoriedade de afeições recíprocas [...], 4) Honorabilidade, pois deve haver uma união respeitável entre homem e mulher [...], 5) Fidelidade ou lealdade [...], 6) Coabitação [...].

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 reconheceu por unanimidade que os direitos atinentes à união estável, dever-se-iam serem aplicados às famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Tal entendimento considerou a lacuna existente na Lei, e visou atribuir ao direito a possibilidade de acompanhar as mudanças da sociedade e a veemente necessidade de igualdade de direitos às relações homoafetivas.

A própria Maria Helena Diniz (2009, p. 6) traz a necessidade de o próprio julgador ser obrigado a preencher as lacunas existentes na Lei, através do seu poder discricionário, mediante analogia aos costumes e aos princípios gerais do direito afim de solucionar as omissões legislativas.

[...]Os meios de preenchimento da lacuna são os indicados pela própria lei *sub examine*; assim, para a integração jurídica, o juiz poderá fazer uso da analogia, do costume e dos princípios gerais de direito [...]

Portanto, a união estável deve obedecer a critérios próprios definidos pela lei, assim como os costumes e igualdades de direito, para que assim seja reconhecida e dissolvida como tal, mas deve ter a mesma conduta de convivência imposta ao casamento.

### 2.3 Conceito de família e a sua importância para a sociedade

As primeiras legislações associavam a família ao casamento, o que referendou a chamada família legítima, aquela que é advinda do casamento e merecedora da proteção do Estado. Por esse motivo as famílias constituídas através das uniões informais sofreram tantas discriminações, vivendo a margem do direito e da sociedade.

Mas, a Constituição de 1988 resolveu desfazer o repudiado tratamento conferido as famílias constituídas através das relações informais que não tinham impedimento para casar, reconhecendo-a como entidade familiar. Neste sentido, Silvio Rodrigues (2006, p. 4) faz a seguinte definição da família em três sentidos, o amplo, o limitado e o restrito:

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por um vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos. [...] Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até o quarto grau. [...] Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendidas pelos pais e sua prole [...].

Observe-se que a definição do doutrinador de 2006 considera como família aqueles que possuem vínculo por sangue, conferindo nenhuma atenção aos vínculos afetivos que já são reconhecidos, inclusive para efeitos de sucessão.

Entretanto, as transformações ocorridas na sociedade, através da família que é a grande formadora de opinião, têm uma importância significativa para o Estado, que se adequa as suas práticas reiteradas e as suas necessidades através de leis criadas para esse objetivo. Desta forma, a família recebe especial proteção do Estado, que busca preservar os seus valores, e sem o qual ficaria impossível manter a ordem, a moral e os bons costumes.

Até então, a constituição da entidade familiar era classificada em três modelos: a decorrente do casamento; a família formada pela constância da união estável e a família monoparental (quando ocorre de apenas um dos cônjuges ficar com os filhos). Surgindo assim a quarta família, a decorrente da união homoafetiva.

Entretanto, atualmente é latente que o conceito de família se atualize com o fito de que se refira à agrupamento de pessoas com objetivos em comum e unidas pelo afeto, sendo este o valor fundamental das relações familiares. Surgem assim várias outras classificações de família, como a mosaico ou a poliafetiva.

## **2.4 Regime de bens**

O contrato estabelecido pelo vínculo do casamento regula não só os aspectos pessoais e constitutivos da união formal, mas também o patrimonial. Por isso, os nubentes devem escolher o regime de bens que irá vigorar no curso desse relacionamento.

Entretanto, a escolha do regime de bens é um ato que irá regular a vida patrimonial dos cônjuges, ademais, uma vez aplicado deverão os consortes procurar o judiciário para substituí-lo por outro ou aceitá-lo. Em geral o sistema pátrio procura preservar a imutabilidade do regime de bens, baseando-se na proteção dos direitos do cônjuge e de terceiros.

Porém o Código Civil no seu art. 1.639, § 2º, permite a sua alteração, mas deve-se seguir alguns requisitos: os cônjuges deverão motivar o pedido, ressalte-se que um só cônjuge não poderá fazer pedido, precisará da anuência do outro; deverá levar o pedido a juízo para que o juiz autorize a mudança; o pedido deverá ser pautado em razões de relevância que justifiquem a mudança do regime de bens; e por fim, os direitos de terceiros deverão ser protegidos.

De acordo com Maria Berenice DIAS, “o regime de bens é uma consequência jurídica do casamento”. Já para Christiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD, o regime de bens é “o estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as

consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte”.

Desta forma, a legislação oferece quatro tipos de regime de bens, na qual os consortes deverão escolher aquele que mais vai se adequar a sua relação matrimonial são eles: comunhão universal, comunhão parcial, separação legal ou obrigatória e participação final dos aquestos.

Salienta-se que com exceção da comunhão parcial de bens e do regime de separação legal ou obrigatória, todos os outros regimes de bens deverão ser precedidos do pacto antenupcial, que deverá ser feito antes do casamento, na fase do processo de habilitação, mas que só começará a gerar os seus efeitos a partir do momento em que ocorrer o enlace matrimonial.

Não havendo o pacto nupcial entende-se que o regime adotado é o da comunhão parcial de bens, pois o regime da separação legal tem suas hipóteses previstas em lei, conforme dispõe o código Civil no art. 1.641, devendo os nubentes que se encontram nessa situação aderir a esse regime, por esse motivo não há necessidade de recorrer ao referido pacto.

Neste sentido, faz-se necessário abordar os aspectos principais desses regimes, que tendem a regular o patrimônio dos consortes na sociedade conjugal.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 155), infere a seguinte explanação acerca do regime de separação legal:

Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns.

No regime de comunhão parcial de bens como mencionado, não é necessário à realização do pacto antenupcial. Entretanto, se os nubentes o fizerem e este for

considerado nulo ou sem eficácia, o que irá vigora é o regime de comunhão parcial, conforme estabelece a legislação pertinente.

A comunhão parcial de bens também é denominada de regime legal ou supletivo e funciona como um sistema híbrido, pois possui características dos regimes de comunhão universal e separação legal.

Maria Helena Diniz (2004, p. 156), coadunando com Silvio Rodrigues, relata:

O regime de comunhão parcial de bens é, segundo Silvio Rodrigues, aquele que, basicamente, exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente.

Este tipo de regulação patrimonial também é estabelecido para os companheiros que vivem em união estável, conforme aduz a legislação que se aplica no que couber o regime de comunhão parcial de bens aos companheiros.

Quanto ao regime de comunhão universal de bens, caracteriza-se pela comunicabilidade de bens dos cônjuges, não importando se são atuais ou futuros, assim como suas dívidas, como elucida o Código Civil no art. 1.667.

Porém o referido dispositivo está adstrito ao art. 1.668 da mesma Lei, que expõe que este regime tem exceções que estabelecem a exclusão de alguns bens da comunhão universal, assim como dívidas do cônjuge que são anteriores ao casamento e as doações com cláusula de incomunicabilidade.

Silvio Rodrigues (2006, p. 185) expõe aspectos relevantes desse regime de bens:

[...] com exclusão de algumas exceções, [...] o patrimônio dos cônjuges se fundem em um só, passando, marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio. Trata-se de patrimônio peculiar, pois que insuscetíveis de

divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extinguindo-se inexoravelmente neste instante.

No que se refere ao regime de participação final nos aquestos, este regime caracteriza-se por ser um regime misto, aplicando-se durante o vínculo conjugal as regras próprias da separação legal e ao tempo da dissolução da sociedade conjugal o que dispõe a comunhão parcial de bens.

Com propriedade Silvio Rodrigues (2006, p. 438), tece o seguinte comentário a respeito desse tema em questão:

É, na realidade, um regime de separação de bens, enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, integrado pelos que possuía ao casar e pelos que adquirir a qualquer título na constância do casamento, podendo livremente dispor dos móveis e dependendo da autorização do outro para os imóveis (CC, art. 1.673, parágrafo único).

## **2.5 A partilha de bens quando da dissolução da união estável e do casamento sob o regime de comunhão parcial de bens.**

Na dissolução da união estável, a lei protege o direito dos companheiros, tal como a partilha dos bens comuns e os alimentos.

Quanto aos direitos patrimoniais, o Código Civil no art. 1.725, aplica no que couber o regime de comunhão parcial de bens, ou seja, haverá a comunhão dos bens constituídos onerosamente pelos companheiros na constância da união. Todavia, se houver contrato escrito pelos companheiros a respeito do patrimônio, este substituirá o regime proposto na legislação.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 564), expõe: “Em suma, os bens adquiridos na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens”.

Contudo, o legislador atribuiu à união estável as mesmas regras impostas ao casamento, no que se refere ao direito patrimonial, quando essas sob o regime da comunhão parcial são dissolvidas. Porém, são atribuídas aos companheiros regras distintas daquelas impostas aos cônjuges na sucessão, configurando uma relação de supremacia do casamento.

Conforme foi mencionado acima, com exceção aos direitos sucessórios, as regras da relação patrimonial no regime de comunhão parcial de bens da união estável e do casamento foram igualadas pelo legislador no Código Civil de 2002, assegurando o direito a meação dos bens adquiridos durante vigência do casamento ou da união estável, sendo aplicado os mesmos mandamentos aos dois institutos referidos acima.

Desta forma, assim como a união estável, o casamento em regime de comunhão parcial terá os seus bens comuns divididos de forma igualitária entre os cônjuges, ou seja, cada cônjuge terá direito a metade do patrimônio constituído durante a relação matrimonial; quanto aos bens próprios, estes não farão parte da meação, são incomunicáveis, pertencendo ao cônjuge que é proprietário.

Há alguns anos vislumbrava-se a possibilidade, através de decisão do STJ, da necessidade de provar o esforço do cônjuge na constituição do patrimônio adquirido na constância da união estável, o que vem sendo alterado em constantes julgados, de forma a entender-se como um retrocesso ao direito obtido pelo companheiro.

### **3. A PARTILHA DE BENS NA SUCESSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**

#### **3.1 Os direitos sucessórios da união estável e do casamento no Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988.**

A sucessão *causa mortis* indica um processo de transmissão de bens, no qual se caracteriza pelo falecimento do seu proprietário. Dessa forma, os seus

sucessores herdam não só bens, direitos, e também as dívidas do de cujos, sendo que estas estão limitadas às forças da herança.

Antônio Carlos Gonçalves (2008, p. 2), citando Carlos Maximiliano faz a seguinte disposição: “Ao aludir à transmissão de bens e obrigações, o mencionado autor enfatiza que a sucessão hereditária envolve a transferência, para o sucessor, do patrimônio do falecido, ou seja, tanto do ativo como do seu passivo”.

A legislação brasileira estabelece através do Código Civil de 2002, os legitimados a suceder a herança do *de cujos*, determinando ainda a ordem de sucessão dos herdeiros, de acordo com o artigo 1.829, em que pode-se observar que o companheiro não figura como “herdeiro necessário”, mesmo diante da legitimidade de tal da União Estável.

Dispõe o Código Civil de 2002, no Livro V (Do Direito das Sucessões), Título I (Da sucessão em Geral), Capítulo I (Disposições Gerais), sobre a herança. Do artigo 1.784 ao 1.789, a referida legislação trata da sucessão de forma genérica. Logo, infere que:

Art. 1.784 Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.785 A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

Art. 1.786 A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Art. 1.787 Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

Art. 1.788 Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos, o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.789 Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

O momento da abertura da sucessão é o mesmo da morte do *de cujos*, fato que dá ensejo à transmissão do seu ativo e passivo aos herdeiros. Conforme relata Maria Helena Diniz (2005, p. 25), o nosso ordenamento pátrio adota o princípio da *saisine*:

O princípio da saisine, introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1.754, donde passou para o direito das sucessões pátrio, determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do de *cujos* independentemente de quaisquer formalidades.

Com o reconhecimento da união estável pelo legislador constituinte em 1988, houve a necessidade de uma lei específica para regular a matéria, pois antes da Constituição Federal de 1988, a legislação brasileira não conferia ao companheiro supérstite o direito de herdar e outras garantias pertinentes a uma entidade familiar. Diante do exposto, criou-se a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tutelava o direito dos companheiros e a sucessão.

Em 10 de dezembro de 1996, entrou em vigor a Lei 9.278, que praticamente equiparou a união estável ao casamento. Um grande avanço deste instituto, porém essa lei trouxe mais direitos sucessórios a união estável do que ao casamento, provocando um desequilíbrio de direitos, conforme preleciona Silvio Rodrigues (2006, p. 117): “Ao companheiro sobrevivente foram conferidos direitos hereditário similares, equivalente ao cônjuge supérstite. Aliás, sob alguns aspectos, o protagonista de união estável apareceu, inclusive, mais favorecido”.

Com o advento da nova Legislação nº 9.278/96, a Lei anterior não foi totalmente revogada, somente aqueles que conflitassem com a nova lei.

Desta forma, estabeleceu a Lei 9.278/96 que, ao companheiro sobrevivente seria conferido o usufruto vidual e o direito real de habitação sobre o imóvel destinado a residência. Esse direito colocou o cônjuge supérstite em situação de desvantagem, pois a depender do regime de bens este só teria direito a um ou outro benefício.

Com a elaboração do Código Civil de 2002, tratou o legislador de incorporar de forma exclusiva, a matéria referente à união estável no seu corpo jurídico.

Menciona no artigo 1.725 que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se as relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens, ao passo que a lei 8.971/94 determinava que “quando os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividades em que haja colaboração do companheiro terá o sobrevivente direito a metade dos bens”.

Porém o novo Código Civil trouxe algumas mudanças na legislação da união estável, especialmente no que se refere à sucessão. Diante do exposto, cabe mencionar o que dispõe a legislação infraconstitucional de 2002, a respeito da partilha de bens na sucessão, no artigo 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: se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; e concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; e concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Cabe ressaltar, que o companheiro para se habilitar a sucessão do de cujos, e até mesmo a meação dos bens comuns constituídos onerosamente no período da relação conjugal estável, deverá ter a declaração do reconhecimento da união estável pelo juiz, a qual dependerá de provas que certifiquem a convivência dos companheiros como se casados fossem. Como na união estável é aplicado o regime de comunhão parcial de bens no couber, não faz parte da meação os bens adquiridos pelo de *cujos*, a título de herança nem de doação.

Tendo sido reconhecida a comunhão conjugal, a legislação brasileira determina que o companheiro sobrevivente concorra com os demais sucessores hereditários, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Neste sentido, se os companheiros nada tiverem constituído a título oneroso, não se pode falar em direitos sucessórios do companheiro sobrevivente, ainda que haja bens

adquiridos antes da constituição da união estável, devendo estes serem partilhados entre os legitimados, excluindo deste rol a companheira.

O companheiro supérstite fica em total desvantagem quanto à partilha de bens do de *cujos*, pois a ele é conferido quinhão menor do que ao daquele conferido ao cônjuge, uma vez que só terá direito à metade daquilo que foi adquirido na constância da união, diferentemente do cônjuge que herda os bens adquiridos anteriormente à celebração do casamento, portanto o Código Civil de 2002 tratou de suprimir os direitos sucessórios do companheiro que ficou prejudicado com essa reforma.

Outra supressão foi quanto ao usufruto vidual e o direito real de habitação sobre o imóvel destinado a residência, conferido a companheira na Lei 9.278/96, no seu art. 7º, parágrafo único, o legislador infraconstitucional não o mencionou no Código Civil de 2002.

Porém o silêncio do legislador trouxe dúvidas em relação à aplicabilidade desse dispositivo, já que não havia no Código Civil de 2002 nenhum dispositivo conflitante com esse direito adquirido através da Lei 9.278/96, ademais, se quer o legislador preocupou-se em revogá-lo. Nessa linha dispõe Silvio Rodrigues (2006, p. 119):

Porém, como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado a residência de família, foi previsto em lei especial (Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único), e como esse benefício não é incompatível com qualquer artigo do Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste. Em contrapartida, poderá surgir a opinião afirmando que o aludido artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96 foi revogado pelo Código Civil, por ter esse no art. 1.790 regulado inteiramente a sucessão entre companheiros, e, portanto, não houve omissão quanto ao aludido direito real de habitação, mas silêncio eloqüente do legislador.

Desta forma, o Código Civil de 2002 suprimiu o direito real de habitação através do silêncio da omissão do legislador, deixando a companheira que se

enquadra nessa situação desamparada, como menciona Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 170):

O não reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente tem sido alvo de críticas, por sujeitá-lo a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com o finado parceiro, na hipótese de não ter este adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito. Nesses casos carece o companheiro do direito à meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial.

Ao passo que as Leis 8.971/94 e 9.278/96 avançaram na tutela dos direitos da união estável, o legislador do Código Civil de 2002, acabou por restringir os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente, quando se esperava que houvesse ajustes e uma atenção maior a estes direitos.

Os direitos sucessórios do casamento no CC/02 sofreram modificações significativas, quando comparado com o Código revogado. Conforme o CC/16, pela ordem, os legitimados a sucessão eram: os descendentes, os ascendentes, na falta destes o cônjuge. O Código pretérito colocou o cônjuge em posição desprivilegiada.

Dessa forma, o Código Civil de 2002, trata da sucessão no Título II, Da Sucessão Legítima, e dispõe, no artigo 1.829, que:

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; 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.

Ao contrário do Código Civil de 2002, a legislação pretérita conferiu ao cônjuge supérstite o direito ao usufruto vidual ou direito real de habitação sobre o

imóvel destinado à residência, enquanto o companheiro na sucessão da união estável tinha direito a esses dois benefícios, conforme a Lei 9.278/96, embora o legislador infraconstitucional de 2002 não tenha feito menção a esse dispositivo no aludido Código de 2002.

O artigo 226 § 3º da Constituição Federal aduz: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Com o reconhecimento da união estável, houve a necessidade de uma legislação específica para regular a matéria, desta forma criou-se a Lei 8.971/94 que tutelava o direito a alimentos e a sucessão. Diante das lacunas dessa lei, se fez necessário a elaboração de uma legislação que regulasse o art. 226 § 3º da Constituição Federal de 1988, entrando em vigor a Lei 9.278/1996, que disciplinava entre outras questões o direito real de habitação do companheiro supérstite, e dispunha no art. 7º parágrafo único, que: “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”.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, tratou de regular a matéria referente à união Estável de forma exclusiva, porém o legislador não revogou nenhuma das duas leis pretéritas, o que abriu precedentes para que os companheiros supérstites buscassem na justiça o direito real de habitação. Fato é que a doutrina majoritária defende a manutenção deste direito conferido ao companheiro, pelo entendimento de que lei geral não revoga especial, bem como pela equiparação ao cônjuge

### **3.2 Inconstitucionalidade na sucessão da união estável e a desobediência ao princípio da isonomia**

A sucessão da união estável conforme o Código Civil de 2002 é tratada no título I, da sucessão em geral, no artigo 1.790, portanto apartado da sucessão do cônjuge que é mencionada no título II, da sucessão legítima, capítulo I, da ordem da

vocação hereditária. Neste sentido dispõe Arnaldo Rizzardo (2006, p. 199): “Neste particular, são procedentes as críticas que se fizerem sentir, pois inadmissível a inclusão da disciplina nas disposições gerais sobre a sucessão, quando a matéria trata de disposição particular”.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.790, dispõe sobre a partilha de bens na sucessão da união estável:

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 artigo supracitado refere-se à divisão da herança quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, então o quinhão do companheiro está adstrito a essa constituição onerosa de bens no curso da relação, caso contrário o companheiro sobrevivente não terá direito a meação, tão pouco a herança do de cujos.

Ao cônjuge supérstite foi conferido um tratamento mais favorável pelo legislador, como estabelece a sucessão legítima do Código Civil de 2002, que está disposta nos artigos 1.829 ao 1.844:

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.

Aduz o artigo 1.831 que ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Direito adquirido na vigência do novo Código Civil, pois esse direito era assegurado ao companheiro supérstite pela Lei 9.278/96.

O artigo 1.832 do Código supracitado determina a partilha de bens entre os legitimados: “Art. 1.832 Em concorrência com os descendentes 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”.

Porém, menciona o artigo 1.836 que “Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.” Mas a legislação determina que, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

Estabelece ainda o Código civil de 2002, acerca da herança:

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau;

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Conforme evidenciado pelos dispositivos do CC de 2002, pertinente à matéria de sucessões, ficou configurado a diferença de direitos conferidos ao companheiro e ao cônjuge supérstites, saindo prejudicado aquele. Ao tempo que a Constituição

Federal iguala as entidades familiares, o Código Civil tratou de torná-las diferentes, mantendo a desigualdade entre os dois institutos, contrariando a Carta Magna.

Silvio Rodrigues (2006, p. 119), relata a cerca da matéria:

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

A restrição dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente está implícito na legislação infraconstitucional, favorecendo a sucessão do cônjuge supérstite, como denota a análise dos dispositivos da sucessão do companheiro e do cônjuge sobreviventes, art. 1790 do Código Civil de 2002:

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 caput deste artigo, determina que o companheiro só terá direito a herança dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, desta forma, em todos os incisos o seu direito estará limitado aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, diferentemente do que ocorre com o cônjuge supérstite.

Quanto ao inciso I, não há diferença de tratamento entre os institutos do casamento e da união estável, devendo receber tanto o companheiro como o cônjuge quinhão igual ao do filho comum.

O inciso II já demonstra um tratamento diferenciado, pois ao concorrer com os filhos só do autor da herança, o companheiro sobrevivente só terá direito a metade do quinhão reservado a ele ou a eles, enquanto ao cônjuge, deverá ser destinada quota igual a que for reservada aos filhos só do de *cujos*, conforme a regra geral. Porém estabelece o artigo 1.832, que deve ser a reservada a quarta parte da herança para cônjuge sobrevivente, se este concorrer com quatro filhos comuns ou mais, devendo o restante da herança ser partilhada entre os filhos do casal.

A legislação infraconstitucional não faz menção à hipótese de haver filhos do casal e filhos exclusivos do de *cujos*. Neste contexto, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 159), faz o seguinte comentário:

Quanto ao art. 1.832, deve-se considerar que, na concorrência com os descendentes, só existirá o direito do cônjuge à reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes forem comuns, e que, nas hipóteses de filiação híbrida, o quinhão do cônjuge e dos filhos, quanto aos bens particulares do de *cujos*, deve ser rigorosamente igual.

No inciso III, o companheiro sobrevivente terá direito a um terço da herança, se concorrer com outros parentes sucessíveis, ou seja, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios avós e sobrinhos-netos do falecido), enquanto o cônjuge supérstite concorrerá com os ascendentes de primeiro grau e receberá quota igual ao que for determinado a eles, mas se houver um só ascendente terá direito a metade do que lhe couber na herança, mesmo que maior seja o grau, conforme o artigo 1.837 do Código Civil de 2002.

De acordo com o artigo 1.839 do Código supracitado, na falta do cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau serão chamados a suceder a herança. Não há neste caso concorrência do cônjuge sobrevivo com os colaterais do falecido, ao contrário do que ocorre na sucessão da união estável, já que o companheiro sobrevivente concorre com os ascendentes e colaterais do *de cujos*.

A cerca do inciso III do artigo 1.790 do novo Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 176) aduz, citando Eduardo de Oliveira Leite:

Agiria melhor o legislador, todavia, se atribuísse ao companheiro sobrevivente à metade do patrimônio deixado pelo falecido, e não apenas um terço, considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra, o regime de comunhão parcial de bens, bem como a circunstância de ter ele vivido toda uma existência ao lado do *de cujos*, enquanto os outros parentes sucessíveis em nada contribuíram na formação do aludido patrimônio.

O inciso IV do artigo 1.790 do referendado Código, determina que o companheiro sobrevivente só terá direito à totalidade da herança, referente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da comunhão conjugal, se não houver parentes sucessíveis do falecido, prevalecendo os de ordem inferior.

Na legislação vigente foi concedido ao cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de bens, o direito real de habitação do imóvel destinado a residência da família, conforme o artigo 1.831 do aludido Código. Porém, o legislador não concedeu esse direito ao companheiro supérstite no novo Código Civil, também não revogou esse direito regulado pela lei 9.278/1996, restando omissis e sendo este um ponto de embates doutrinários.

Em suma, cabe salientar as diferenças nos direitos sucessórios da união estável e do casamento, onde o cônjuge sobrevivente aparece numa situação de favorecimento, em face do companheiro supérstite. A restrição dos direitos sucessórios do companheiro na partilha de bens da união estável é evidente não só no rol dos legitimados a suceder, visto que ainda concorre com colaterais, com descendentes exclusivos do falecido, mais também não participa como herdeiro necessário, condição dada ao cônjuge. Além do mais é visivelmente prejudicado na partilha dos bens, recebendo quinhão menor do que é conferido ao cônjuge viúvo.

Nesta linha, o cônjuge do falecido concorre com os descendentes, na falta destes com os ascendentes e não existindo ascendentes nem descendentes, herdará a totalidade da herança. Mas, se o cônjuge não mais existir, os colaterais até o quarto grau serão chamados a suceder a herança, sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto, salvo direito de representação concedido aos filhos de irmãos, conforme os artigos 1.839 e 1.840 do novo Código Civil.

Enquanto na sucessão da união estável, o companheiro supérstite, concorre com os descendentes comuns e exclusivos do falecido, na falta destes com os ascendentes, não havendo estes com os colaterais do *de cujos*. Só é conferida ao cônjuge a totalidade da herança, que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, se não houver parentes sucessíveis do *de cujos*.

Portanto, o artigo 226 §3º enseja uma igualdade entre as famílias constituídas através do casamento e da união estável, em face da dignidade da pessoa humana e do princípio da isonomia, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 caminharam nesse sentido, para que houvesse uma regulação justa e similar aquelas conferida à sucessão do casamento, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar, tal como aquela constituída através do casamento.

Mas, entendeu o legislador infraconstitucional de distinguir os direitos sucessórios dos mencionados institutos, colocando os direitos sucessórios da união estável em evidente desigualdade quando comparado aos direitos sucessórios do casamento, confrontando com a isonomia estabelecida e reconhecida pela carta Magna de 1988.

Neste aspecto é preciso salientar que tais diferenciações ferem frontalmente o princípio da isonomia, que é uma garantia fundamental está caracterizado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, que expressa: “Todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, (...)”.

De acordo com os artigos preceituados pela Carta Magna, na qual atribuem direitos e deveres iguais aos cônjuges e companheiros no âmbito da relação familiar, não pode haver desigualdade de tratamento pelo legislador infraconstitucional, com exceção as formalidades referentes à celebração do casamento e a sua gratuidade, a dissolução, entre outros peculiares a união matrimonializada.

Em suma, André Ramos Tavares (2006, p. 512) aduz, citando Celso Antônio Bandeira de Melo:

(...) pode-se afirmar que o princípio da isonomia proíbe a arbitrariedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, “(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Portanto, o CC/02 que deveria assegurar a igualdade do cônjuge e do companheiro, tratou de diferenciá-los, uma vez que família da união estável foi desamparada com a restrição de direitos o que evidencia uma supremacia da família advinda do casamento.

Portanto, com fito de dirimir tal defasagem entre os dois institutos, cabe aos juristas, no exercício do dever legal, afastarem-se da simples interpretação da lei, seja ela literal ou gramatical, histórica, teleológica, entre outras, com vistas a se aproximarem do processo de criação de normas jurídicas aplicáveis a cada caso concreto, uma vez que é notório que a sociedade muda e vê a necessidade de mudança das leis que tutelam os seus interesses.

## CONCLUSÃO

A pesquisa realizada para elaboração deste trabalho de conclusão de curso visa demonstrar a restrição dos direitos sucessórios da união estável, em face do casamento, visto que a constituição Federal de 1988, no seu artigo 226 §3º reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando-a ao casamento. Neste contexto, tem-se então, a tutela jurisdicional do Estado protegendo a família independente das relações que as tenham originado.

No sentido de regular o dispositivo da Carta Magna de 1988, que confere a proteção da união estável pelo Estado, foram criadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96, a fim de assegurar alguns direitos referentes a alimentos, sucessão, entre outras questões que necessitavam de amparo legal.

A Constituição Federal foi o grande marco da união estável, que a equiparou ao casamento e conferiu direitos exclusivos aos companheiros, que antes abarrotavam o judiciário em busca de proteção. Ademais, a união estável sempre foi uma instituição informal muito discriminada na sociedade, por não obedecer aos padrões impostos pelo judiciário para constituir o casamento, que é baseado na formalidade imposta pela lei, enquanto a comunhão conjugal estável constitui-se pela informalidade, respaldada no acordo de vontades, porém o texto infraconstitucional estabelece alguns requisitos para a sua configuração.

Apesar do Constituinte equiparar e proteger indistintamente os dois institutos, em 2002 entrou em vigor o novo Código Civil, estabelecendo regras que afastavam a isonomia imposta pela Carta Maior de 1988. Os direitos sucessórios da união estável foram suprimidos e tratados em apartado aos que eram conferidos ao casamento.

Desta forma, legislador do Código Civil de 2002 retrocedeu nos direitos sucessórios da união estável, enquanto esperava-se uma equiparação aos direitos sucessórios do casamento. A restrição de direitos conferidos ao companheiro supérstite configura uma injustiça e uma afronta ao princípio da isonomia tutelado pela constituição Federal, ressaltando-se que é um direito fundamental e inalienável.

A Carta Magna confere direitos e deveres a família de forma isonômica, não fazendo distinção quanto a sua constituição. Os cônjuges têm os mesmos direitos e deveres dos companheiros, não há diferenças nas relações familiares. Atribui-se aos cônjuges e aos companheiros: fidelidade, respeito, lealdade, além de cuidar, proteger e instruir os filhos, entre outros direitos e deveres inerentes a família.

O novo Código Civil determinou no seu texto legal a constrição dos direitos sucessórios da união estável, por este não estar substanciado na formalidade imposta pela lei, ao contrário do casamento que é uma sociedade formal. A discriminação imposta pela legislação Civil vigente configura uma supremacia do casamento em face da união estável, ocultando a equiparação dos institutos como entidades familiares protegidas pela CF/88, uma vez que o companheiro sobrevivente não possui as mesmas garantias que o cônjuge supérstite na sucessão.

Portanto, apesar das diferenças a que o CC/02 enseja entre os dois institutos, tais distinções são reduzidas diariamente, conforme os julgados. Indiscutivelmente, os juízes tem ultrapassado a limitação interpretativa, de modo que se aproximam a cada dia das criações de normas jurídicas. Portanto, em que pese o direito dever se adequar às mudanças da sociedade, os juízes não podem se limitar a serem meros seguidores da aplicação da letra fria da lei.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito**. 6. ed. São Paulo: Ridel, 2008.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)>. Acesso em: 30 out. 2008.

BRASIL. **Decreto n. 521 – de 26 de junho de 1890**. Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 18 dez. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito de família**. 19. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6

\_\_\_\_\_. **Sinopses jurídicas: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2

\_\_\_\_\_. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2004.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

PEREIRA, Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; CÉSPEDES, Livia ; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. **Código Civil e Constituição Federal: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. V 6. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. As inovações constitucionais no Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Fernanda Moreira dos. União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

## ANEXO – A – DECRETO N. 521 – DE 26 DE JUNHO DE 1890



Senado Federal  
Subsecretaria de Informações

### DECRETO N. 521 - DE 26 DE JUNHO DE 1890

***Prohibe cerimoniaes religiosas matrimoniaes antes de celebrado o casamento civil, e estatue a sancção penal, processo e julgamento applicaveis aos infractores.***

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario do Estado dos Negocios da Justiça e considerando:

Que ao principio de tolerancia consagrado no decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, que permite indifferentemente a celebração de quaesquer cerimoniaes religiosas antes ou depois do acto civil, tem correspondido uma parte do clero catholico com actos de accentuada opposição e resistencia á execução do mesmo decreto, celebrando o casamento religioso e aconselhando a não observancia da prescrição civil;

Que, por este modo, não só se pretende annullar a acção do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direitos da familia, como são aquelles que resultam do casamento;

Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a protecção da Republica;

#### DECRETA:

**Art. 1º** O casamento civil, unico válido nos termos do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, precederá sempre ás cerimoniaes religiosas de qualquer culto, com que desejem solemnisal-os nubentes.

**Art. 2º** O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimoniaes religiosas do casamento antes do acto civil, será punido com seis mezes de prisão e multa correspondente á metade do tempo.

Parapho unico. No caso de reincidencia será applicado o duplo das mesmas penas.

**Art. 3º** O processo e julgamento do crime previsto no artigo precedente são os mesmos estabelecidos para os delictos de que trata o art. 12, § 7º, do codigo do processo (lei n. 2033 de 20 de setembro de 1871, art. 4º, e seu regulamento, arts. 47 e 48, lei de 3 de dezembro de 1841, art. 78 e regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, arts. 452 e 453), observadas as seguintes disposições:

§ 1º A queixa compete aos parentes de qualquer dos nubentes até ao quarto gráo, ao tutor ou curador dos menores ou interdictos.

§ 2º A denuncia compete ao promotor publico e a qualquer do povo.

§ 3º A queixa, a denuncia, ou o acto ex-officio inicial do processo será acompanhado de uma certidão do official do registro do logar em que houver sido celebrada a cerimonia religiosa, pela qual se mostre não ter sido effectuado o casamento civil.

§ 4º No processo serão inqueridas de tres a cinco testemunhas por parte da accusação, e outras tantas pela defesa, si esta o requerer.

**Art. 4º** Esta lei será executada em cada jurisdição tres dias depois de publicada pelo respectivo juiz de direito, ou juiz municipal.

**Art. 5º** Ficam revogados o paragrapho unico do art. 108 do decreto n. 181 de 24 de janeiro do corrente e demais disposições em contrario.

O Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça assim o faça executar.

Sala das sessões do Governo Provisorio, 26 de junho de 1890, 2º da Republica.

**MANOEL DEODORO DA FONSECA.**

M. Ferraz de Campos Salles.

<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>