

**FACULDADE DO ESTADO DO MARANHÃO
CURSO DE DIREITO**

SUSYELEN KAREN SANTOS FERREIRA

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: A evolução da equiparação dos direitos do
companheiro em relação ao cônjuge para fins sucessórios

São Luís – MA
2017

SUSYELEN KAREN SANTOS FERREIRA

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: A evolução da equiparação dos direitos do companheiro em relação ao cônjuge para fins sucessórios

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade do Estado do Maranhão – FACEM, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Bruno Alberto Soares Guimarães.

São Luís – MA
2017

FERREIRA, Susyelen Karen Santos

Casamento e união estável: a evolução da equiparação dos direitos do companheiro em relação ao cônjuge para fins sucessórios./ Susyelen Karen Santos Ferreira. – 2017.

50 f.

Monografia (Graduação-Direito) – Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, São Luís, 2017.

Impresso por computador (fotocópia).

Orientação: Prof.º Esp. Bruno Alberto Soares Guimarães

1. Casamento. 2. União estável. 3. Sucessão. I.Título.

CDU: 347.628

SUSYELEN KAREN SANTOS FERREIRA

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: A evolução da equiparação dos direitos do
companheiro em relação ao cônjuge para fins sucessórios

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade do Estado do Maranhão
– FACEM como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito,
submetido à Banca Examinadora composta pelos Professores:

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Esp. Bruno Alberto Soares Guimarães

Professor (a)

Professor (a)

Aprovada em: ____ / ____ / ____.

São Luís – MA
2017

Aos meus pais que são meus maiores exemplos de ser humano aqui na terra, e ao meu bom Deus, que até aqui tem me sustentado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda a minha família, que direta ou indiretamente contribuiu para a concretização desta fase na minha vida. Aos meus pais, que se mantiveram firme em todos os momentos, me apoiando e sendo ponto de refúgio.

Aos amigos, mesmo sendo poucos foram fundamentais para dar ânimo em meio aos obstáculos durante o percurso.

E principalmente, completamente e absolutamente de todo o meu coração, ao meu bom Deus, que foi sustento de corpo e alma em cada suspiro, ora segurando minha mão, ora me carregando em seus braços.

Agora, pois, permanece a fé, a esperança o amor, estes três; mas o maior destes é o amor.

(1Coríntios 13: 13)

Não te mandei eu? Esforça-te e tem bom ânimo; não pases; nem te espantes, por que o Senhor, teu Deus, é contigo, por onde quer que andares.

(Tiago 1:9).

Confia no senhor de todo teu coração e não te apóies na tua própria inteligência. Lembra dele em tudo o que fizeres e ele te mostrará o caminho certo. (Provérbios 3:5)

RESUMO

A pesquisa apresentada tem como intuito dispor sobre a evolução da equiparação dos direitos do companheiro em se tratando do cônjuge para fins sucessórios, serão tratados juntamente com os dispositivos que regulamentam tal área do direito as atuais decisões que serão muito relevantes para o enriquecimento da pesquisa. Para isso se contará com um corpo estruturado, onde se farão presentes as opiniões, abordagens e citações de autores renomados do Direito de Família, abordando todo o desenvolvimento do tema em tese. Serão levados em conta todos os aspectos necessários e relevantes ao tema para que se alcance um resultado positivo, tanto do ponto de vista social, quanto legal.

Palavras-chaves: Família. União Estável. Casamento. Direitos. Sucessões.

ABSTRACT

The research presented aims to provide for the evolution of the matching of the rights of the companion in the case of spouses for succession purposes, will be treated together with the provisions that regulate that area of law the current decisions that will be very relevant for the enrichment of the research. For this we will have a structured body, where the opinions, approaches and quotations of renowned authors of Family Law will be present, addressing the whole development of the topic in thesis. All necessary and relevant aspects will be taken into account in order to achieve a positive outcome, both socially and legally.

Keywords: Family. Stable union. Marriage. Rights. Successions.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	12
3.	INSTITUTO FAMILIAR: Casamento	14
3.1	Conceitos	16
3.2	Princípios	16
3.3	Características do casamento.....	17
3.4	Legislação (CC)	19
3.5	Direitos do Cônjuge	20
4.	INSTITUTO FAMILIAR: União Estável	25
4.1	Conceitos	25
4.2	Concubinato	27
4.3	Princípios	28
4.4	Requisitos	30
4.4.1	Diversidade dos Sexos	31
4.4.2	Convivência	32
4.4.3	Publicidade	32
4.4.4	Durabilidade	32
4.4.5	Unicidade de Vínculo	33
4.4.6	Continuidade	33
4.4.7	Objetivo de Constituir Família	33
4.5	Regulamentação	34
4.6	Direitos do Companheiro	35
5.	A EVOLUÇÃO DA EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE PARA FINS SUCESSÓRIOS	38
5.1	Conceito de Sucessão	39
5.2	Sucessão Legítima	40
5.3	Sucessão Testamentária	41
5.4	Proibição do Não Retrocesso Social	43
5.5	Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do CC	44
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
	REFERÊNCIAS	

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar as mudanças sofridas pela sociedade que afetaram diretamente o instituto familiar, abordando as necessidades que levaram a essas mudanças, assim como as dificuldades superadas para que se chegasse ao momento atual onde vários direitos e garantias foram asseguradas.

Para isso, foram considerados aspectos históricos, uma abordagem vinda de conceitos e situações vivenciadas no passado, momento muito necessário para que fosse construída uma linha do tempo para os dias de hoje.

Sendo assim, o Capítulo Segundo do presente trabalho, tem por objetivo apresentar um estudo sobre a evolução da família, sendo útil para a construção dos demais temas seguintes, pois, a família é o início de toda a abordagem trazida, as principais mudanças, os valores das sociedades passadas e atuais, assim como a diversidade e construção de novos pensamentos para se adequar as necessidades presentes.

Mais adiante, o Capítulo Terceiro traz o Instituto Familiar: Casamento, elencando os conceitos a respeito do tema, assim como seus princípios, caracteres, legislação e direitos do cônjuge.

O Capítulo Quarto tem como objetivo tratar do Instituto da União Estável, onde será feita uma abordagem nos principais pontos referente ao assunto, conceituando, tratando do momento em que a sociedade fazia uso do termo “concubinato”, assim como seus princípios, requisitos, os direitos do companheiro que é um ponto de extrema importância visto as alterações sofridas, e a regulamentação.

Para encerrar o presente estudo do Capítulo Quinto mostra toda a Evolução da Equiparação dos Direitos do Companheiro em relação ao Cônjuge para fins Sucessórios, abordando as leis e artigos que correspondem ao tema, o posicionamento de autores, assim como todas as alterações sofridas ao longo do tempo, os dispositivos que foram acrescentados assim como os considerados inconstitucionais.

Foram utilizados três métodos de pesquisa, quais sejam: a pesquisa exploratória, a descritiva e a explicativa.

Na pesquisa exploratória, foi utilizada uma bibliografia básica e a legislação atual comparada com a antiga, que serviu para que se fizesse uma abordagem geral do tema, bem como alcançar discussões consideradas importantes para desenvolver e nortear o trabalho. Evidentemente, o tipo de pesquisa mais utilizado para desenvolver o tema escolhido foi a bibliográfica. Foi utilizada em grande parte do trabalho uma análise histórica e social acerca dos institutos do casamento e da união estável, onde foram tratados os pontos mais relevantes, bem como a evolução legislativa gerada através da necessidade da sociedade de igualar institutos tão presentes no cotidiano, assim como estabelecer direito ao patrimônio para companheiros, considerando fins sucessórios.

As fontes utilizadas para a elaboração do trabalho foram textos capturados da internet, bem como livros impressos e digitais, jurisprudência, a legislação revogada juntamente com a lei atualizada, o acompanhamento das sessões acerca do tema, cada decisão e voto exposto, os motivos em que se baseavam as decisões, os sites jurídicos que traziam as discussões e posicionamentos de vários autores, sendo assim, o tema escolhido contou com uma bibliografia razoável, o que contribuiu muito para o enriquecimento do trabalho.

A análise de dados foi feita a partir do confronto entre a legislação revogada e a legislação em vigor, além do estudo da atualização dos princípios que caracterizam tais institutos, sendo assim, foi feito um estudo de todo o material coletado e foi traçado um paralelo entre eles, apontando as falhas, as necessidades, e o posicionamento do ordenamento jurídico em relação às recentes decisões.

2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A sociedade em que vivemos é um acúmulo de experiências e momentos vividos no decorrer de todos esses anos, um passado necessário para que se pudesse chegar aos dias de hoje, onde notadamente se vê as mudanças no comportamento do homem no meio ao qual pertence. Logo, sendo a família a estrutura da base de qualquer sociedade, passou por muitas mudanças desde os tempos antigos até os dias de hoje, segundo Euclides de Oliveira (2003, p.23): “A família é a principal forma de agrupamento humano, antes mesmo da existência da organização jurídica da vida em sociedade, sendo ela a célula mater de uma nação.”

A Lei Maria da Penha (11.340/2006), em seu artigo 5º, inciso II, trás o conceito de família como sendo: “Família deve ser compreendida com a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

No direito romano, a instituição familiar era exercida pelo poder paterno ou marital, nessa época o vínculo da instituição familiar era exercido de acordo com cada religião doméstica a qual um indivíduo fazia parte, ou seja, cada grupo familiar possuía sua própria religião.

Naquele tempo, o *pater familias* era considerado o chefe absoluto dos dois tipos de parentesco, tanto a agnação quando a cognação, a este era atribuído o poder marital em relação à mulher, assim como o poder de abandonar um filho como maneira de reparar um erro cometido por este, em favor da vítima que houvesse sofrido o dano. Ainda em Roma, existia o *manus maritalis*, quando pertencia ao marido à mulher e toda a administração do patrimônio pertencente a ela.

A união entre homem e mulher era realizada de três formas: pela confarretio, pela coemptio, e pelo usus.

Quando se tratava de patrimônio, somente o *pater familias* podia possuir patrimônio próprio, pois naquela época, somente este possuía capacidade civil plena, sendo que os demais não possuíam esse direito, por terem capacidade civil restrita.

Com o decorrer do tempo, os filhos começaram a ter patrimônio em forma de pecúlio, e a mulher dava seus primeiros passos em direção aos seus direitos,

sendo que sua autonomia plena se iniciou com a chegada do Império, onde as mulheres começaram a exercer seus direitos políticos e sociais.

No que tange ao casamento, este foi perdendo seu caráter de vínculo indissolúvel, onde os romanos passaram a considerá-lo como uma conseqüência de afeto.

Faz-se muito necessário o estudo do direito canônico para a história do direito familiar, pois este atribuiu um caráter de religiosidade ao casamento, onde o matrimônio passa a ser visto como uma união de difícil dissolução pelo homem, sendo assim, o casamento religioso passou a ser o único meio conhecido de sacramento na Idade Média.

Em relação à família no direito brasileiro, através do Concílio de Trento de 1563, foi estabelecida competência única da Igreja e das autoridades eclesásticas para celebrar e resolver assuntos relacionados ao casamento, caracterizando-o como ato solene.

Sendo assim, a Igreja deteve direitos absolutos em se tratando de casamento até o ano de 1861, pois nesse mesmo ano, com o advento da Lei nº1.144, regulamentada pelo Decreto nº 3.069 de 17/04/1863, foi estabelecido os efeitos civis aos casamentos religiosos de pessoas não católicas, assim como as normas referentes aos registros de casamento, nascimento e óbito dos acatólicos.

Com a Constituição de 1934 a família passou a ser organismo jurídico e social, e através do Decreto nº 1764 de 10 de novembro de 1939 se estabeleceu a Comissão Nacional de Proteção da Família.

Ressalta-se que, com o surgimento da Lei nº1110 de 25 de maio de 1950, atribuiu-se ao casamento religioso efeitos civis, desde que claro, atenda os requisitos exigidos na respectiva lei.

Em seguida, com a Constituição da República de 1969 trazia a ideia de que a família natural só era reconhecida se tivesse início no casamento. Já com o surgimento da Lei do Divórcio (Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977), foram introduzidas na sociedade além de normas relativas ao divórcio, a possibilidade de um segundo casamento. Anteriormente a Lei do Divórcio, somente existia a prática do desquite, o qual não encerrava em sua totalidade o vínculo matrimonial anteriormente realizado, o que acabava por impossibilitar novos casamentos.

A Constituição Republicada de 1981 gerou uma grande insatisfação para boa parte da sociedade, visto que o legislador somente reconheceu as uniões baseadas no casamento civil.

No entanto, com a Constituição de 1988 trouxe grandes e significativos avanços para a evolução dos direitos em meio à sociedade, pois equilibrou a balança e igualou homem e mulher no exercício dos seus direitos e obrigações, dentro e fora da união estável e da sociedade conjugal. Tal igualdade está estampada nos artigos 5º, inciso I e 226 parágrafo 5º da Constituição da República Federativa, onde dispõe respectivamente:

Art. 5º [...]

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226 [...]

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente acabou por reforçar esses dispositivos, trazendo em seu artigo 21 a seguinte redação:

Artigo 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer um desses o direito de, em caso de discordância, recorrer a autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O artigo 1630 do Código Civil vigente acabou por substituir a expressão pátrio poder por poder de família, para igualar a mãe e o pai em assuntos que vão da guarda e educação dos filhos, até mesmo a administração de seus bens. Nesse mesmo sentido, se estabeleceu os direitos sucessórios e alimentares dos conviventes pela Lei nº8.971/1994, e os direitos e deveres iguais dos companheiros em vários aspectos, através da Lei nº 9.278/1996.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco para concretizar, selar definitivamente discussões que atravessaram anos, foi esta Constituição que estabeleceu a união estável como entidade familiar, que trouxe a igualdade entre homens e mulheres, o pluralismo familiar, manteve a família tradicional e abraçou as novas denominações familiares as quais parte da sociedade já fazem parte.

O pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças no conceito de família, onde este não é mais restrito somente ao casamento e a união estável. Nos complexos arranjos encontrados atualmente, tem-se, por exemplo:

A Família Monoparental que foi reconhecida através da Constituição de 1988, em seu artigo art. 226, §4º, in verbis, “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Apesar de estar conceituada na Constituição, apresenta grande fragilidade diante da sociedade, pois, necessita do apoio público, no entanto, acaba sendo uma não especificidade das políticas voltadas à família, onde acaba sendo deixando em segundo plano as entidades familiares atípicas.

A Família Homoafetiva é constituída por pessoas do mesmo sexo, onde as mesmas formam entre si vínculos afetivos. Muito embora boa parte da sociedade não reconheça o caráter familiar da união homoafetiva, o legislador já reconheceu no ordenamento jurídico a configuração familiar de tal relação.

Ao tratar da Família Poliafetiva, observa-se que essa configuração familiar é formada por três ou mais pessoas, considerando tanto o lado sexual quanto o afetivo, desconsiderando até mesmo o sexo a qual pertençam.

A Família Eudemonista é aquela que decorre do afeto, e tem por finalidade o bem maior da vida humana, que é a felicidade.

Maria Berenice Dias (2007, p.52-53) observa:

“Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.”

Existem outras espécies de família que vem crescendo na sociedade e ganhando reconhecimento do legislador, no entanto, as configurações familiares citadas acima são as mais comuns e atuais, juntamente com os institutos maiores que certamente são o casamento e a união estável, mais reconhecidos na sociedade.

3. INSTITUTO FAMILIAR: Casamento

3.1 Conceitos

O instituto do casamento passou por várias modificações no decorrer do tempo, uma delas, talvez a mais difícil de ser incorporada fosse à união entre pessoas do mesmo sexo. O que era conceituado por autores como uma união entre homem e mulher, já foi superado e entendido pelo legislador como uma união entre indivíduos que buscam constituir uma família.

O casamento é considerado a mais importante de todas as instituições do direito privado, um vínculo jurídico que busca a união do material e espiritual.

Leciona Maria Helena Diniz (2007, p. 35), sobre o tema:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de Direito Privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da Sociedade. Logo, o matrimônio é a peça chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do País.

Na acepção de Maria Berenice Dias (2006, p.129), o conceito de casamento é muito mais amplo e abrange elementos que ultrapassam o ordenamento jurídico:

O casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio com a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vidas é o efeito por excelência do casamento.

É notória a importância do instituto do casamento para o ordenamento jurídico, sendo assim, foi estabelecido pelo legislador, direitos e deveres que asseguram uma relação que ultrapassa a seara do direito e repercute na estrutura e formação das futuras gerações.

3.2 Princípios

Todo determinado tema em Direito é regido por um determinado princípio, não poderia ser diferente com o direito matrimonial, que também estabelece seus

princípios basilares, determinantes para o entendimento do tema. De acordo com dispositivos elencados no Código Civil e considerações de vários autores, são três os princípios que permeiam o casamento:

a) A livre união dos futuros cônjuges, pois o casamento advém do consentimento dos próprios nubentes, que devem ser capazes para manifestá-lo. Impossível é a substituição do consentimento dos contraentes, bem como a autolimitação de suas vontades pela condição ou por termo.

b) A monogamia, pois, embora alguns povos admitam a poliandria e poligamia, a grande maioria dos países adota o regime da singularidade, por entender que a entrega mútua, só é possível no matrimônio monogâmico, que não permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa, punindo severamente a bigamia. P, ex., o nosso Código Civil, art. 1.521, VI, estatui: “Não podem casar as pessoas casadas”, com a violação dessa disposição legal, autoriza a norma que decreta a nulidade do casamento. Realmente, estabelece o Código Civil no art. 1.548, II, que “é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento”, e que se aplique uma pena ao transgressor, como dispõe o Código Penal no seu art. 235: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena: reclusão de 2 a 6 anos”. Com isso, nossa ordem jurídica consagra a monogamia, cuja violação autoriza a aplicação de duas sanções: a nulidade do ato praticado e a pena ao violador.

c) A comunhão indivisa que valoriza o aspecto moral da união sexual de dois seres visto ter o matrimônio por objetivo criar uma plena comunhão de vida entre os cônjuges, que pretendem passar juntos as alegrias e os dissabores da existência (CC, art. 1.511). (DINIZ, 2002, p. 47).

Os princípios como sendo bases norteadoras do Direito, conceitos éticos que estabelecem um direcionamento para que os indivíduos possam conviver na medida do possível, em harmonia, representam um entendimento pacificado de um determinado assunto jurídico, onde são usados para suprir as lacunas deixadas pela lei. Sendo assim, os princípios trazidos acima estão inteiramente ligados ao direito matrimonial, onde se o instituto não possui-los, não poderá ser considerado casamento.

3.3 Características do Casamento

O casamento é revestido de algumas características necessárias para sua constituição, entre elas encontram-se:

a) Solenidade do ato nupcial: sendo importante para dar mais segurança a este ato que é tão cheio de formalidades e de regras.

Para Carlos Roberto Gonçalves, (2009, p. 27):

O casamento e o testamento constituem os dois atos mais repletos de formalidades do direito civil, devido à sua reconhecida importância. Destinam-se elas a dar maior segurança aos referidos atos, para garantir sua validade e enfatizar sua seriedade. O ato matrimonial é desse modo, envolvido numa aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio. Destaca-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais (CC, art.535). As formalidades exigidas constituem elementos essenciais e estruturais do casamento, cuja inobservância tornam o ato inexistente.

Como ressalta Venosa: “A lei o reveste de uma série de formalidades perante a autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade. Outorgando com isso, a garantia de validade do ato.” (2006, p. 27).

b) As normas que regulamentam o casamento são de ordem pública, ou seja, vão além de uma mera vontade das partes, sendo compatíveis com o interesse do Estado. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 26 e 27):

Com o efeito, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis. Por essa razão, malgrado a liberdade concedida à pessoa de escolher seu cônjuge, não é dado aos nubentes em discutir com o celebrante o conteúdo e a extensão dos seus direitos e deveres, nem impor regras sobre a dissolução do vínculo ou reconhecimento de filho.

c) Diversidade de sexos: onde se exigia que o casamento fosse realizado entre um homem e uma mulher. Até pouco tempo atrás apenas encontraríamos citações firmando tal entendimento, tendo como exemplo Maria Helena Diniz (2002, p. 56):

O casamento tem como pilar o pressuposto fático de diversidade de sexo entre os nubentes (CC, art. 1.514). Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nero e Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á casamento inexistente, uma farsa. Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial. Se, porventura, o magistrado deparar com caso dessa espécie, deverá tão somente pronunciar sua inexistência, negando a tal união o caráter matrimonial.

Tal característica já foi entendida de forma diversa pelo legislador, pois, a união de pessoas do mesmo sexo foi incorporada pelo ordenamento jurídico.

d) Comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges: os indivíduos quando se casam passam a assumir deveres recíprocos diante do seu cônjuge, para que assim, o casamento possa ser o mais saudável possível e pautado nos liames legais. Como explica Gonçalves:

Implica necessariamente união exclusiva, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1.566 do mencionado diploma é o de fidelidade recíproca. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento dispõe o art. 1.565 do novo Código que, por meio do casamento, “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.” (2009, p. 28).

e) Dissolubilidade: através da Emenda Constitucional n°. 66/2010, foi facilitado o divórcio no ordenamento jurídico, sendo este ato, portanto, menos complexo do que antes era considerado, onde não mais se utiliza mais de prazos e separação de fato para obtê-lo.

f) Liberdade de escolha do nubente: trata-se de um ato pessoal no nubente, onde se expõe seu subjetivismo, se de fato deseja constituir matrimônio com aquela parte, manifestando sua vontade particular. Como bem observa José Lamartine Corrêa de Oliveira: a “liberdade nupcial é um princípio fundamental e de ordem pública, pelo que se considera inadmissível restrição à liberdade pessoal de casar a inserção de cláusula de celibato ou e viuvez em determinados contratos ou em testamento”. (1990, p.123-124).

3.4 Legislação (CC)

O Código Civil de 1916 (Lei n°. 3.071/1926) tinha apenas 1.807 artigos, curtos e com poucos parágrafos, tendo como principais características ser conservador, original e nacional, foi revogado por não mais suprir as necessidades da sociedade, apesar de ter sido considerado em sua época um código moderno, não mais conseguia suprir as necessidades de uma sociedade que está em constante mudança, logo, sendo o casamento considerado de extrema importância para a sociedade, e conseqüentemente para o ordenamento jurídico, recebeu do legislador no Código Civil de 2002 (Lei n°. 10.406/2002) o LIVRO IV Do Direito de

Família, onde fala de todas as etapas e regulamenta cada momento do matrimônio, como também dos atos posteriores e anteriores a ele.

Dos artigos n.º 1.511 a 1.727 o Código Civil de 2002 estabelece o instituto do casamento e garante melhor segurança jurídica aos cônjuges no matrimônio, dispondo sobre todos os aspectos relevantes para tal assunto, e do artigo n.º 1.728 a 1.783 A do Código Civil de 2002, aborda assuntos relacionados à tutela, curatela e da tomada de decisão apoiada. Alguns assuntos acabam por permear a Constituição Federal, onde a matéria encontra apoio jurídico em vários aspectos.

A lei Registros Públicos (Lei 6.015/1973), aborda alguns pontos que dizem respeito a este instituto, trazendo em alguns capítulos a maneira como o casamento será registrado, sua habilitação, do casamento em si, do casamento em iminente risco de vida, do registro do casamento religioso para efeitos civis, assim como diversas outras abordagens relacionadas ao tema.

3.5 Direitos do Cônjuge

No passado, quando se falava em direitos no matrimônio logo se pensava apenas no marido, que era o responsável pelo lar e detentor de todas as obrigações e privilégios relacionados ao casamento, apenas este poderia decidir e arcar com as responsabilidades, no entanto, essa ideia já foi ultrapassada, atualmente a mulher goza dos mesmos direitos do homem, ganhando espaço na sociedade e voz perante todos.

Os direitos do cônjuge relacionados ao patrimônio dependem muito de como os estes decidiram a divisão dos bens, ou seja, qual o regime escolheram para regular o matrimônio. Antes do casamento há o pacto antenupcial, que é o momento em que se estabelece qual o regime será adotado.

Sendo assim, quando os cônjuges optam pelo regime de comunhão parcial, os bens adquiridos após o casamento, formam a comunhão de bens do casal, onde cada um guarda para si, como seu próprio patrimônio, os bens pertencentes a ele antes do casamento. O regime de comunhão parcial é aquele considerado legal, quando os casamentos se dão sem o pacto antenupcial ou sendo este nulo.

O artigo 1.658 do atual Código Civil dispõe que: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. As exceções a que se refere o artigo citado encontram-se elencadas no artigo subsequente, sendo assim:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

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

III - as obrigações anteriores ao casamento;

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

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

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

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

Corroborando com o tema, sobre os bens que integram a comunhão:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

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

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

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

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

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

Os incisos trazidos pelos artigos acima são de fácil entendimento, sem maiores dificuldades na compreensão, entretanto, quando a questão envolver bens móveis, estes se presumem adquiridos na constância do casamento, salvo prova em contrário (art. n.º. 1.662), então, é necessário que sejam minuciosamente detalhados e separados os bens moveis no pacto antenupcial, sob pena de serem considerados comuns.

No regime da comunhão universal de bens, comunicam-se todos os bens do casal, tanto no presente quanto no futuro, salvo algumas exceções (art. n.º.1.667). Como regra, todos os bens do cônjuge ingressa na comunhão, tudo aquilo que

pertence a um dos cônjuges a partir de então passa a ser do outro também, independente se um destes entra na relação sem nenhum patrimônio. O artigo 1.667 estabelece que: “o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceções do artigo seguinte”.

As exceções a que se refere o texto anterior se encontram no artigo posterior, onde fala:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

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

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

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

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

Em relação à dissolução da comunhão de bens, tanto a parcial quanto a total traz diversos efeitos. Segundo o antigo Código, e seu artigo 267, que não foi repetido no Código Civil de 2002, mas certamente é aplicável, dissolve-se a comunhão: “pela morte de um dos cônjuges, pela sentença que anula o casamento, pela separação judicial e pelo divórcio”.

O regime de participação final dos aquestos foi uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002, que revogou o regime dotal e trouxe nos artigos 1.672 a 1.686 este novo regime que também é utilizado em outros países, com algumas características e denominações diferentes.

Trata-se de um regime híbrido, onde se aplicam tanto as regras da separação de bens quando da convivência e comunhão de aquestos, e quando do desfazimento da sociedade conjugal. O artigo 1.672 traz a noção geral deste regime, sendo: “No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

Este regime também é adotado em outras legislações, seu maior uso é para aquelas pessoas que já possuem certo patrimônio atuando através de suas profissões, entretanto, este regime não foi bem aceito pela sociedade, pois verifica-se que se trata de uma estrutura complexa, situada em 15 artigos, e com muitas particularidades.

O regime da separação de bens trata da completa separação de patrimônio dos cônjuges, onde não se comunicam os frutos e aquisições, e cada um permanece administrando, na propriedade e posse de seus devidos bens. Diferente do que ocorria com o antigo código civil (1916), onde mesmo com a separação dos bens o cônjuge ainda necessitava da outorga conjugal para a alienação de imóveis, o código civil de 2002 superou essa questão, estabelecendo totalmente a separação dos bens do casal. Dispõe o artigo 1.687 do Código Civil de 2002: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

Este regime decorre tanto da vontade dos nubentes quanto por imposição legal, sendo, portanto, legal ou convencional.

Na separação de bens convencional, nada impede que os cônjuges comuniquem certos bens, se assim desejarem fazer, assim como a forma de administração. Quando o regime da separação de bens é legal, não cabe escolha aos nubentes, sendo uma imposição da lei, de acordo com Código Civil:

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

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

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

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

Muitas são as discussões acerca da liberdade na escolha do regime em se tratando dos nubentes, a Lei nº. 12.344/2010 alterou o inciso II do artigo 1.641, onde a faixa etária passou de 60 para 70 anos quanto à obrigatoriedade no regime imposto pela lei de separação dos bens.

No sistema brasileiro, esses são os regimes mais utilizados, onde os cônjuges podem optar por um deles e combiná-los entre si, desde que não contrariem normas de ordem pública.

Em se tratando do regime de bens optado pelos nubentes, no instituto do casamento, o antigo Código Civil em seu artigo 230 dispunha que: “O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do nascimento, e é irrevogável”.

No entanto, o Código Civil de 2002 alterou tal artigo, trazendo uma nova redação no artigo 1.639, § 2º, o qual disciplina que:

É admissível alteração de regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Logo, o legislador alterou a redação da lei e optou pelo direito de modificar a o regime de bens mesmo após o casamento.

Além dos direitos ligados ao patrimônio, o Código Civil traz em seu artigo 1.566 deveres de cunho pessoal e social, que além de ter esse título são direitos que um cônjuge possui em relação ao outro.

A fidelidade recíproca consiste em impedir que o outro tenha relações sexuais com terceiros, cometendo assim, adultério, onde além de ferir a honra do parceiro, o cônjuge estaria injuriando-o de forma grave. Não é necessário uma continuação de relações sexuais com um outro indivíduo fora do casamento para que se caracterize a infração do adultério, basta apenas o rompimento do dever de fidelidade.

A vida em comum, no domicílio conjugal, onde se requer coabitação, sendo esta o estado em que pessoas de sexo diferente (ou do mesmo sexo), habitam na mesma casa, convivendo sexualmente. A sanção pela quebra desse dever (direito) virá de forma indireta, gerando assim a separação e ensejando na obrigação alimentícia.

A Mútua assistência está relacionada com não só com a união material, mas também espiritual, tornando-se um aspecto fundamental para o casamento. No plano material, relaciona-se com a obrigação do cônjuge prestar alimentos ao outro, não sendo vista apenas como obrigação do marido, mas também da esposa.

Outro aspecto de extrema importância para o casamento é o sustento, guarda e educação dos filhos, onde incumbe aos pais sustentar seus filhos tanto materialmente quando moralmente, dando suporte para educacional dentro de casa

e na escola, onde um acaba por complementar o outro. A omissão terá efeitos civis, como prestar alimentos, e de caráter penal quando configurado os crimes de abandono intelectual e material.

O item que trata do respeito e consideração mútuos foi acrescentado pelo Código Civil de 2002 (artigo 1.566, V), que já foi absorvido pela união estável e é considerado como base para toda vida em comum, onde abrange sinceridade, zelo pela honra e dignidade do cônjuge e da família. O rompimento dos deveres conjugais pode gerar vários constrangimentos ao cônjuge inocente, podendo este ser indenizado, por exemplo, por danos morais.

O projeto do Estatuto das Famílias se desfez de situações que envolviam os cônjuges e eram exclusivas e conservadoras, para se valer de disposições mais comuns a todas as entidades familiares, independentemente de sexo, abordando todas as formas possíveis que possam proteger materialmente, moralmente e socialmente a dignidade humana.

4. INSTITUTO FAMILIAR: UNIÃO ESTÁVEL

4.1 Conceitos

Diante do cenário em que vivemos notamos as diferentes formações de institutos familiares, o Estado não poderia ignorar o fato de que a sociedade sofreu mudanças no decorrer do tempo, o homem mudou sua maneira de pensar e ver o mundo, logo, não demorou muito para que o conceito de família também sofresse alterações. O instituto da união estável sempre se fez presente na sociedade, no entanto, foi ganhando reconhecimento aos poucos, pois o casamento ainda era a única forma reconhecida pelo Estado como entidade familiar. Para que se entenda o conceito de união estável, faz-se necessário usar as palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 1120):

A união estável é a relação convencial, *more uxório*, que passa a ser convertida em casamento, ante as ausências dos impedimentos do art. 1521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no art. 1523 não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar, constituindo uma família. Assim, solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, e divorciados poderão constituir união estável, por força do art. § 1º do art. 1723.

Logo a união estável, é uma união onde os indivíduos não estejam impedidos de casar, ou seja, aqueles que não se encontram dispostos no artigo 1521 do Código Civil, que expõe:

Art. 1521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes seja parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi o do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais e bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivendo com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte;

Segundo a autora supracitada, a união estável também se configura mesmo com as causas suspensivas da celebração do casamento, elencadas no artigo 1523 do Código Civil:

Art. 1521. Não podem casar:

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

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

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

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

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

Sendo assim, diante do exposto, entende-se que somente não se configuraria a união estável como entidade familiar se presentes uma das causas impeditivas de matrimônio, pois as causas suspensivas cominam apenas em sanções.

4.2 Concubinato

No passado, quando somente o casamento era considerado como entidade familiar, as pessoas que se relacionavam de forma contrária, aderiam ao concubinato. Para Euclides Benedito de Oliveira (2003, p.73), entende-se por concubinato:

Entende-se por concubinato a união entre homem e mulher com o intuito de vida em comum sem as formalidades do casamento. Corresponde a “união livre” ou informal, porque sem as peias da união oficial e dos regramentos estabelecidos na lei para as pessoas casadas.

No decorrer do tempo, os conceitos foram mudando, cada vez mais a sociedade passou a se relacionar de maneira informal, e apesar da doutrina dividir-se em meio ao conceito e as formas de concubinato, serão feitas referências aos posicionamentos majoritários. Sendo assim, entende-se que há o concubinato puro, ou seja, o que parte dos doutrinadores considera como o instituto da união estável, por apresentar características semelhantes. Segundo Maria Helena Diniz (1989, p. 222):

[...] o concubinato 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 ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos e separados judicialmente.

Para o jurista Álvaro Villaça de Azevedo, o concubinato puro inclui os companheiros separados de fato, nos seguintes termos:

Na verdade, o concubinato, hoje existente entre pessoas separadas judicialmente ou de fato, já é qualificado como puro, como união estável, uma vez que o separado, que vive concubinariamente, não tem qualquer relacionamento, pessoal ou de família com seu ex-cônjuge, embora formalmente pareçam casados.

Ora, neste caso, não existe comprometimento adúltero, pois o dever de finalidade ficou extinto, no casamento. Não há, portanto, com o novo relacionamento concubinário, quebra desse mesmo dever.

Quando se trata do concubinato impuro, a doutrinadora Maria Helena Diniz define como sendo: “Ter-se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos de casar” (1989, p. 222).

Para alguns autores, o concubinato impuro se dividirá em duas formas: adúltero, quando um ou dois conviventes são casados, ou seja, possuem outras famílias. A segunda forma seria a incestuosa, quando os conviventes forem parentes. Noemia Alves Fardin (1995, p. 59) considera impuro:

[...] o concubinato adúltero, desleal ou incestuoso. Será adúltero quando um ou dois parceiros forem casados com outra pessoa, não estando divorciados ou separados legalmente. Diz-se incestuoso quando a ligação concubinária ocorre entre parentes próximos, com impedimento legal, [...]. Denomina-se desleal quando os concubinos mantêm, simultaneamente, mais de uma ligação.

O concubinato trazido no Código Civil de 2003 assim dispõe em seu art. 1727: “As relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar constituem concubinato”. Ou seja, o legislador assemelhou o conceito do concubinato impuro para o atual concubinato. Nesse sentido, Maria Helena Diniz mantém o mesmo pensamento quando conceitua concubinato: “O concubinato impuro ou simplesmente concubinato dar-se-á quando se apresentarem relações não eventuais entre homem e mulher, em que um deles ou ambos estão impedidos legalmente de se casar (2002, p. 1122)

Como foi exposto anteriormente, existem duas modalidades de concubinato impuro, adúltera e a incestuosa, em ambos os casos estas estão impedidas de contraírem o matrimônio, sendo assim, o Código Civil não amparou as pessoas que fazem uso desse tipo de união, pelo fato impeditivo que não permite o casamento.

Por outro lado, o Código Civil excluiu do concubinato impuro aqueles que estão separados de fato e os separados judicialmente, considerando que estes não estão mais coabitando com o seu ex-cônjuge, não infringindo, portanto nenhuma dos deveres matrimoniais.

4.3 Princípios

As relações de família passam a ser regulamentadas pela principologia constitucional através dos princípios, sendo instituído como base, alicerce, partindo dessa premissa, na acepção de De Plácido e Silva (2001, p.639):

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa revela o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica, mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Corroborando com tema leciona Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 143-144):

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.

O princípio da igualdade está disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde é estabelecido que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...).

Logo, sendo sede explícita no texto Constitucional, o princípio da igualdade tem como finalidade impedir privilégios injustificados, onde alguns se sobressaem sobre outros, tal igualdade deve ser encarada e comprometida em todos os aspectos, tanto formal quanto material.

Por oportuno, pode-se relacionar com o tema em tese o princípio da afetividade, que acabou por se aspirar por todo o direito de família, reconhecido em várias situações afetivas, sendo assim, as relações de família passam a ser caracterizadas pelo vetor da afetividade, onde a força dos fatos e acontecimentos vistos na sociedade acabou por exigir que o direito assimilasse de algum modo, essas mudanças.

O princípio da legalidade é considerado um dos mais importantes do ordenamento jurídico, uma verdadeira garantia constitucional, e vem consagrado no

inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal princípio se baseia no sentido que nenhuma divergência ou lide seja resolvida por força física, de maneira pessoal e agressiva, mas sim por força de lei.

Não há que se falar em princípios constitucionais, sem citar o princípio da dignidade da pessoa humana, que por seu imensurável valor tem ligação direta com todos os outros princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.

Nas palavras do autor Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.41):

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

A dignidade da pessoa humana se consolida no art. 1º, III, da Constituição, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil, princípio este respeitado e amparado por todo o ordenamento jurídico por seu relevante valor.

4.4 Requisitos

Dispensando a formalidade presente no casamento, a união estável necessita de requisitos para sua configuração. O art. 1.723, do Código Civil afirma que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Acerca da temática, Áurea Pimentel Pereira (2008, p. 84) discorre:

Que para ser reconhecida como estável a união, deve ser ela pública, contínua e duradoura, afastando, portanto, a possibilidade de sua configuração quando se estiver diante de um relacionamento revestido de clandestinidade, marcado durante sua vigência por seguidas separações e reconciliações, de efêmera duração, contraído de forma descompromissada para simples comunhão de leitos, sem o objetivo de constituição de uma família.

Desta forma, para compreender a união estável é necessário que se entenda os requisitos de sua formação, sendo que muito do que se encontra regulamentado na legislação atual foi introduzido por estas leis nº 8971/94 e 9278/96, leis estas que foram revogadas no que contrariavam o Código Civil Pátrio.

4.4.1 Diversidade dos Sexos

Para que a união estável seja reconhecida é necessário que seja realizada entre um homem e uma mulher. O Artigo 226 da Constituição Federal dispõe:

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

Artigo 1.723 do Código Civil:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher [...]

Apesar da letra fria da lei, e do legislador pátrio ter privilegiado o modelo clássico de união estável estabelecida somente entre homens e mulheres, atualmente foi reconhecida e recebida pelo ordenamento jurídico e conseqüentemente por toda a sociedade, a união homoafetiva.

Para entender a decisão do ordenamento jurídico em aceitar a união homoafetiva precisam-se levar em consideração todos os princípios que norteiam e amparam o indivíduo em sociedade, os costumes que sofreram modificações com o passar do tempo, o comportamento humano, as escolhas das novas gerações e seu direito de se expressar. Sobre o tema, atribui Barroso (2007, p. 19):

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social.

Nota-se de forma explícita que o constituinte consagrou o princípio da igualdade, sobre o qual todos têm os mesmos direitos e deveres. Sendo assim, o

requisito da diversidade dos sexos, que era estabelecido unicamente entre homem e mulher para a consagração da união estável, hoje é interpretado de uma forma mais ampla, onde a constituição de tal união pode ser realizada também entre pessoas do mesmo sexo.

4.4.2 Convivência

É importante ressaltar a necessidade da convivência entre o casal, no entanto, esta não é considerada como requisito para que se configure a união estável.

Apesar dos companheiros habitarem em residências diferentes, basta manterem a continuidade, a estabilidade e a unicidade do vínculo para que se estabeleça a união estável.

4.4.3 Publicidade

Quando a este requisito tem-se o fato de que, não se pode ter uma união estável em secreto.

A publicidade é a forma de apresentar o casal para a sociedade, os locais frequentados, ou seja, a família de ambos, os amigos e parentes que os consideram casados mesmo não sendo, configurando assim, a união estável.

4.4.4 Durabilidade

A durabilidade sofreu alterações ao longo dos anos, pois, antes da vigência do Código Civil de 2002, era a Lei n. 8971 de 1994 que regia a matéria sobre a união estável, e disciplinava que o tempo de durabilidade era de pelo menos 5 anos, no entanto, tal preceito não existe mais.

Atualmente, a lei que ampara a união estável não faz menção ao tempo de duração, podendo ser a qualquer tempo desde que presentes os demais requisitos.

4.4.5 Unicidade de Vínculo

Na união estável, é necessário que o vínculo entre os indivíduos seja único, não se admitindo que se estabeleça mais de uma união simultaneamente, uniões múltiplas podem ocorrer, mas não ao mesmo tempo.

Também é proibida a ligação adúltera de uma pessoa casada, a não ser que esta esteja separada judicialmente ou de fato.

4.4.6 Continuidade

Como mencionado anteriormente, a união estável precisa ser duradoura, e também contínua, para que assim se possa diferenciar a união estável de uma relação eventual.

O doutrinador Euclides de Oliveira (2003, p. 131) afirma que:

O caráter contínuo da relação atesta sua solidez, pela permanência no tempo. Lapsos temporais, muitas vezes com repetidas idas e vindas, tornam a relação tipicamente instável, desnaturando sua configuração jurídica.

4.4.7 Objetivo de Constituir Família

Além de todos os requisitos mencionados acima, a união estável necessita de um elemento essencial, que seria o de constituir uma família, para que assim, seja considerada como entidade familiar do ponto de vista afetivo e legal.

Neste aspecto, o ilustre doutrinador Euclides de Oliveira (2003, p. 133) ensina:

Esse propósito se evidencia por uma série de elementos comportamentais na exteriorização da convivência *more uxório*, com o indispensável *affectio maritalis*, isto é, apresentação em público dos companheiros como se casados fossem e com afeição recíproca de um verdadeiro casal.

Vale esclarecer que este requisito somente se torna válido quando o objetivo em comum é realmente constituir família, não sendo permitida a reunião em um ambiente para formação acadêmica, ou qualquer que seja o motivo diferente do essencial estabelecido em lei.

4.5 Regulamentação

A primeira regulamentação a respeito do instituto da união estável foi a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, onde especificava as uniões de fato entre homens e mulheres livres, assim como regulamentou sobre o direito dos companheiros de pleitear alimentos, sucessão, bem como herdar entre si.

Logo em seguida nasceu a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que alterou vários aspectos relativos à união estável que a lei anterior (Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994) regulamentava, omitindo requisitos de aspectos pessoais, e trazendo inovações como: direito de habitação no imóvel familiar, deslocamento das Varas Cíveis para as Varas de Família a competência para responder por litígios, entre outros assuntos. A vigência dessa nova lei trouxe vários questionamentos acerca da revogação anterior, nesse sentido esta o voto proferido pela ministra Nancy Andrighi:

O cerne da discussão é saber se com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 foi revogado o art. 2º, III, da Lei 8.971/94 que concedia à companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança quando inexistissem ascendentes ou descendentes do falecido. Ressalte-se que, na hipótese sob julgamento, a ação foi proposta antes da vigência do Novo Código Civil, portanto, o debate não inclui suas inovações. O Tribunal de origem entendeu que a lei posterior não revogou a anterior, apenas a complementou, o que implica na manutenção do direito à herança da companheira nos moldes estabelecidos pela Lei 8.971/94. Observa-se que a Lei 9.278/96, em seu art. 11, determinou a revogação de todas as disposições em contrário, não tendo mencionado expressamente a lei ou os dispositivos legais que seriam revogados. Tratou-se, portanto, de revogação tácita que ocorre em duas hipóteses: ou quando a lei nova regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior ou quando a norma anterior for incompatível com a lei nova. Tanto a Lei 8.971/94 como a Lei 9.278/96 regulamentaram a união estável, objetivando estabelecer parâmetros para sua configuração. Contudo, constata-se que a nova regra não abrangeu todas as matérias definidas pela lei anterior. O direito à sucessão, por exemplo, foi definido apenas pela Lei 8.971/94, tendo sido omissa quanto ao ponto a norma posterior que estabeleceu apenas o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente quando dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes (Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 747.619/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 07 de junho de 2005).

Várias discussões circulavam as leis que regulamentavam a união estável, pelo fato de ambas não satisfazerem as necessidades dos indivíduos que se enquadravam nesse instituto, logo, o surgimento de uma visava suprir as carências e corrigir as falhas da anterior. Os requisitos necessários à configuração

da união estável elencados nas respectivas leis passaram por muitas mudanças, uns foram modificados, outros acrescentados, e alguns até mesmo perderam sua aplicabilidade, sendo assim, fez-se necessário revogar tais leis.

Revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face do acolhimento do referido assunto pelo Código Civil de 2002, que fez uma significativa mudança, pois foi adicionado no Livro da Família um título sobre a união estável, onde os artigos 1.723 até 1.727 tratam sobre o tema.

4.6 Direitos do Companheiro

A proteção jurídica da entidade familiar abrange vários aspectos, sendo direitos de cunho social, pessoal, patrimonial e material, além de muitos outros dispersos na legislação ordinária. O código civil de 1916 atribuía o marido a chefia da sociedade conjugal, e dentre tantos direitos atribuídos a ele, um deles era o de prover a manutenção da família, o dever de alimentar.

O Código Civil de 2002 modificou essa realidade, assegurando o direito recíproco dos companheiros em relação aos alimentos, sendo assim, independentemente do sexo, caso ocorra à dissolução da união estável, o companheiro terá direito além da partilha dos bens comuns, a alimentos, tendo que comprovar tanto suas necessidades quanto as condições do seu parceiro. De acordo com o artigo n°. 1.708 do Código Civil, o direito a alimentos cessa com a união estável, o casamento e concubinato do credor, assim como se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Pelo fato do legislador equiparar os direitos do companheiro aos dos parentes e dos cônjuges, serão aplicadas as mesmas regras dos alimentos utilizadas na separação judicial, até mesmo de que se faça uso do rito especial contido na referida Lei de Alimentos. Sendo assim, dispõe o artigo n°. 1.724 que perderá o direito aos alimentos, o companheiro que infringir os direitos de lealdade, respeito e assistência, por estar cometendo ato de indignidade.

O Código Civil de 2002 inovou quando trouxe em seu artigo n°. 1694, § 2º que, “os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”, nota-se que, além de culposo, se o procedimento do companheiro for indigno perante seu parceiro,

cessará o direito a alimentos, como está disposto no artigo n°. 1708 em seu parágrafo único, onde não terá nem mesmo direito aos alimentos considerados necessários.

É possível haver obrigação de alimentar em união estável homoafetiva, quando houver a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que depois foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

Em se tratando de direitos ligados ao patrimônio, muito do que está estabelecido no instituto do casamento se assemelha a união estável, onde o regime fixado como regra geral é o de comunhão parcial de bens, no entanto, enquanto no casamento para que se opte por um regime distinto deste, é necessária a elaboração de um pacto antenupcial, na união estável por outro lado, terá que se fazer de uma escritura pública que definirá o regime a ser adotado.

Logo, as mesmas regras apresentadas acima a respeito dos regimes adotados pelo Código Civil de 2002 para o instituto do casamento, são aderidas pelo instituto da união estável, que é submetida também pela Lei n° 9.278/96.

Nas palavras de Venosa (2004, p. 203):

Como regra geral, os bens adquiridos na constância dos companheiros comunicar-se-ão, aplicando-se os artigos 1.658 ss. O contrato de convivência não tem o per se condão de criar ou reconhecer a união estável. O fato dessa união nunca dependerá da assistência desse contrato. Pode ser firmado antes e durante a convivência, bem como pode ser alterado no curso da união entre os companheiros, aspecto que fá-lo diferir grandemente dos princípios do pacto antenupcial. Esse contrato representa o instrumento pelo qual os sujeitos dessa relação regulamentam a sua situação de fato. Os bens adquiridos a título oneroso na constância da união aplicar-se-á o regime patrimonial de comunhão parcial de bens aos companheiros, como se refere o Código Civil, exceto se houver disposição contrária.

Aos bens que foram adquiridos de forma onerosa na constância da união estável, se não houver disposição contrária a norma, será aplicado o regime de comunhão parcial de bens aos companheiros, como se refere o Código Civil de 2002 e também o Art. 5° da Lei n° 9.278/96, que dispõe:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do

trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Assim como no matrimônio, os direitos patrimoniais pertencentes aos companheiros dependerão do regime adotado na escritura pública, sendo importante ressaltar que a falta desta, não descaracterizará a união, mas, será de grande validade no momento de dissolução deste vínculo, se houver, assim como para que se faça a partilha de bens do casal.

Por conseguinte, a Lei nº. 9.278/96 em seu artigo 2º, traz os direitos do companheiro no campo pessoal, onde elenca obrigações recíprocas entre os conviventes.

É um direito do companheiro o respeito e consideração mútua, não gerando assim, a abstenção dos seus direitos individuais, ou quebra de sua personalidade própria, pelo contrário, acaba por gerar um laço de companheirismo e dedicação recíproca dentro da união. O que por conseqüência gera uma relação mais saudável e alicerçada nos pilares do ordenamento jurídico.

No dever da assistência moral e material recíproca tem-se uma diferenciação, pois, são assistências diferentes mas que se completam. A assistência material, diz respeito à questão econômica e financeira, sendo que a legislação maior equiparou os cônjuges e companheiros no instituto familiar, para que ambos possam ter direitos e deveres iguais, e dividirem todas as questões que envolvam o lar.

Na assistência moral, o que rege é voltado ao imaterial, o subjetivo, o conjunto de valores que envolvem o ser humano e que fazem parte de toda e qualquer relação social, e sendo assim, em uma união se faz muito presente no dever de cuidar, amparar, proteger, defender e zelar pela honra pelo seu companheiro.

O dever da guarda, sustento e educação dos filhos comuns, também presente no instituto do casamento, é voltado à proteção dos filhos frutos dessa união, direitos estes essenciais para o desenvolvimento da criança ou adolescente, sendo este totalmente dependente dos pais tanto no plano material, onde necessita de toda a assistência e amparo financeiro para que possa ter uma vida dentro de um padrão digno, e no plano moral, onde é dever dos pais zelar por uma educação

correta para seus filhos, uma assistência médica quando necessário e principalmente o cuidado diário e a atenção para os atos e ações do dia a dia, a inserção de valores que é passado dentro de casa e que é fundamental para a formação de um indivíduo que cumpre as leis, presta serviços a sociedade, e busca um futuro melhor através de princípios repassados no passado e transmitidos no futuro.

5. A EVOLUÇÃO DA EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE PARA FINS SUCESSÓRIOS

O Código Civil de 1916 foi criado visando amparar o instituto familiar daquele momento vivido pela sociedade, estando diretamente ligado ao matrimônio, pois essa era a única formação familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico. No entanto, com o decorrer do tempo, a sociedade começou a fazer uso de outro instituto, o da união estável, sendo que este não foi muito bem aceito e amparado pela legislação, apesar da maior parte da população se enquadrar nesse modelo familiar.

Houve um momento em que a legislação precisou se equiparar as mudanças pelas quais a sociedade passava constantemente, e foi assim que nasceu a Lei nº. 8.971, de 1994, que regulamentava expressamente a união estável.

Logo após, com a necessidade de mudanças nasceu a Lei nº. 9.278, de 1996, que veio para modificar alguns dispositivos que não se enquadravam mais diante das necessidades da sociedade. Com a criação da Lei de 1996 muitas dúvidas foram geradas sobre fato de uma possível revogação da Lei anterior a ela (Lei nº 8.971/94), e mesmo com a possível superação deste debate com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a autora Luciana de Paula Assis Ferriani (2010, p. 52-53) aponta que sobre esse assunto existem duas correntes.

A primeira corrente obtém seu fundamentando jurídico no art. 2º, da Lei de Introdução às normas brasileiras (Decreto-lei n.4.657, de 1942), e estabelece que a lei posterior revoga a anterior naquilo que esta lhe for contrário. A segunda corrente, sendo a majoritária, e neste caso há uma aceitação na compatibilidade dos dispositivos, sendo que, a primeira lei dispunha de certos direitos, e a lei seguinte

regulamentava outros, inclusive com determinadas inclusões, logo, como não houve revogação expressa ambas as leis conviveriam onde não fossem compatíveis.

Entretanto, até mesmo esta lei não foi suficiente para sustentar todas as questões que precisavam ser discutidas e abordadas acerca deste instituto. Com o Código Civil de 2002, que veio pra solucionar os impasses nas relações civis, inserir novidades e reforçar o que já era estabelecido, acabou por priorizar o instituto da família, e definiu o livro IV do Código Civil como sendo exclusivamente para tratar de assuntos pertinentes a família.

Sendo assim, alguns pontos foram solucionados, ou pelo menos contornados, mas a união estável continuou existindo nas sombras, com uma lei que não mais sustentava tal instituto. Com as evoluções obtidas no matrimônio, muito se questionou sobre a possibilidade de trazer alguns direitos dados do cônjuge para o companheiro, o que foi tema para discussão em todos os segmentos, e levou-se muito tempo para mudar esse pensamento, mas, apesar disso, os direitos foram se equiparando, e aos poucos as semelhanças entre o casamento e a união estável foram ficando mais estreitas.

Atualmente, ambos os institutos são reconhecidos tanto pela sociedade quanto pelo legislador, o companheiro não é mais visto a margem da lei, e possui seus direitos reconhecidos (assim como exposto durante o tópico que trata dos direitos do cônjuge e do companheiro), apesar de ser um instituto sem grandes formalidades em sua forma de constituição.

5.1 Conceito de Sucessão

De todos os direitos já adquiridos pelo companheiro, o último a ser conquistado foi o direito a sucessão, um tema muito discutido nos tribunais e questionado pela sociedade, onde serão necessárias breves considerações a respeito dos momentos mais relevantes da sucessão para o instituto da união estável.

Nesse contexto, para que melhor se compreenda acerca dos direitos sucessórios dos companheiros, adquiridos em consequência da morte dos conviventes, conceitua-se sucessão, nas palavras de Plácido e Silva (2004, p. 1339):

E assim, sucessão pode definir-se como a transmissão de bens e de direitos de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome. Em sentido estrito, porém, e em significação mais técnica, sucessão é a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado por uma pessoa falecida.

Da mesma maneira, Silvio Rodrigues (2002, p.03) afirma:

A ideia de sucessão sugere, genericamente, a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se, portanto, do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos.

Desse modo, entende-se que sucessão é o ato de substituição de uma pessoa, e os direitos sucessórios estão inteiramente ligados a transferência de patrimônio do *de cuius* para seus herdeiros.

O que se entendia no instituto da união estável, era que a participação do companheiro na herança teria variação conforme os familiares que também teriam direito a sucessão, sendo assim, somente quando não houvesse parentes sucessíveis, eles teriam direito a integralidade dos bens. O que ocorre com o instituto do casamento é totalmente diverso desse entendimento, sendo que possuem menos concorrentes e uma participação muito superior na herança.

Nesse sentido, o instituto da união estável estaria em uma grande desvantagem em relação ao casamento, e isso estaria ferindo gravemente a Constituição Federal, sendo que esta garante a igualdade entre todos os indivíduos, um tratamento igualitário para todos os casais.

Trazidos estes conceitos e estabelecido entendimento acerca da ideia de sucessão, assim como das questões discutidas em relação à diferenciação deste tema para ambos os institutos, cabe discorrer sobre duas vertentes que se fazem presentes dentro do assunto.

5.2 Sucessão Legítima

A Sucessão Legítima é aquela que decorre da lei, casos onde não é deixado um testamento pelo *de cuius*, sendo assim, há uma ordem para que os

herdeiros sejam chamados. Também ocorre nos casos de caducidade, nulidade, anulabilidade, ausência, revogação ou rompimento do testamento.

O Código Civil de 2002 trouxe alterações na ordem da vocação hereditária, tornando o cônjuge herdeiro necessário, dispondo sobre ele dos artigos 1.845 a 1.850, assim como o direito de representação (art. nº 1.851 a 1.856), garantindo a ele mais direitos sucessórios, nos seguintes termos:

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.

Algumas características são essenciais na sucessão legítima, nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2009, p. 149):

A **hereditariedade**, visto que não se admite como herdeiro aquele que não é parente, ou o liame conjugal ou da união de fato. Constitui o fator decisivo para o enquadramento do herdeiro no elemento parentesco. A **legalidade**, eis que a lei especifica quem é herdeiro, não sendo possível sair de tal relação e incluir outra pessoa, a menos que sejam cedidos os bens. A **universalidade**, porquanto todos os bens sujeitam-se ao inventário, e não apenas parte deles – exceto se alguns tenham sido dados em testamento. A **subsidiariedade**, no sentido de que são partilhados os bens que sobram do testamento. (grifo nosso).

5.3 Sucessão Testamentária

A Sucessão Testamentária é aquela que ocorre quando há a última vontade do *de cuius*, ou seja, quando ainda em vida, através de um ato jurídico que se intitula testamento, o indivíduo expressa sua vontade, dispondo sobre a divisão de seus bens. No conceito de Arnaldo Rizzardo (2009, p. 228):

Tem-se, com a sucessão testamentária, é um ato unilateral de vontade, dispondo especialmente quanto aos bens em favor de terceiro, para valer após a morte daquele que dispõe com a possibilidade de revogação.

O Código Civil discorre sobre o tema da sucessão testamentária em geral (art.º 1.857 a 1.859), a capacidade de testar (art. nº 1.860 e 1.861), as espécies de testamento (art. nº1.864 a 1.880), dos concílios (art. nº1881 a 1885), os testamentos especiais (art. nº1.886 a 1.896), das disposições testamentárias (art. nº1.897 a 1.911), dos legados (art. 1.912 a 1.940, do direito de acrescer entre os herdeiros e legatários (art. nº 1.941 a 1.946), das substituições (art. nº 1.947 a 1.960), da deserdação (art. nº 1.961 a 1.965), da redução das disposições testamentárias (art. nº 1.966 a 1.972), do rompimento do testamento (art. nº 1.973 a 1.975), e do testamento em si (art. nº 1.976 a 1.990).

Observa-se que o legislador trabalhou de forma detalhada sobre o testamento tanto como ato jurídico quanto na sucessão testamentária, trazendo as possibilidades que podem surgir na sociedade.

A princípio, o legislador não acolheu o companheiro na ordem da vocação hereditária, no entanto, incluiu o art. 1.790 nas Disposições Gerais do Código Civil da seguinte maneira:

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

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

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

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

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

O dispositivo acima é alvo de diversas críticas, pois ainda deixa o companheiro em grande desvantagem em relação ao cônjuge, pois trata apenas de bens adquiridos de forma onerosa e na vigência da união, o que diante de uma análise, nos leva a crer que tal regulamentação beira a inconstitucionalidade, porquanto a Constituição levou a união estável ao status de família.

Ainda, o companheiro não foi equiparado ao herdeiro necessário, como foi feito com o cônjuge, tendo que concorrer com os ascendentes e descendentes e ficando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, sendo a herança repassada ao cônjuge em sua totalidade apenas quando não houver nenhuma outra pessoa para concorrer.

Certamente que houve uma evolução gradativa em se tratando dos direitos do companheiro, no entanto, diante de tudo que foi falado, se torna muito clara a necessidade da equiparação destes direitos para fins sucessórios, por se tratar de um tema muito corriqueiro e presente na sociedade, além de ser um direito.

Felizmente, por decisão recente do Supremo Tribunal Federal, foram equiparados os direitos a sucessão, tendo o companheiro os mesmos direitos a herança que o cônjuge, o que acabou abrangendo também, as relações homoafetivas (RE 646.721, repercussão geral, o relator, ministro Marco Aurélio).

5.4 Proibição do Não Retrocesso Social

O Princípio da proibição do não retrocesso social está inteiramente ligado aos direitos sociais e econômicos, pois uma vez alcançados certo patamar de importância perante a sociedade, passam a ser um direito subjetivo e uma garantia institucional. Nas lições de Canotilho (2000, p.320):

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “revolução reaccionária”. Com isto querdizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtidos um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o princípio acima mencionado tem por função proteger os direitos já garantidos no ordenamento jurídico. A formação de tal princípio pode se dar da seguinte maneira, conforme Zeno Veloso (2010, p.182):

O núcleo essencial dos direito sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na pratica, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial: “a liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3. Ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, s.d., p. 326).

Desta forma, por tratar-se de um princípio da democracia econômica e social, busca a proibição do não retrocesso a direitos que já foram adquiridos pela sociedade, pois, permitir que tal fato aconteça seria retroceder em meio a direitos que pertencem a todos.

5.5 Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do CC

Sendo assim, através do recurso extraordinário 878.694 de repercussão geral, relator Ministro Roberto Barroso, ficou constatado a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que determinava regras diferentes relacionadas à herança para o instituto da união estável. No que tange a jurisprudência, tem-se como exemplo de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. “Preliminar não conhecida e recurso provido.” (Agravado de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007)

Há outro exemplo de julgado no Rio Grande do Sul enfatizando princípios como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC/02.

Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Recurso desprovido, por maioria. (Agravo de Instrumento n.70024715104, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 07/08/2008).Grifo nosso.

Observa-se que os Tribunais já partilhavam da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, mesmo antes da decisão atual, que o configurou como tal.

O companheiro que provar a união estável com o falecido terá direito a metade da herança, ficando a outra parte para os demais, se houverem. Essa decisão não alcança os julgamentos de sucessões que já tiveram sentenças transitadas em julgado ou partilhas extrajudiciais com escritura pública. Por oportuno, cabe registrar a decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre a qual colocamos:

“O Tribunal, por maioria, [...] deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002[...]. Em seguida, o Tribunal [...] fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

A recente decisão foi um grande avanço para a sociedade, diante de todas as discussões e polêmicas que envolveram a equiparação dos direitos sucessórios para os companheiros, a decisão final foi favorável.

Diante de todo o estudo feito até aqui, notadamente se visualizou as conquistas gradativas que este instituto obteve no decorrer de todo esse tempo. Foram muitos anos, vindos de períodos em que nem se questionava a possibilidade de semelhança entre a união estável e o casamento, para um momento em que é inconstitucional que tão diferenciação seja feita.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações feitas nesse estudo, conclui-se que houve muitas mudanças nos conceitos, princípios, requisitos até a legislação em relação aos institutos do casamento e a união estável, de um período onde a sociedade apenas aceitava o matrimônio e repudiavam quem aderira a outras formas de constituir família, como o concubinato, onde não existia o existia divórcio, onde a união seja ela qual fosse só poderia ser feita entre homens e mulheres, para um período onde o legislador acabou por interpretar a lei favoravelmente às mudanças feitas pela sociedade. Nesse sentido, existem normas que asseguram, por exemplo, a igualdade entre todos, sem distinção de qualquer que seja o motivo. Há que se considerar os requisitos para a configuração do casamento e da união estável, impedimentos, objetivos, características, permeando por vários outros segmentos.

Cabe ressaltar que a união estável apesar de dispensar o formalismo tido no casamento, e sendo considerada por esse motivo menos burocrática, é regida de preceitos que precisam ser obedecidos para que se consiga chegar ao ideal que é a constituição de uma família, sendo este o objetivo principal desta união. A união homoafetiva foi recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro assim que a sociedade sentiu a necessidade desta inclusão, no sentido de que não se pode ferir o direito do outro de estabelecer relação fazendo julgamento de valor. Sendo assim, todo o estudo dos institutos do casamento e da união estável foi de extrema importante para que se chegasse ao tópico central do trabalho, que é a recente decisão sobre o direito de sucessão para o companheiro, tendo este direito a metade da herança deixada pelo seu convivente, sendo a outra dividida entre os demais parentes, tendo abrangência para as uniões homoafetivas.

Tal decisão foi de repercussão geral, equiparando os direitos dos companheiros aos do cônjuge para fins sucessórios, ficando decidido pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil onde muito se discutia na doutrina e nos Tribunais, e que agora é uma decisão pacífica. Considerando todo o exposto, é importante que a Lei Maior acompanhe o desenvolvimento da sociedade, absorvendo da melhor forma possível as necessidades elencadas em cada segmento, agindo de forma justa equiparando os direitos dos indivíduos para que estes não sejam prejudicados por falta de normalização.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família**: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 27 de junho. 2017.

AZEVEDO. Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.19.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Irbarroso, [S.l.], 2007.p. 17-42. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 28/06/2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Código Civil**. (Lei nº 10.406 de 10/01/02) 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.70024715104, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade**, Julgado em 07/08/2008. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70024715104&num_processo=70024715104&cod>Ementa=2459697&templntTeor=true> Acessado em: 6 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70020389284**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=agravo+de+Instrumento+N%BA+70020389284&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520R.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisa%Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> Acessado em: 6 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 747.619/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 07 de junho de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1836717&sReg=200500743818&sData=20050701&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1990.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

DAL COL. Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 3 ed.rev. e atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de Família. 5°. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família, v. 5, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º volume: direito de família – 22ª Ed.rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC – São Paulo Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família- 31ª ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

FARDIN. Noemia Alves. **Aspectos sociojurídicos da união estável**. 3ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1995.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**, v. VI. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUZ. Valdemar P. Da. **Curso de Direito da Família**. 1. Ed. Caxias do Sul: Ed. Mundo Jurídico, 1996.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável, do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código Civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2003.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **União estável**. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico – Rio de Janeiro**, 2004.

SOBRAL, Cristiano. **STF Declara Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil. 2017**. Disponível em: <http://blog.cristianosobral.com.br/stf-declara-inconstitucionalidade-art-1-790-codigo-civil/>. Acesso em: 18/08/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol. VI. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. Vol. VII. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio S. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família – 17ª Ed.** – São Paulo: Atlas, 2017.

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