

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Pós-Graduação em Direito
Programa de Mestrado
Eby Simone Busnardo

UNIÃO ESTÁVEL: a discriminação na sucessão hereditária dos
companheiros

Florianópolis
2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Pós-Graduação em Direito
Programa de Mestrado
Eby Simone Busnardo

UNIÃO ESTÁVEL: a discriminação na sucessão hereditária dos
companheiros

Eby Simone Busnardo apresenta Dissertação a ser submetida à Banca do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: **Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira**

Florianópolis
2009

Eby Simone Busnardo

**UNIÃO ESTÁVEL: a discriminação na sucessão hereditária dos
companheiros**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira (UFSC-SC)

Membro: Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese (UFSC-SC)

Membro: Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias (UNIVALI-SC)

Membro: Professora Doutora Cecilia Caballero Lois (UFSC – SC))

Coordenador: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer (UFSC-SC)

Florianópolis, maio de 2009

Dedico esta Dissertação a minha mãe, **Ana Aparecida Busnardo**, com imensa gratidão e saudades...

Ao meu saudoso avô, **Maneco**, por ter edificado em mim, embora sem conceituar, a essência do que vem dignificar um ser humano...

E ao **Douglas N. D. Vargas** que me recobrou a noção do amor e da família...

AGRADECIMENTOS

São inúmeros àqueles que devoto meus agradecimentos. Mas, primeiramente, quero registrar o quanto sou agradecida e orgulhosa de todos os Professores a quem tive a grata satisfação de encontrar e comungar a minha vida; a cada um deles, do maternal ao Programa de Mestrado da UFSC, meu muito obrigada! Carrego um tanto de cada um em mim, e hoje não posso dizer que sou, apenas, eu, mas nós...

Um agradecimento muito especial merece, também, a minha Professora Orientadora, Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, por ter-me ensinado a chave mestra que possibilitou a feitura e a finalização desta pesquisa; este é o agradecimento pela parte “formal” Professora! Resplandece, por outro lado, uma imensa gratidão por tê-la encontrado nesta altura de minha e dos meus sonhos...em você encontrei o exemplo, o encorajamento, a confiança, o apoio enquanto aluna; mas, principalmente, enquanto pessoa... é que lhe agradeço, profundamente, por tudo o que compartilhou comigo...Resta-me lhe entregar a minha verdadeira admiração e amizade!

Agradeço, carinhosamente, aos acadêmicos do Curso de Direito da Universidade do Planalto Catarinense, em especial aos estagiários e a equipe do Escritório Modelo – Profa. Aline, Profa. Ana Mirian, Prof. Tio Cassa, Prof. Luís Felipe, Profa. Sirlane, Sandrinha, Lauro, Jú e Karol – aos quais devo, inclusive, a chama acadêmica que ainda me invade o ser; minha gratidão por tudo o que compartilhamos ao longo de tantos anos, enquanto pessoas, profissionais – ora jurídicos, ora educadores – e, pela equipe que se traduziu numa verdadeira família.

Agradeço, também, aos meus irmãos Joice Karine e Luiz Paulo por entenderem a minha ausência e mesmo, assim, prosseguirem os incentivos; saibam vocês que esta pesquisa sedimentou a minha certeza que ainda somos uma família, apesar de nossa mãe já ter partido e, com ela um pedaço nosso; amo e orgulho-me de vocês a cada dia mais...

Agradeço ao meu cunhado/irmão Gilberto pelos anos de conversas, trocas e amadurecimentos, tanto do “ser” quanto da nossa luta pela Justiça; obrigada Gil, você é a prova que a família ultrapassa as fronteiras do sangue; à minha cunhada Cláudia agradeço por tanta compreensão e alegria em nossas vidas.

Ao meu pai, Erestides Busnardo, agradeço por ter oportunizado a minha existência, e desde muito cedo semeado em mim as noções de Justiça, ética e compromisso para com o próximo; no mais tenho tanto a dizer...mas, aqui, só me resta declarar o quanto eu o amo...

Por fim, destino um abraço fraterno e repleto de agradecimentos, a um ser de luz – Professora Josiane Rose Petry Veronese – que me convidou a mergulhar num “Movimento” ímpar, o qual tem o condão de ultrapassar a seara do Direito; lá, com você, com a Profa. Olga, com a Helen e com a Ildete, tive a grata oportunidade de me redescobrir e avivar o porquê de minha existência...obrigada, profundamente, e um grande abraço para as nossas companheiras Profa. Olga, Helen e Ildete...

RESUMO

O presente estudo possui o escopo de identificar possíveis discriminações, introduzidas pelo atual Código Civil, no Direito Sucessório dos companheiros. Para isto, num primeiro momento, é indispensável delinear a contextualização histórica da união estável no âmago da família brasileira; o reconhecimento a ela dado sob os pilares dignificantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de um breve discorrer sobre o seu conceito e elementos caracterizadores. Posteriormente, frente à cediça existência da união estável na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiros, um recorte na atual codificação civilista será feito, de modo a se destacar os nuances e os descompassos da sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro, delatando, com isto, o tratamento discriminatório no manejo daquelas sucessões *causa mortis*. Ao final, para se confirmar as hipóteses da pesquisa, evidenciar-se-ão as discrepâncias e ou retrocessos da sucessão hereditária do companheiro no “novo” Código Civil; ao passo que serão destacados os óbices que tal discriminação acarretará para o que, verdadeiramente, enseja uma família contemporânea; arrematando-se, então, com uma proposta para mudança legislativa, na busca do resplendor do verdadeiro escopo da norma, em atual aderência aos fatos e aos valores sociais de nossa sociedade.

Palavras-chave: Família. Direito Sucessório. Companheiro. Inconstitucionalidade.

RESUMEN

Este estudio tiene el objetivo de identificar posibles discriminaciones introducidas por el actual Código Civil, en el Derecho Sucesorio de los compañeros permanentes. Para ello, en un primer momento, es indispensable esbozar la contextualización histórica de la unión marital de hecho brasileña; el reconocimiento que se le dio bajo los pilares dignificantes de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, además de un breve discurrir sobre su concepto y elementos caracterizadores. Posteriormente, frente a la ordinaria existencia de la unión marital de hecho en la sociedad y en el reglamento jurídico brasileños, un recorte en la actual codificación civilista será hecho, destacándose los matices y los desajustes de la sucesión hereditaria del cónyuge y del compañero permanente, denunciando, con esto, el tratamiento discriminatorio en la gestión de aquellas sucesiones *causa mortis*. Al final, para se confirmar las hipótesis de la encuesta, se evidenciarán las discrepancias y los retrocesos de la sucesión hereditaria del compañero permanente en el “nuevo” Código Civil; al paso que serán destacados los obstáculos que tal discriminación implicará para lo que, verdaderamente, anhela una familia contemporánea, finalizándose, así, con una propuesta para cambios legislativos, en busca del resplandor del verdadero ámbito de la norma, en actual adherencia a los hechos y a los valores sociales de nuestra sociedad.

Palabras clave: Familia. Derecho Sucesorio. Compañero Permanente. Inconstitucionalidad.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO | 7 |
| RESUMEN | 8 |
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPÍTULO 1 UNIÃO ESTÁVEL: UM MODELO DE ENTIDADE FAMILIAR... | 14 |
| 1.1 A contextualização histórica da união estável na origem da família | 15 |
| 1.1.1 A família no Direito Romano | 17 |
| 1.1.2 A família sob a influência do Direito Canônico | 23 |
| 1.1.3 A família no Direito Luso-brasileiro | 26 |
| 1.2 A O novo modelo de entidade familiar com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 | 32 |
| 1.3 A união estável no Direito brasileiro: materialização e reflexos da vida companheira | 41 |
| 1.3.1 A Lei n. 8.971/94: direito dos companheiros a alimentos e à sucessão hereditária | 45 |
| 1.3.2 A Lei n. 9.227/96: regulando o § 3º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 | 47 |
| 1.3.3 A união estável no atual Código Civil | 50 |
| CAPÍTULO 2 A ATUAL CODIFICAÇÃO CIVILISTA E A DISCRIMINAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA DOS COMPANHEIROS | 54 |
| 2.1 O palco germinativo do Direito Sucessório no Brasil | 55 |
| 2.2 Direito Sucessório: noções fundamentais | 65 |
| 2.3 O perfil da sucessão hereditária no Código Civil de 2002 | 71 |

| | |
|---|------------|
| 2.3.1 Análise do Direito Sucessório do cônjuge no Código Civil de 2002 | 71 |
| 2.3.2 Análise do Direito Sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002 | 84 |
| CAPÍTULO 3 A BUSCA PELA CONJUGALIDADE INDEPENDENTE DA FORMA: PROPOSTAS PARA ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS | 97 |
| 3.1 Discrepâncias e/ou Retrocessos: o Direito Sucessório dos companheiros instituído pelo Código Civil de 2002 | 98 |
| 3.3.1 A localização da sucessão do cônjuge e do companheiro no atual Código Civil..... | 98 |
| 3.3.2 A condição de meeiro e a posição de herdeiro necessário..... | 98 |
| 3.3.3 O quinhão hereditário do cônjuge e do companheiro e o direito de habitar | 100 |
| 3.2 A discriminação no instituto dos companheiros: óbices para uma nova família..... | 107 |
| 3.2.1 A urgência na constitucionalização do Direito das Famílias | 114 |
| 3.3 Propostas para alterações legislativas no Direito Sucessório dos companheiros | 120 |
| 3.3.1 A dignidade da pessoa humana na reinvenção das entidades familiares | 123 |
| CONCLUSÕES | 129 |
| REFERÊNCIAS | 132 |

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é resultado de um projeto desenvolvido durante o Programa de Mestrado, do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Direito, Estado e Sociedade, tendo como linha de pesquisa Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça.

O tema escolhido foi o Direito de Família e Sucessões, o qual restou delimitado – União Estável: a discriminação na sucessão hereditária dos companheiros – e a problemática englobou o seguinte exame: Na União Estável, entidade familiar constitucionalmente protegida, a sucessão hereditária é tratada de forma discriminatória pelo atual Código Civil?

O tema, a delimitação dele e a problemática justificam-se em face da relevância e da urgência por um estudo mais aprofundado sobre as alterações trazidas pelo atual Código Civil no que cerne o novo Direito Sucessório dos companheiros, pois o quanto disposto nessa norma civilista suscita preconceitos infundados, além de entraves e tumultos processuais, não coadunando com os princípios – Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Solidariedade – e às normas consagradas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, inclusive, consagrou a união estável como um dos novos modelos de entidade familiar.

Ademais, urge a necessidade de averiguar se o ordenamento jurídico infraconstitucional – Código Civil de 2002 – tratou de forma dispare a sucessão hereditária das pessoas casadas, civilmente, em relação às pessoas que convivem em união estável. Isso porque é inegável a importância do reconhecimento dessa igualdade pelo Estado, e por meio do Direito, para, conseqüentemente, oportunizar segurança aos cidadãos de que o próprio Estado e, principalmente, o seu legislador devem respeito aos valores e princípios constitucionais solidificados que a todos estão submetidos.

Por isso, atual e necessária é a discussão sobre os equívocos – discrepâncias e retrocessos – trazidos pelo Código Civil de 2002 no tratamento do Direito Sucessório da união estável. Aliás, equívoco porque impõe retrocesso à matéria já positivada e porque traz em seu bojo mandamentos contrários aos da atual Constituição da República, que é a fonte dos princípios e parâmetros para o ordenamento infraconstitucional.

Nesta senda, o estudo possui como objetivo geral verificar se na união estável, entidade familiar constitucionalmente protegida, a sucessão hereditária é tratada de forma discriminatória pelo atual Código Civil. E para alcançar essas metas investigatórias, foram traçados os seguintes objetivos específicos: delinear a contextualização histórica da união estável na família ocidental, o reconhecimento dela pela Constituição da República de 1988 e, o conceito e elementos que a caracterizam; desenvolver estudos comparativos do Direito Sucessório do cônjuge e dos companheiros; além de evidenciar as discrepâncias e retrocessos da sucessão hereditária dos companheiros, para identificar possíveis modificações legislativas acerca do Direito Sucessório dos companheiros.

O caminho percorrido para alcançar os objetivos propostos e para realizar a investigação do tema delimitado foi o método indutivo, enquanto o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica.

Desta forma, a pesquisa encontra-se estruturada em três capítulos para conferir harmonia estrutural ao trabalho. O primeiro capítulo trata da contextualização histórica da união estável no âmago da família brasileira; o reconhecimento a ela dado sob os pilares dignificantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de um breve discorrer sobre o conceito e os elementos caracterizadores desse instituto.

Posteriormente, o segundo capítulo desenvolve estudos comparativos entre o Direito Sucessório do cônjuge e o dos companheiros, de forma pormenorizada, buscando destacar as particularidades e os descompassos, para, com isso, materializar a ocorrência do tratamento discriminatório no manejo daquelas sucessões *causa mortis*.

O último capítulo evidencia, detalhadamente, as discrepâncias e/ou os retrocessos que foram suscitados, pelo atual Código Civil, no Direito Sucessório dos companheiros; destacando-se os óbices que tal discriminação acarreta para a família contemporânea brasileira, arrematando-se, então, com propostas para alterações legislativas no Código Civil de 2002, pautadas no que verdadeiramente enseja a concepção

de pessoa humana e sua dignidade valorativa, a fim de garantir o resplendor do verdadeiro escopo da norma e em atual aderência aos fatos e aos valores sociais da sociedade brasileira.

Por fim, as conclusões visam apresentar uma síntese dos resultados obtidos com a investigação, de forma a verificar o cumprimento dos objetivos propostos no início da pesquisa, mas não com o propósito de oferecer respostas ou soluções definitivas sobre o tema e a problemática abordados, e sim como forma de contribuir para o aperfeiçoamento das normas civilistas que abarcam o Direito Sucessório dos companheiros, bem como, estimular discussões e reflexões acerca de conteúdo tão relevante para o mundo jurídico e a sociedade, visando, assim, a realização da Justiça, compromisso maior de todo operador jurídico.

CAPÍTULO 1

UNIÃO ESTÁVEL: UM MODELO DE ENTIDADE FAMILIAR

Tecer considerações acerca da união estável, como novo modelo de entidade familiar, propriamente neste momento, requer, inicialmente, contextualizá-la historicamente na família com um recorte apropriado e capaz de compreendê-la como parte na evolução complexa da vida humana.

No entanto, o contexto sobre tal engrenagem evolutiva vem arraigado ao próprio processo de evolução da espécie humana, cujos seres mais se destacaram pela supremacia do desenvolvimento progressivo das faculdades mentais, dentre outras adaptações importantes, e por perfectibilizarem o desenvolvimento evolucionista, racional e transcendente, no planeta terra.

Logo, para melhor elucidação, o estudo projetar-se-á em três momentos distintos: a contextualização histórica da união estável na sociedade ocidental, especialmente, diante das influências trazidas pelo Direito Romano, Canônico e Luso-brasileiro; o reconhecimento da união estável pela Constituição da República de 1988; e o conceito e os elementos caracterizadores deste instituto; tudo com a finalidade precípua de se averiguar, histórica e juridicamente, quais os fatos que permitiram a união estável abandonar o tratamento marginalizado e, compor, legalmente, um dos novos modelos de entidade familiar na sociedade brasileira.

1.1 A contextualização histórica da união estável na origem da família

Fato inconteste é ser a família uma instituição historicamente em evolução, harmonizando-se, inclusive, com o próprio desenvolvimento daquilo que se percebe por civilização humana. Mas a trajetória desse processo evolutivo não é tida em comunhão de entendimentos¹, encontrando-se, para alguns², no âmago do observador, que ora é sociológico, ora evolucionista, ora naturalista.

Para PEREIRA³, ao estudar a origem da família, destaca-se o fato de que a família não é criatura do homem, mas da própria natureza, já que fato natural consiste, logo, não existem dúvidas que a família se constitui no mais antigo dos organismos sociais⁴, anterior, mesmo, ao surgimento do Estado e do direito que a regulamenta⁵.

E, como fato natural da espécie humana, há muito MIRANDA⁶ já alertava sobre a existência de três principais “teorias” sobre a origem da família, quais sejam: a Teoria da monogamia originária⁷; a Teoria da promiscuidade primitiva; e a Teoria das uniões transitórias. E para melhor compreender a estruturação familiar, ele fazia um paralelo, de forma sistemática, entre as diferentes formas, as quais poderiam ser visualizadas quanto à união conjugal⁸ – monogâmica ou poligâmica – ou quanto às

¹ Ver MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. I, p. 56-66; ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38-42; BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Campinas: Red Livros, 2001. p. 29-31.

² Ver, por exemplo, BEVILAQUA (2001, p. 31).

³ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. Atualizado por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 89.

⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20-21, aduz que, “em termos de organismo social, é a família o mais antigo [...] A sua importância reluz por existir e subsistir em todos os quadrantes de nosso planeta, [...] apenas sofrendo as variações quanto às suas formas constitutivas em termos de estrutura, decorrendo isso do maior ou menor grau de aculturação do povo que habita a região que for submetida a uma análise comparativa”. Neste sentido, também VARELA, “A família é o núcleo social primário mais importante que integra a estrutura do Estado. Como sociedade natural, correspondente a uma profunda e transcendente exigência do ser humano, a família antecede nas suas origens o próprio Estado. Antes de se organizar politicamente através do Estado, os povos mais antigos viveram socialmente em famílias.”; In: VARELA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987. p. 30.

⁵ OLIVEIRA, 2002, p. 22.

⁶ MIRANDA, 2001, p. 62-66.

⁷ Segundo MIRANDA (2001, p. 62), esta foi sustentada, principalmente, por zoólogos e etnólogos, tendo como destaque os nomes reconhecidos de Charles Darwin, A. Rauber e H. E. Ziegler.

⁸ Explica MIRANDA (2001, p. 61), que esta é orientada pela aproximação sexual, ou seja, “um homem e uma mulher, [...], ou entre um homem e várias mulheres (os escritores canonistas chamavam *polignecia*, cf. Monte, Direito eclesiástico, II, 2003; melhor, monandria), ou uma mulher e vários homens (poliandria)”.

relações de dependência, parentesco e autoridade⁹ – matriarcado, patriarcado – e quanto ao tipo igualitário temperado.

Enquanto isso, BEVILAQUA¹⁰, em 1895, salientava que a acepção da palavra família variava de significado conforme o tempo e espaço de seu observador; destacando, de certa forma, as mesmas bases expostas nas três teorias delineadas por MIRANDA¹¹, sobre a origem da família.

Destacava BEVILAQUA¹², também, que a estruturação embrionária da família foi cunhada por rico processo evolutivo, cuja trajetória deu-se ao lado da evolução da inteligência e dos sentimentos, sendo para ele “uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa”.

Precisam os estudiosos¹³ do tema, que em tempos primitivos as relações foram marcadas por um largo período de promiscuidade, sendo a mulher o centro de um sistema, definido por ROCHA¹⁴ como ‘ginococracia’ ou matriarcado, onde a mulher era elevada e tida com muito apreço e respeito. Salientando, ainda, que uma vez organizada de forma tribal a sociedade, surgiu a poliandria e o matriarcado, preponderando a influência materna no seio familiar, sob o manto da ignota paternidade e flagrante grau de subordinação do homem¹⁵.

Numa etapa posterior, evoluindo a família da promiscuidade das relações sexuais à monogamia¹⁶, foi o patriarcado que emergiu socialmente como ordem familiar, em uma roupagem tida como poligamia, a qual consistia, ao que tudo indica, na maneira mais viável de procriação, encarada como uma verdadeira organização política na forma de se conviver em sociedade¹⁷.

Estabelecido, então, o recorte no tempo, percebe-se que a forma patriarcal de família sucedeu à matriarcal, conforme posicionamento generalizado dos

⁹ Salientando MIRANDA, 2001, p. 62 que “O matriarcado é tido como o regime primitivo, dos tempos em que não existiam famílias, e sim rebanhos ou hords (J. J. Bachofen, L. H. Morgan etc.)”.

¹⁰ BEVILAQUA, 2001, p. 29-33.

¹¹ Ver MIRANDA, 2001, p. 62-66.

¹² BEVILAQUA, 2001, p. 31.

¹³ Ver, por exemplo, MOURA, Mário de Aguiar. **Concubinato**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1980. p. 18; ROCHA (2001, p. 38-39); MIRANDA (2001, p. 62-66); BEVILAQUA (2001, p. 142).

¹⁴ ROCHA, 2001, p. 38.

¹⁵ ROCHA, 2001, p. 39.

¹⁶ ROCHA, 2001, p. 39. Salienta, ainda, o Autor que tal acontecimento deu campo fértil ao surgimento do patriarcado e à queda do matriarcado.

¹⁷ MIRANDA, 2001, p. 66.

autores¹⁸; e, no modelo que centralizava o varão, a família romana d'outrora é destaque, principalmente, com a materialização da figura do *pater familias*.

1.1.1 A família no Direito Romano

Ultrapassando as mais variadas indagações sobre a formação da família, certo é que esta constituiu um fato natural para a congregação dos seres humanos, “meio mais adequado para a mútua troca de atitudes de proteção e assistência”¹⁹ e, que as relações humanas, em seu início, foram marcadas pela informalidade, inclusive, inexistindo, à época, o Estado e o Direito²⁰, e nesse contexto, insere-se, também, a história da conjugalidade, marcada pelo concubinato e pelo casamento, os quais se confundiram com a própria história da sociedade humana²¹.

E, é no palco da prevalência masculina que surgiram “as primeiras regras disciplinadoras da família”²², oportunidade na qual a civilização Romana²³ despontou como expoente da “família patriarcal sobre as bases da religião e do direito incipiente”²⁴, fatos esses capazes, inclusive, de desnudarem o porquê dos reais contornos assumidos na constituição da conjugalidade que hoje é vivenciada.

Com fito esclarecedor, ALMADA²⁵ traça o perfil dessa época, relatando que “Reune-se a família sob o poder do assendente masculino mais velho”²⁶. E ao varão é consagrado o destino dos seus, em uma espécie de “Sacerdote, mentor, administrador,

¹⁸ Sobre esta posição, ver MIRANDA (2001, p. 61-66); BEVILAQUA (2001, p. 31-33); ROCHA (2001, p. 38-41).

¹⁹ MOURA, 1980, p. 12.

²⁰ OLIVEIRA (2002, p. 22) e, para maiores esclarecimentos, ver relevante exposição de SOARES, Orlando. **Direito de família:** de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103-111.

²¹ CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável:** a inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

²² CAVALCANTI, 2003, p. 77.

²³ Para melhor compreensão, a cronologia da história romana deve ser visualizada, mesmo que em uma breve sinopse: **doze séculos** marcaram a história e o Direito Romano, compreendidos entre os **anos de 753 a.C a 1453 d.C**. O início foi marcado pelo **Período da Realeza** (753 a 510 a.C), sucedendo-lhe veio o **Período da República** (510 a 27 a.C), após o **Período do Alto Império** (27 a.C a 284 d.C) o qual foi marcado pelo nascimento de Cristo e da Era Cristã; posteriormente, surgiu o **Período do Baixo Império** (284 a 565 d.C) onde despontaram Imperadores como Constantino (306 d.C) e Teodosio I (378 d.C) e, por fim, o **Período Bizantino** (565 a 1453 d.C), marcado pelo Justiniano e o *corpus juris civilis* de Justiniano. Vale salientar, que entre os dois períodos finais (o Baixo Império e o Bizantino) esteve a Idade Média (476 a 1453 d.C). Esta sinopse foi realizada com base na obra de CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 15-21.

²⁴ BEVILAQUA, 2001, p. 142.

²⁵ ALMADA, Ney de Mello. **Manual de direito de família**. São Paulo: Tribuna da Justiça, 1978. p. 31.

²⁶ ALMADA (1978, p. 31), inclusive com a grafia incorreta da palavra “assendente”.

magistrado e legislador, tinha ele domínio amplo sobre mulher, filhos e netos, sem que se lhe negasse nem mesmo o direito de vida e morte sobre os filhos²⁷.

Nesse contexto, o mundo ocidental teve por modelo, a família patriarcal romana, representada pelo conjunto de pessoas e patrimônio sob o poder de um chefe²⁸, o *pater familias*²⁹; chefe supremo este, detentor dos mais amplos poderes e a semelhança de um minúsculo Estado³⁰, cabendo-lhe, inclusive, decidir pela vida ou morte do seu grupo familiar – *domus*³¹; além de determinar todas as cerimônias da religião doméstica³².

O domínio do *pater familias*, a *patria potestas*³³, era propagado, basicamente, em três aspectos: no religioso, como sacerdote; no econômico, como dirigente e; no jurídico-político, sendo o magistrado³⁴.

ALMADA³⁵, ao descrever certos aspectos da constituição familiar romana, denota o poder e a autoridade do *pater*:

As conquistas patrimoniais empreendidas pelos filhos não geravam frutos a eles creditáveis, pois eram considerados agentes do pai, ao qual se transmitiam todos os bens por tal forma adquiridos. Em torno do pai de família se agrupavam, cingidos por elos de subordinação, abrangentes das noras e mulheres dos netos que viessem a participar do grupo familiar.

Vislumbra-se, pelo quanto exposto, que a vida da família romana girava em torno de seu patriarca, o qual regia os mais diversos assuntos com poder irrestrito “seja sobre sua mulher, seja sobre os filhos, sobre os demais descendentes, escravos, coisas ou animais”³⁶, possuindo esta família características principais como: “a monogamia, o patriarcalismo, a autonomia e o exclusivismo”³⁷.

²⁷ ALMADA, 1978, p. 32.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 103.

²⁹ TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999. p. 163-164.

³⁰ MOURA, 1980, p. 19.

³¹ O qual era constituído pelos membros (*patria potestas*): a esposa colocada sob o poder do marido (*materfamilias*), o filho (*filiusfamilias*) e a filha (*filiafamilias*), os descendentes do filho (*filiusfamilias*) e sua esposa (*cum manu*); os escravos (*dominica potestas*); as pessoas *in mancipio* (*mancipium*) e, os bens (*res*), para maiores esclarecimentos, ver CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 104.

³² Sobre a autoridade e poder na chefia religiosa, explica SOARES, 2004, p. 109, que “Esse título de chefe religioso torna o *pater familias* responsável pela perpetuidade do culto doméstico e, em consequência, da família, conferindo-lhe os seguintes direitos: reconhecer o filho ao nascer, ou de o repelir; repudiar a mulher, em caso de esterilidade ou adultério; casar os filhos; emancipar e adotar; se3ntenciar à morte”.

³³ A qual extingue-se com a morte do *pater familias*, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 112).

³⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 104.

³⁵ ALMADA, 1978, p. 32.

³⁶ ROCHA, 2001, p. 41.

³⁷ TABOSA (1999, p. 165); salientando, inclusive, que o exclusivismo impedia que o indivíduo pertencesse a duas famílias “simultaneamente, à do pai ou à da mãe, mas somente à do primeiro, razão por que o

E a materialização do organismo familiar romano foi vivificada pelo matrimônio ou justas núpcias³⁸, que sob o manto monogâmico, num primeiro momento, comportava duas formas legítimas³⁹ de casamento aos cidadãos romanos: o *cum manu*⁴⁰ e o *sine manu*⁴¹.

O casamento romano é definido por dois textos: o de Modestino⁴² e, o de Justiniano⁴³. Para o primeiro, o casamento era “a união de homem e mulher, sociedade total de vida, associação de direito divino e humano”⁴⁴, enquanto, para o segundo “a união de homem e mulher com indivisível costume de vida”⁴⁵.

Como já esclarecido, o casamento legítimo⁴⁶ ou justas núpcias, em total acordo com as leis civis daquela época, brotava de duas espécies de casamentos: o *cum manu* e o *sine manu*. No primeiro, a *manu*⁴⁷ – o poder do marido sobre a mulher – poderia ser adquirida por três modos: a *confarreatio*⁴⁸ (casamento solene e religioso, privativo dos patrícios⁴⁹); a *coemptio*⁵⁰ (casamento privativo dos plebeus) e; o *usus*⁵¹ (casamento concretizado depois da coabitação contínua do homem e da mulher pelo prazo de um ano).

parentesco por agnação era contado exclusivamente pela linha masculina”. Por agnação, entenda-se o parentesco baseado nos laços sanguíneos, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 105).

³⁸ Que, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 113), “*Justas núpcias* (justae nuptiae) ou *matrimônio* (*matrimonium*) é o casamento legítimo, contraído de acordo com o direito civil (jure civili)”.

³⁹ Isto, em princípio, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 113).

⁴⁰ Explica CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 113), que o casamento *cum manu* “é aquele em que a mulher cai sob o poder do marido ou do *paterfamilias* do marido, caso este seja “*alieni juris*”. Neste caso, substitui-se a antiga *patria potestas*, sob a qual se achava, por nova *patria potestas* – do marido ou do *paterfamilias* deste – ficando a mulher *in loco filiae*, e, pois, como irmã dos próprios filhos”.

⁴¹ Enquanto, o casamento *sine manu*, para CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 113), “[...] é aquele em que a mulher não cai sob o poder do marido, continuando sob a *manus* do *pater* da família de que provém. A *manus* não relaciona a mulher ao marido, nesta nova família, sendo o casal socialmente nivelado. Se a mulher era “*sui juris*”, assim continua sendo; se era “*alieni juris*” não cai a nova “*manus*”. Aliás, entenda-se, por *sui juris* o estado de independência da pessoa em relação ao *paterfamilias* e, *alieni juris* a relação de dependência ao *pater*., conforme explicação de CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 104).

⁴² Texto mais antigo, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 114).

⁴³ Texto posterior ao de Modestino, segundo orientação de CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 114).

⁴⁴ Segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 114).

⁴⁵ Segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 114).

⁴⁶ Lembra CRETELLA JÚNIOR (1993, p. 116), que, o casamento legítimo – *justae nuptiae*, só acontecia entre os cidadãos romanos, logo, não se aplicava aos latinos e aos peregrinos.

⁴⁷ Entenda-se, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 113), como “o poder do marido sobre a mulher”.

⁴⁸ Explica a BEVILAQUA (2001, p. 60), que tal nome “provinha de um bolo de trigo (*pannis farreus*) que aparecia na ocasião da celebração para ser dividido e comido pelos dois contraentes”. E representava “a forma matrimonial dos patrícios, [...], a forma religiosa”.

⁴⁹ Saliencia CRETELLA JÚNIOR (1993, p. 114) que, no início, era proibido o casamento de patrícios com plebeus; situação só permitida, posteriormente, com a promulgação da Lei Canuléia.

⁵⁰ Aduz BEVILAQUA (2001, p. 60), que esta forma de casamento, representava sob o manto do simbolismo a venda da mulher pelo seu *paterfamilias*.

⁵¹ Para BEVILAQUA (2001, p. 60), esta forma de casamento, previa a simples posse da mulher, ou seja, “Se a posse durava um ano, a propriedade estava adquirida, como se se tratasse de qualquer objeto móvel, e a mulher estava sob a *manus* do marido.”

Já o *sine manu* foi marcado pela ausência de formalismo ou de um ato solene⁵², mas, explica CRETELLA JÚNIOR⁵³, que tal ausência no casamento *sine manu* dava-se, porque “para o romano o casamento não é *ato jurídico*, mas estado *de fato*, ao qual o costume atribui efeitos jurídicos”.

Destaca-se, então, do quanto salientado, anteriormente, por CRETELLA JÚNIOR que o casamento, para os romanos, representava um estado de fato; ponto esse de suma importância para se evidenciar os primeiros contornos das uniões conjugais despidas de forma, muito embora, naquela época, já existisse, inclusive, a união concubinária, conforme exposição abaixo⁵⁴.

Além do matrimônio legal, ou seja, tido em justas núpcias, outros tipos de uniões marcaram a sociedade romana, dentre elas: o *concubinatus*, o *matrimonium sine connubio* ou *matrimonium* do *jus gentium* e, o *contubernium*⁵⁵. Abaixo, mas em ordem inversa, delinear-se-á estas formas, especialmente o *concubinatus*, que em muito contribuiu para evolução do instituto que hoje se reconhece por união estável⁵⁶.

a) Uniões diferentes das justas núpcias:

a.1) O *contubernium* ou contubérnio: caracterizado pela união de fato entre escravos ou entre estes e pessoas livres; estas formas de uniões eram desprovidas de quaisquer efeitos jurídicos⁵⁷;

a.2) O *matrimonium sine connubio*: caracterizado pela união de romanos e peregrinos ou de peregrinos e peregrinos, “sendo regulado ou pelo *jus gentium* ou pelo direito peculiar à cidade a que pertencem os cônjuges”⁵⁸;

⁵² Isto, de certo modo, ia de encontro com a tradição romana, a qual primava pelas formas, como explica CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 115).

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 115.

⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 115-116.

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 116.

⁵⁶ Vale ressaltar, que ao longo da pesquisa, ora será mencionado o termo união estável, ora concubinato, no entanto, tal diferenciação dar-se-á para contextualização no tempo e espaço, ou seja, ao se referir à união estável, o fito é para se compreendê-la nos termos atuais e, ao se referir a concubinato, em tempos anteriores.

⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 117); salientando ainda, que o reconhecimento do efeito do parentesco em tais uniões, a *cognatio servilis*, só foi alcançado na época de Justiniano.

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 117.

a.3) O *concupinatus* ou concubinato: tido como a união de fato entre um homem e uma mulher, ambos romanos, solteiros e livres, os quais conviviam como se casados fossem, mas cuja relação estava despida do *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*⁵⁹.

Dentre as uniões não consagradas pelas justas núpcias, o concubinato merece destaque, pois grande foi a evolução desse instituto em Roma, especialmente “como um meio de acomodar uniões não abrigadas pelas normas prescritas para o matrimônio”⁶⁰ legal.

Mas, para melhor elucidação, há que se compreender o concubinato em Roma, em diferentes momentos e influências, ou seja, no início do Império tratava-se de uma mera união, sem qualquer consequência jurídica⁶¹, após, foi consagrado, indiretamente, com o advento da *Lei Julia de adulteriis*⁶², a qual isentava os concubinos das penas impostas às relações sexuais fora do casamento⁶³.

Posteriormente, no Baixo Império, o Código de Teodosiano⁶⁴ o distinguiu da concubinagem, ou seja, da simples união de fato, passou a ocupar uma posição de união legítima, como “um casamento entre pessoas de condição social diferente, casamento inferior, mas legal”⁶⁵, diversa de “ligações efêmeras, transitórias, distinguindo-se pela vida em comum, sob o mesmo teto, com todas as aparências exteriores ao casamento”⁶⁶, embora, frise-se, de ordem secundária em relação ao casamento tradicional⁶⁷.

⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 116; CAVALCANTI, 2003, p. 80.

⁶⁰ CAVALCANTI, 2003, p. 84.

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 116.

⁶² A qual, segundo CAVALCANTI (2003, p. 80), estabelecia punição, por adultério com mulher legalmente casada ou estupro com mulher ingênua, aqueles que praticassem relações sexuais fora do casamento, além de elencar um rol de mulheres, com as quais era permitida a prática de relações sexuais fora do casamento, sem incorrer em pena, como por exemplo: as escravas, as atrizes, as libertas, dentre outras.

⁶³ Mesmo assim, adverte GAMA (2001a, p. 99), nesta época, a vida “concubinária” deveria ser oportunizada às mulheres de pouca honradez, na época atrizes, mulheres independentes, prostitutas, adúlteras ou nativas, pois se uma jovem honesta e virgem tornasse concubina, a união era tida ilegal, com presunção de estupro inclusive, além de perder sua posição social e o distinto e honrado título de *mater familiae*.

⁶⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 116.

⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 116.

⁶⁶ GAMA, 2001a, p. 98.

⁶⁷ GAMA, 2001a, p. 98-99. E, segundo CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 116-117), época em que, os primeiros efeitos jurídicos começam a surgir, como: a proibição de acumular o concubinato com casamento legítimo; os filhos decorrentes da relação concubinária, os *liberi naturales*.

Aliás, nessa época, muito embora, o concubinato representasse uma comunhão de vida, a mulher não podia “ser tomada como *uxor*”⁶⁸ e, também, carecia da *honor matrimonii*, traduzindo-se, nas seguintes situações, respectivamente, a mulher “não desfrutava a condição de mulher legítima, nem usufruía a posição social do seu companheiro”⁶⁹.

Ainda no Baixo Império, mas em um momento posterior, com o Imperador Constantino, o qual era influenciado pelo Direito canônico, o concubinato foi considerado uma união ilegal⁷⁰; somente as justas núpcias eram prestigiadas como família legítima, inclusive em relação a prole; e a fim de valer a supremacia do casamento, aquele Imperador criou o instituto da legitimação, cuja finalidade precípua era transformar o concubinato em matrimônio legal⁷¹.

Posteriormente, com a época de Justiniano, mas ainda no Baixo Império, tratamento diverso foi dado ao concubinato e muitas mudanças ocorreram; o que era antes tolerado ou não punido, ou não coibido, foi “juridicamente consagrado como união conjugal inferior ao matrimônio legítimo, mas com muitas características dele”⁷².

No contexto acima, reconheceu-se por concubinato a união que resultasse da “convivência duradoura entre homem e mulher, ambos púberes, sem vínculo de parentesco, de forma livre, não sendo possível o casamento por força de impedimentos baseados, em diferenças de caráter social ou político”⁷³ e sua prole, *concubinatus legitimus*, proveniente de: “a) ser a concubina desimpedida., livre, de forma que pudesse casar-se com o companheiro; b) ser única; c) ser *in schemate concubinae sociata*, mantida em companhia ou em coabitação, por toda a vida.”⁷⁴

O quadro sinóptico abaixo demonstrará as principais características e diferenças do concubinato em relação ao casamento legal em Roma:

⁶⁸ CRETELLA, 1973, p. 116.

⁶⁹ GAMA, 2001a, p. 98.

⁷⁰ GAMA, 2001a, p. 99.

⁷¹ CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 117) e, segundo este, mesma obra e paginação, entende-se por legitimação, “o instituto que tem por fim melhorar a situação dos *filhos naturais* (“*liberi naturales*”), fazendo-os cair sob a *patria potestas* do pai concubino, ou seja, transformando o *concubinato* em *justas núpcias*”.

⁷² CAVALCANTI, 2003, p. 82.

⁷³ GAMA, 2001a, p. 99.

⁷⁴ GAMA, 2001a, p. 99.

| SEMELHANÇAS | DIFERENÇAS |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • A monogamia; • Possuía os mesmos impedimentos, quanto ao parentesco e a afinidade, para sua constituição, por exemplo, segundo CAVALCANTI (2003, p. 83), “o filho não podia tomar por concubina a antiga concubina do pai, sob pena de ser por ele validamente deserdado;”; • O concubino deveria ser púbere e núbil a concubina. | <ul style="list-style-type: none"> • Faltava-lhe o <i>affectio maritalis</i> e a <i>honor matrimonii</i>; • Os filhos eram chamados de naturais – <i>liberi naturales</i> e, não estavam sob o poder paterno; • As normas relativas ao dote não eram aplicadas ao concubinato; • A dissolução do concubinato não exigia qualquer formalidade, bastando a vontade dos interessados. |

Já no que tange a filiação oriunda das relações concubinárias, enaltece CRETELLA JÚNIOR⁷⁵ que na época de Justiniano, os filhos naturais poderiam participar, com uma parte, na sucessão do pai (*ab intestato*) se este não possuísse filhos legítimos; e, estaria o pai obrigado em prestar alimentos aos filhos naturais.

Percebe-se, pelo quanto exposto, que diferentemente do que o pensamento lógico possa concluir, a vida sob a égide companheira, não sucedeu ao tradicional modelo familiar⁷⁶; pelo contrário, o casamento e o concubinato nutriram as mais variadas formas de constituição do organismo familiar.

Resta evidente, assim, que a família daqueles tempos destoa, em muito, daquilo que se concebe, hoje, por família; seja pelo elevado número de indivíduos e coisas que a compunham, seja pela autoridade e poder que detinha o patriarca ou, ainda, pela forma discriminatória que certas pessoas eram rotuladas. No entanto, os marcos daquela época acompanharam os tempos e, ainda hoje, o mundo ocidental é nutrido por bases oriundas daquela época, como é o caso da monogamia e, até pouco tempo, do patriarcalismo.

1.1.2 A família sob a influência do Direito Canônico

A contribuição dada pela religião para o desenrolar embrionário e atual da família é fato incontestado e de inegável importância, daí porque a necessidade de

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 117.

⁷⁶ Apontam, os estudiosos, sua existência há milênios, entre os mais variados povos antigos: babilônicos, hebreus, persas, hindus, chineses etc. Para mais detalhes acerca da referência, ver GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a. p. 96-98.

contextualizá-la junto ao organismo familiar, especificamente, aquele destinado a formação da família ocidental.

E, dentre as mais variadas religiões, destacou-se, sobremaneira, a Católica, a qual conquistou seu apogeu entre o período⁷⁷ do Baixo Império Romano e a Reforma Luterana, no século XVI⁷⁸.

No contexto desse enfoque, a família, sob o manto do texto bíblico, curvou-se ao matrimônio, que para a doutrina católica é um instituto de direito divino natural⁷⁹, tido como “a íntima união de um homem e de uma mulher, instituída por Deus para realizar a integração física e espiritual de ambos, na geração da prole e na mútua ajuda”⁸⁰; daí, porque, ter a Igreja Católica reivindicado “a si o poder absoluto em matéria de direito matrimonial”⁸¹.

Nesta feita, a religião católica atribuiu à união pelo matrimônio uma conquista divinizada e capaz de expurgar todas as máculas de pecados pela benção divina, tornando a comunhão de um homem com uma mulher em um enlace indissolúvel⁸² e sacramentado⁸³, para “uma só carne”.

No entanto, nos idos do Baixo Império, ou seja, entre 285 d.C a 475 d.C⁸⁴, a Igreja Católica cedeu aos imperativos do poder em Roma e, considerou válido e completo o casamento realizado com a simples troca do consentimento entre os nubentes; sem a imposição, inclusive, das benções sacerdotais ou da publicização outrora exigida⁸⁵.

Mas o fim do Império Romano do Ocidente e a chegada da Idade Média⁸⁶, em 476 d.C, foram marcados pela presença tácita do concubinato; tolerada, inclusive, pela Igreja Católica, a qual exigia, apenas, que o homem optasse ou pela esposa,

⁷⁷ Período este, compreendido, aproximadamente, entre os séculos III a XVI, conforme destaca CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 17).

⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, p. 28-29.

⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 58.

⁸⁰ AZEVEDO, 2001, p. 58.

⁸¹ LEITE, 2005, p. 27.

⁸² AZEVEDO, 2001, p. 59.

⁸³ Aliás, sobre ser o casamento um sacramento, vale lembrar a orientação de MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 28. ed. Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 12; qual seja, “O casamento cristão representa a união entre Jesus Cristo e sua Igreja. É um dos sete sacramentos da lei evangélica; mas sua regulamentação só se efetuou no Concílio de Trento (1545-1563)”.

⁸⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 17.

⁸⁵ BEVILAQUA, 2001, p. 65.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 17.

ou pela companheira.⁸⁷ Tal tolerância, no entanto, desapareceu no final da Idade Média⁸⁸, quando “o poder material da Igreja Católica inicia o processo de debilitação, mormente, com a renovação na estrutura cultural diante do Renascimento, mas também, e principalmente, com as transformações que culminaram com a Reforma.”⁸⁹

Num processo de revitalização dos dogmas e sacramentos indispensáveis para a perpetuação e a manutenção da Igreja Católica, tolerância e concessões foram rompidas, especialmente com a queda do Império Romano⁹⁰, marcando, conseqüentemente, as concepções acerca da família e do casamento, a partir de então. Fruto disso, mais especificamente no ano de 1563, surgiu o Concílio de Trento que dentre outras providências decretou a execução fiel das solenidades externas para a celebração do casamento.

Tais solenidades passaram a ser imprescindíveis para a publicidade e a garantia do matrimônio⁹¹, por isso, BEVILAQUA⁹² comentou-as como:

1º) que o casamento fosse precedido por três enunciações feitas pelo pároco do domicílio de cada um dos contraentes; 2º) que fosse feita, de modo inequívoco, diante do pároco celebrante, a manifestação livre do mútuo consentimento; 3º) que a celebração fosse realizada pelo pároco de um dos contraentes ou por um sacerdote devidamente autorizado, na presença de duas testemunhas, pelo menos; 4º) finalmente, que o ato se concluísse pela solenidade da benção nupcial.

Ainda sobre o Concílio de Trento, AZEVEDO⁹³ enfatiza que até deste Concílio não havia imposição de formalidades para o casamento, pois, até então, para a Igreja Católica Romana somente importava o “princípio da essencialidade do consenso matrimonial e da liberdade de forma”⁹⁴.

Percebe-se, desta forma, que profundas alterações na forma de se celebrar o matrimônio⁹⁵ foram introduzidas por tal Concílio, representando uma verdadeira revolução no Direito de Família para o Direito Canônico e, conseqüentemente, na forma de

⁸⁷ GAMA, 2001a, p. 100.

⁸⁸ Segundo GAMA, (2001a, p. 100) mais precisamente no século XV; e como bem situa CRETELLA JÚNIOR (1973, p. 17-18), período que abrangeria o final da Idade Média ou final do período conhecido por Bizantino, entre 565 a 1453.

⁸⁹ GAMA, 2001a, p. 100.

⁹⁰ A queda deu-se com a tomada de Constantinopla, pelos turcos Otomanos, em 1453.

⁹¹ BEVILAQUA, 2001, p. 66.

⁹² BEVILAQUA, 2001, p. 66.

⁹³ AZEVEDO, 2001, p. 62.

⁹⁴ AZEVEDO, 2001, p. 66.

⁹⁵ Formalidade impostas que se não cumpridas, maculariam com nulidade as núpcias contraídas.

constituição e de concepção da família⁹⁶, pois teve o condão de transformar o casamento em um contrato solene, inclusive, com assento em registros paroquiais, e de coibir, veementemente, o concubinato⁹⁷, impondo a ele penas severas como a excomunhão e a heresia⁹⁸, como um verdadeiro repúdio aos antigos princípios da essencialidade do consenso matrimonial e da liberdade de forma⁹⁹.

1.1.3 A família no Direito Luso-brasileiro

No contexto histórico do Concílio de Trento¹⁰⁰, o Brasil foi descoberto, tornou-se colônia de Portugal e, “a história do direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português”¹⁰¹. Por isso, a importância de um breve apanhado acerca da influência do direito lusitano no ordenamento jurídico que sustentava a família brasileira.

E na trajetória evolucionista da família, restará evidente a seguir, que o Brasil não destoou do modelo português, pois consagrou a família sob os pilares do patriarcalismo, da indissolubilidade e da monogamia¹⁰².

Ademais, o Direito Canônico¹⁰³ e o Português representam as grandes fontes históricas para o Direito de Família brasileiro. Destacando-se o primeiro pelas normas “que influíram de modo decisivo na evolução do instituto do casamento”¹⁰⁴ – a exemplo do Concílio de Trento que visava coibir e perseguir o concubinato, considerando-o, inclusive, jurídico e socialmente nocivo à sociedade¹⁰⁵ –, enquanto o segundo pela

⁹⁶ Especialmente no Brasil, como se verá adiante.

⁹⁷ Inclusive, o casamento clandestino ou presumido, ou seja, a união de um homem e de uma mulher que se consideravam cônjuges, à semelhança do que se tem, hoje, por união estável. Aliás, o matrimônio clandestino ou presumido foi aceito, no início, pela doutrina canônica, baseado nos os princípios da essencialidade do consentimento matrimonial e da liberdade da forma, ou seja, os contraentes poderiam celebrar o próprio matrimônio, sem a necessidade de formalidades, segundo exposições de AZEVEDO (2001, p. 61; 66).

⁹⁸ GAMA, 2001a, p. 100-101.

⁹⁹ AZEVEDO, 2001, p. 64-66.

¹⁰⁰ O qual foi proclamado no ano de 1563; enquanto o Brasil foi “descoberto”, por Portugal, em 1500.

¹⁰¹ CARVALHO NETO, Inacio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 31.

¹⁰² MIRANDA, 2001, p. 94-99.

¹⁰³ Não há como se negar que a religião teve, ao que tudo indica, tem papel protagonista na formação e conservação da família, talvez por atuar no inconsciente dos seres humanos de forma a sensibilizar a relação com a fonte primária, despertando a necessidade de convivência una e harmônica. E, naquele contexto, prevaleceram os dogmas proclamados pela Igreja Católica, acerca da moral e da família, conforme BEVILAQUA (2001, p. 142-143).

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 71.

¹⁰⁵ MONTEIRO, 1990, p. 16.

maciça proliferação dos “costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil como seus colonizadores”¹⁰⁶.

Cumprе rememorar ainda, que o Direito Romano constituía a base¹⁰⁷ do sistema jurídico do Reino de Portugal¹⁰⁸, o qual foi marcado por três grandes Ordenações¹⁰⁹, tidas, sucessivamente, como Afonsinas (em 1446)¹¹⁰, Manuelinas (em 1521)¹¹¹ e, Filipinas (em 1603)¹¹²; ordenações marcadas, também, pela inegável influência do Direito Canônico¹¹³.

Sabe-se, também, que em Portugal o matrimônio foi marcado pela ausência de formalidades, civis ou religiosas, preponderando a vontade dos nubentes e a publicidade do estado de casados. Ademais, naquela época, o casamento poderia ser contraído por: a) benção – *ad benedictionem*¹¹⁴; b) pública fama – *maridos conhecidos*¹¹⁵; c) furto ou de *jurás*¹¹⁶. Tanto é que as duas últimas espécies de casamento¹¹⁷, eram despidas de qualquer intervenção, mas as três garantiam os mesmos direitos e obrigações para os casados¹¹⁸.

¹⁰⁶ GOMES, 1978, p. 22.

¹⁰⁷ Tanto é que o direito romano era utilizado subsidiariamente pelo direito português, como menciona CARVALHO NETO (2007, p. 34).

¹⁰⁸ Ademais, acerca do Reino de Portugal, formado no século XII, mister se faz colacionar as ponderações trazidas por ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 5; 9, “o reino de Portugal não foi, outrora, o que hoje, territorialmente, é o país desse nome. Chamou-se Lusitânia, nome que, depois, se estendeu a toda a região da península ibérica chamada hoje Portugal, de que as extremas atuais são mais dilatadas. [...] Como se formou nas Espanhas, o país hoje conhecido pelo nome de Portugal? Para se responder a esta pergunta, recordamos que Afonso VI reuniu Leão, Castela, Galácia e Lusitânia. Veio ele, ademais, a casar-se com D. Teresa, primogênita de Henrique da Borgonha, descendente – ao que corre – de Hugo Capeto, tronco 3º dos reis de França. E Afonso VI logo se fez amigo dos portugueses, que lhe conferiram o título de conde. Falecido, entretanto, em 1111, D. Teresa assumiu as rédeas do governo até 1128, data em que seu filho, sob os nomes de Infante e depois Príncipe Afonso Henriques, assumiu o poder. Na batalha de Ourique em 1139, após retumbante vitória sobre os mouros, foi Dom Afonso Henriques aclamado Rei de Portugal”.

¹⁰⁹ Aliás, na concepção de MIRANDA, Pontes. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 36-37, o direito português passou a existir, efetivamente, a partir das Ordenações.

¹¹⁰ Publicada em 1446, no Reinado de D. Afonso V, conforme salienta CARVALHO NETO (2007, p. 38).

¹¹¹ A nova compilação deu-se no Reinado de D. Manuel, em 1521, conforme CARVALHO NETO (2007, p. 40).

¹¹² AZEVEDO, 2001, p. 84-85.

¹¹³ AZEVEDO, 2001, p. 84-85.

¹¹⁴ Segundo AZEVEDO (2001, p. 86), “era o que se realizava à face da Igreja (*in conspectu ecclesiae*), com a intervenção do sacerdote”.

¹¹⁵ Esta era, também, uma espécie de casamento clandestino, no entanto, possuía como prova da relação, ou seja, a “posse de estado”, isto é, o marido de todos conhecido, segundo lição de AZEVEDO (2001, p. 86-87; 89).

¹¹⁶ Ou seja, nesta espécie de casamento não havia a intervenção do sacerdote, da Igreja. Eram os casamentos tidos por clandestinos pelo Direito Canônico ou “a furto” ou “jurás” pelo dito civil ou popular, conforme explica AZEVEDO (2001, p. 86).

¹¹⁷ AZEVEDO, 2001, p. 85.

¹¹⁸ AZEVEDO, 2001, p. 86.

Esse retrato de terras portuguesas foi profundamente alterado com o ápice do Concílio de Trento¹¹⁹, o qual buscou a solidificação por meio da unidade do catolicismo mediante definições dogmáticas e por reformas disciplinares da vida diária de seus seguidores, como forma de coibir a expansão do protestantismo na Europa.

O palco, retratado anteriormente, estreou uma família constituída por regras e disciplinas sob o manto do sagrado, pela celebração pública e formal do matrimônio – sob pena deste ser corroído pelo pecado e pela heresia – e por penalidades a qualquer espécie de relação concubinária, casamentos presumidos ou clandestinos, pois indignos aos olhos de Deus e da reta sociedade cristã.¹²⁰

Posteriormente àquele Concílio, as Ordenações Filipinas (1603) passaram a vigorar no Reino de Portugal, cujos textos, em suma, foram parafraseados das Ordenações Manuelinas (em 1521), resultando em uma flagrante incompatibilidade sobre as disposições atinentes ao casamento, ou seja, para as Ordenações o matrimônio exigia, apenas, a prova sobre a convivência pública e notória, sem quaisquer formalidades civis ou religiosas, enquanto, para o Concílio de Trento o casamento reclamava a celebração pública e formal do enlace religioso, inclusive, com assento da certidão paroquial¹²¹.

Logo, houve flagrante incongruência entre as disposições das Ordenações Filipinas, pois esta primeiro prevê o matrimônio sem formalidades ou regras religiosas, mas determina, juntamente com a Lei de 13/11/1651, o fiel cumprimento das regras instituídas pelo Concílio de Trento, acarretando, com isso, a negação dos casamentos presumidos ou clandestinos e das relações concubinárias¹²².

E no cerne do quanto exposto, o Brasil seguiu os moldes e as determinações de sua Metrópole, vigorando a regra do casamento religioso – como sacramento, segundo ditames do Direito Canônico, tal como determinado pelo Concílio de Trento¹²³. Ademais, mesmo com a Proclamação da independência do Brasil, “foram confirmadas, para vigerem no Brasil, as Ordenações Filipinas, pela Lei Imperial de 20 de outubro de 1823”¹²⁴.

¹¹⁹ Em 1563.

¹²⁰ AZEVEDO, 2001, p. 152-154; 172-176.

¹²¹ AZEVEDO, 2001, p. 172-175.

¹²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 773, p. 11-37, mar. 2000. p. 26.

¹²³ Exemplo disto, o Bispado da Bahia,, criado em 28 de janeiro de 1550, adotando o posicionamento da Metrópole, segundo AZEVEDO (2001, p. 135; 152).

¹²⁴ AZEVEDO, 2001, p. 135.

E, por prolongado lapso temporal, as formalidades e as concepções adotadas para o matrimônio, apregoadas por tal Concílio, vigoraram, com exclusividade, em nosso ordenamento pátrio. Isso até que outros fatores, como a emigração e as novas crenças religiosas, determinassem a decretação de uma nova forma de casamento, capaz de atender as necessidades reais daquela época¹²⁵.

Ademais, importante um parêntese, para se contextualizar a transição dum período dominado pela postura do sagrado em rumo a laicização, operando-se a certa distinção entre o mundo secular e espiritual; transição essa, em muito devida a Reforma Protestante, a partir do século XVI. Logo, com o enfraquecimento da influência da Igreja Católica e, conseqüente possibilidade de se retirar o manto sagrado, oportunizou-se a criação do casamento civil; adotado, primeiramente, pela Holanda em 1580, seguindo da Inglaterra em 1663 e da França em 1792¹²⁶.

Nesse desenrolar, com o século XVIII, dois importantes fenômenos acabaram por desencadear, de uma forma muito singular, o progresso do mundo: a criação das máquinas, a supervalorização do trabalho e o capital, e as novas concepções acerca do homem, desenvolvidas por meio das Revolução Americana e da Francesa. A soma destes fenômenos criou a possibilidade de se enriquecer moralmente o indivíduo, sendo que “a globalização marcaria um momento de ruptura nesse processo de evolução social e moral.”¹²⁷

Isso pode ter ocorrido porque, como principais referências para a produção da história humana, destacaram-se o progresso da ciência e das técnicas e a velocidade do conhecimento humano, que traçaram um quadro significativo das características da sociedade contemporânea.

Em meio a tais transformações, a ânsia e a necessidade pessoal de cada indivíduo também sofreram alterações, da mesma forma que o modo comportamental da família como um todo, atuando como um antídoto para as novas esfinges do que se tinha e tem por família.

¹²⁵ BEVILAQUA, 2001, p. 66-67.

¹²⁶ AZEVEDO, 2001, p. 90-119; 134-139.

¹²⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.63-64.

VENOSA¹²⁸ refletindo sobre a natureza da família esclarece que:

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Nesse alvorecer de mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico. No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Nesse contexto, inicia-se no Brasil a evolução jurídica do casamento, despontando em 11 de setembro de 1861 a Lei n. 1.144, a qual estabeleceu o casamento acatólico¹²⁹. A partir dessa previsão legal, o ordenamento brasileiro da época passou a prever três formas de matrimônio, a saber: o casamento católico¹³⁰; o misto¹³¹; e o acatólico.¹³²

O transcurso da história brasileira demonstra que, até pouco tempo, a família era em si representada pelos tentáculos decorrentes de um casamento, cuja união tinha como escopo fundamental a constituição de uma prole comum por meio do patriarcalismo, com a benção do sagrado.

Mas as mutações e as transformações já aventadas demonstram que a família assumiu um relevo especial na satisfação das necessidades básicas, de ordem pessoal ou patrimonial, do homem envolto em seu nicho social, como “centro irradiador de vida, de cultura e de experiência”.¹³³

Nesta senda, BITTAR¹³⁴ aduz que a família é

¹²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 16.

¹²⁹ Sendo que a publicação desta Lei e de seu decreto regulamentar, n. 3.069, foram efetivados em 17 de abril de 1863.

¹³⁰ Conforme explicação de BEVILAQUA (2001, p. 67), este era “celebrado segundo as prescrições do Concílio de Trento e disposições constitucionais do arcebispado da Baía (Ord., 4, 46, § 1º, e lei de 3 de Novembro de 1827)”.

¹³¹ Esclarece BEVILAQUA (2001, p. 67), que este era celebrado nos mesmos moldes do casamento católico, no entanto, os celebrados entre um católico e um cristão dissidente.

¹³² BEVILAQUA, 2001, p. 67.

¹³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2.ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 01.

¹³⁴ BITTAR, 2006, p. 01.

a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma a sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem os seus integrantes. Constitui, pois, instituição geradora e formadora de pessoas e núcleo essencial para a preservação e o desenvolvimento da nação, alimentando-a com seres forjados e preparados para a sua missão na sociedade.

E esse elo fundamental entre o indivíduo e a sociedade, possuía o casamento como referencial da família, traduzindo, também, o paradigma da concepção jurídica brasileira. A par disso, BITTAR¹³⁵ afirma que na atualidade o casamento, não é, a única forma geradora de família, pois a ele coexiste a união estável e a família monoparental.

Já a Idade Contemporânea¹³⁶, mais precisamente a partir da metade do século XIX, marcou o concubinato pelos pronunciamentos dos tribunais franceses, cuja relação passou a ser tratado sob outro caráter, propriamente, o econômico e, o decorrente de uma obrigação natural. Instalou-se, assim, uma nova concepção jurídica acerca do companheirismo, a econômica e a obrigacional, visando o ressarcimento e a proibição do enriquecimento sem causa.¹³⁷

Mas foi a França, também, que lançou, em 16 de Novembro de 1912, a primeira lei sobre o concubinato e, decisivamente, tratou do embrião legal para a evolução jurídica do companheirismo; podendo este país ser considerado “a pátria do direito concubinário. Sua importância histórica influenciou todo o direito ocidental, especialmente o brasileiro.”¹³⁸

Enquanto no Brasil, em mesmo momento, mesma proteção jurídica não obteve, recebendo, num primeiro momento, somente a atenção doutrinária e, principalmente, a jurisprudencial. Tanto é que nem mesmo o Código Civil de 1916

¹³⁵ BITTAR, 2006, p. 48.

¹³⁶ Vale ressaltar, segundo WELTER, in: CHAVES, Adalgisa Wiedemann; *et al.*; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.) **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 87-102, que, à época, no Brasil, especialmente com a Proclamação da República (ver Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890), deu-se início ao processo de laicização (secularização) nos mais variados setores da sociedade, mas, especialmente no da família; muito, embora, o processo de separação entre Estado e Religião tenha iniciado, lá fora, com as teorias renascentistas dos séculos XV e XVI. Entenda-se por secularização “a ruptura entre a cultura eclesiástica e a doutrina filosófica, especialmente entre a moral do clero e a forma de produção da ciência. A moral, a contar da separação entre a Religião e o Estado, não é mais um mandato das alturas, não é mais sacra, e sim profana”; nas palavras de WELTER (2004, p. 90).

¹³⁷ PEREIRA, 2001, p. 18.

¹³⁸ PEREIRA, 2001, p. 19.

pronunciou-se a respeito do tema, assumindo uma postura omissa e protecionista quanto ao paradigma tradicional da família brasileira¹³⁹.

Mas coube à modernidade tratar, sob uma nova ótica, esse fenômeno tão antigo quanto as primeiras manifestações gregárias do ser humano, mormente, quando a interferência da religião, especialmente a Católica, encontrava-se enfraquecida face a ruptura com o sagrado, consolidando, assim, o processo de secularização da família¹⁴⁰. Desta forma, o tempo e as suas inevitáveis transformações possibilitaram acolher, legalmente, um fato/realidade social há muito legitimado pela sociedade brasileira e, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um novo paradigma emergiu para compor o processo de “reinvenção” da família neste país.

1.2 O novo modelo de entidade familiar com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Compreende-se pelo recorde exposto, que iniciada a vida em sociedade as relações entre os seres humanos tornaram-se mais complexas, carecendo, constantemente, de normas e de formas hierárquicas capazes de garantir e respaldarem a harmonia dos grupos, mormente, frente às diversas transformações, sejam elas de cunho político, econômico, social, cultural ou, inclusive, tecnológico.

E, com isso, visualiza-se o processo de nascimento e evolução do organismo familiar; sendo que o elo psíquico¹⁴¹ constitui a estrutura fundante deste, capaz de dar a cada indivíduo uma função, um lugar seguro e definido no grupo social.

BEVILAQUA¹⁴², há mais de um século, já afirmou que dois são os fatos que ensejaram a constituição familiar: primeiro o instinto genesíaco, o amor que une e, segundo os cuidados com os frutos, ou seja, com a prole; ambos em prol da conservação e da perpetuação da espécie.

¹³⁹ Sobre tal exposição, ver GAMA (2001b, p. 47) e MIRANDA (2001, p. 98).

¹⁴⁰ VILLELA, João Baptista. Concubinato e Sociedade de Fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 623, 1987. p. 18.

¹⁴¹ PEREIRA, 2001, p. 09.

¹⁴² BEVILAQUA (2001, p. 30), referindo-se “ em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar”.; asseverando, ainda, “[...] que são duas manifestações diferentes do mesmo instinto fundamental, a conservação da espécie”.

Já MONTEIRO¹⁴³ fez a leitura dele sob a ótica dum organismo natural, “Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar”. Enquanto para uma visão mais sociológica, marcada por SEGALEN¹⁴⁴, a família é um produto cultural. Esta última visão faz uma análise sociológica acerca do tema, enfrentando o organismo familiar como, “A organização familiar contemporânea não é pois senão uma das combinações possíveis no universo das culturas.”¹⁴⁵

Mesmo assim, conceituar o que é família, constitui uma das tarefas mais árduas que se possa assumir. Estudiosos, em diversos momentos e de diversas áreas, que assumiram tal compromisso, chegaram a seguinte certeza: que a família é “um termo polissêmico: designa tanto os indivíduos ligados pelo sangue e pela aliança como a instituição que rege esses laços”¹⁴⁶.

Isso realça que a família nuclear é aquela que abarca as pessoas unidas, num mesmo espaço residencial, pelos laços do casamento e da filiação. E, ao se estender estes laços alcançam um grupo de parentes e aliados que não desfrutam a mesma residência, de modo a concebê-la por parentel¹⁴⁷.

Acerca disso, reitera SEGALEN ainda¹⁴⁸, que a família é uma realidade em constantes mutações, mais especificamente que “As relações entre a transformação da família e as transformações da sociedade, as mudanças econômicas, técnicas e sociais deixam de poder ser explicadas em termos de modelos simples, únicos e lineares”.

Concebe-se, desse modo, que a humanidade curva-se diante das diversas transformações e com elas o organismo familiar; aliás, este também, teve que se adequar ou simplesmente obedecer a certos critérios impostos, ora pela necessidade, ora pela decorrência natural dos acontecimentos.

¹⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01.

¹⁴⁴ SEGALEN, Martine. **Sociologia da Família**. Trad. Ana Santos Silva. Lisboa: Terramar, 1996. p. 15.

¹⁴⁵ SEGALEN, 1996, p. 15.

¹⁴⁶ Os Autores não discordam que a palavra família incorporou um caráter polissêmico. Sobre isto ver, por exemplo, BEVILAQUA (2001, p. 29); ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. **Iniciação à Antropologia: Por onde caminha a humanidade?** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 155.

¹⁴⁷ Parafrazeando o entendimento de SEGALEN (1996, p. 20), acerca da acepção da família nuclear e parental, esta compreendida antigamente.

¹⁴⁸ SEGALEN, 1996, p. 15.

Por outro vértice, com a instalação do processo de laicização¹⁴⁹ e o refinamento do ser humano, ao se pensar em família, não há como dissociar os elos que aproximam os seus membros, assim como o grau de afinidade entre os indivíduos, os quais se envolvem por laços de amor, carinho, afeto, cumplicidade, enfim, sentimentos indispensáveis para sua constituição e perpetuação como espécie.

No âmago de tal contexto, o jurista ALMEIDA JÚNIOR¹⁵⁰ esclarece que:

Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso.

Percebe-se, diante do exposto, que a família é composta, transformada e sustentada como um organismo e, ao compará-la, por exemplo, ao organismo que é o corpo humano, vislumbra-se, *mutatis mutandi*, com clareza, que as mutações são certas no curso dos tempos.

Por isso, frente às imensuráveis transformações que sofreram/sofrem o indivíduo e o seu organismo mantenedor, não pode a familiar hodierna permanecer atrelada a um modelo estanque, centrado em uniões eminentemente econômicas e reprodutoras, livre da expressão de afeto, solidariedade e comunhão de vida¹⁵¹.

Até mesmo porque, cediça é a busca do homem pela felicidade; busca essa almejada de forma intensa, por vezes confusa e paradoxal, mormente frente ao

¹⁴⁹ CHAVES, 2004, p. 87-92.

¹⁵⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **A alterabilidade do nome dos filhos pelo descumprimento do poder familiar mútuo**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 09 de maio 2008 às 21:45.

¹⁵¹ VENOSA, 2001, p. 16.

momento atual, caracterizado por HONORÉ¹⁵², como a “Era da Fúria”, ou seja, escravos do tempo e do consumo.

Retomando a análise das ‘mutações do organismo familiar’, especialmente a partir do século XX, como forma de se compreender o desejo fático e a necessidade jurídica, para construção duma nova concepção da estrutura familiar. VENOSA¹⁵³ pontua as diversidades para tal construção,

Nesse alvorecer de mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico.

Nesse contexto, tem-se que a família tradicional¹⁵⁴, organizada sob o manto mítico e religioso, cedeu lugar para uma nova concepção de relacionamentos. Concepção essa, marcada por um novo anseio, o qual não se deu por acaso ou num instante iluminado; muitos foram os acontecimentos, como num processo de catarse, transformaram e/ou floresceram sentimentos e necessidades para uma nova forma de se conviver e ser feliz, realizado como um todo.¹⁵⁵

Explica SEGALEN¹⁵⁶, que no início dos anos 80, a família via-se inserida no contexto ativo do movimento feminista, rumando para "Os novos modelos familiares, o aumento da esperança de vida, a percentagem crescente das pessoas idosas, as inovações biológicas no domínio da procriação, as consequências da SIDA".

Espelhando, ainda, o que antes se tratava como crise e/ou enfraquecimento da família, "hoje em dia, assiste-se tão-somente a vários reencontros com uma instituição difícil de conhecer e rejuvenescida¹⁵⁷. A atual família está associada à invenção de sentimentos novos – na intimidade do casal, da infância, do amor e na emergência do sentimento da vida privada –, para, então, emergir os sinais da modernidade

¹⁵² Assim denominada por HONORÉ, sendo ela fruto da cibercultura, ou seja, a nova forma de manifestação social contemporânea, surgida com a Internet e massificada com a globalização das tecnologias. In: HONORÉ, Carl. **Devagar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p 21-25.

¹⁵³ VENOSA, 2001, p. 16.

¹⁵⁴ Entenda-se, ainda, aquela constituída pelo matrimônio, de forma patriarcal e hierarquizada.

¹⁵⁵ SABINO JÚNIOR, Vicente. **A emancipação sócio-jurídica da mulher**. São Paulo: Juriscredi. [entre 1975 e 1985] p. 61-75, 157-174.

¹⁵⁶ SEGALEN, 1996, p. 05.

¹⁵⁷ SEGALEN, 1996, p. 05-06.

da família.¹⁵⁸; "contra o mundo exterior submetido às duras leis do mercado, do racionalismo, do progresso técnico, etc."¹⁵⁹

Sustenta SEGALEN¹⁶⁰ ainda, que o perfil sociológico da família no final dos anos 80, pode ser assim descrito,

No final dos anos 80, assistiu-se a uma multiplicação dos estudos sobre as relações entre as gerações, a par de estudos que se debruçavam sobre o casal, o que enriqueceu consideravelmente o nosso conhecimento do fenómeno familiar contemporâneo. Para além das mudanças demográficas já assinaladas, esta abertura temática deve-se a uma autêntica inversão das perspectivas. A nova legitimidade dos estudos sobre o parentesco e o lugar da família na sociedade inscreve-se no vacilar das nossas certezas. Já não se acredita que as mudanças técnicas se inscrevam sempre na ordem do progresso; os valores da racionalidade são contestados. A família já não é rejeitada pelo seu lado arcaico, surgindo, pelo contrário, como um valor moderno. Além disso, a derrocada dos dogmas marxistas e comunistas veio libertar a palavra. Na década de 70, quem iria efectuar uma investigação e publicar os seus trabalhos sobre a herança na sociedade contemporânea? Não tinha o regime de trabalho assalariado abolido a dependência material entre as gerações? O tema da transmissão já não é relegado para o campo dos estudos etno-históricos sobre as sociedades agrárias. Adquiriu direito de cidadania na sociologia contemporânea e há agora análises consagradas às heranças e às transmissões.

A exposição dos contornos transformadores do organismo familiar, inclusive, da realidade fática vivenciada pela família brasileira¹⁶¹, além de se visualizar o porquê da instauração de uma nova concepção – epicêntrica e valorativa do ser humano e florescida, especialmente, após a segunda Guerra-Mundial¹⁶² –, possibilita compreender os alicerces eleitos para se inaugurar uma nova realidade político-jurídica na sociedade brasileira.

¹⁵⁸ SEGALEN, 1996, p. 13-14.

¹⁵⁹ SEGALEN, 1996, p. 09.

¹⁶⁰ SEGALEN, 1996, p. 18.

¹⁶¹ Especialmente, o perfil sociológico no final dos anos 80, ou seja, à época do advento da Constituição da República de 1988, conforme SEGALEN (1996, p. 18).

¹⁶² Explica GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Revista Juristas**. Disponível em <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008 às 23:47, que "A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma inatingível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em reflexo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito a valores essenciais ao ser humano". No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 66.

Constata-se, então, que o Constituinte de 1988 introduziu, à guisa da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de outras ordens constitucionais¹⁶³, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Retratando, assim, o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo central da ordem jurídica¹⁶⁴.

E nessa seara, SARLET¹⁶⁵ teceu considerações iniciais sobre o Princípio e Fundamento da Dignidade Humana, advertindo sobre a indissociável noção de dignidade e condição humana,

justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Com isso, há quase 20 anos e sem precedentes, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da ordem constitucional brasileira. Tempo limitado este, considerando-se a remota origem da noção de dignidade¹⁶⁶, como o texto de discurso escrito por Giovanni Picco (em 1486), intitulado por A Dignidade do Homem, a fim de valorizar o ser humano¹⁶⁷, como se percebe nestas palavras¹⁶⁸: "O homem, na verdade, é reconhecido e consagrado, com plenitude de direitos, por ser, efetivamente, um portentoso milagre. [...] é um ser inacabado. Ele se modela definitivamente pelo uso que fizer de sua liberdade de escolha."¹⁶⁹

A Constituição da República de 1988 elevou o homem ao epicentro de todas as relações, reconhecendo, com isso, que "é o Estado que existe em função da pessoa

¹⁶³ Por exemplo, "pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, elas Constituições de Portugal e da Espanha", conforme SARLET (2008, p. 65).

¹⁶⁴ GAMA, 2001, p. 43-44.

¹⁶⁵ SARLET, 2008, p. 27.

¹⁶⁶ SARLET, 2008, p. 66.

¹⁶⁷ "Giovanni Picco nasceu no castelo do condado de Mirandola, perto de Módena, na Itália, aos 24 de fevereiro de 1463. Morreu ainda jovem, com apenas 31 anos, em Florença, aos 17 de novembro de 1494", ficou conhecido como "a fênix dos gênios", além de ser reconhecido como "uma das expressões mais genuínas do humanismo cristão", segundo MIRÀNDOLA, Pico Della. **A Dignidade do Homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, [19--]. p. 13-14.

¹⁶⁸ Entenda-se, nos dias atuais, como aquele destinado à pessoa.

¹⁶⁹ MIRÀNDOLA, [19--]. p. 38.

humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal".¹⁷⁰

Materializando o quanto exposto acima, a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de princípio fundamental, no artigo 1º, inciso III, da atual Constituição; e SARLET¹⁷¹ concebeu-a como:

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 à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável⁸⁴, 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.

E ao consagrar a pessoa humana, o ordenamento constitucional brasileiro destinou proteção especial ao organismo familiar, já que sem este sequer existiria a sociedade, comungando com o reconhecimento dado no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas [ONU]¹⁷², na Declaração Universal dos Direitos dos Homens¹⁷³ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁷⁴.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 proclamou em seu artigo 226, *caput* que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", no entanto, foi além e rompeu com modelos constitucionais anteriores, buscando abandonar o paradigma tradicional e patriarcal de família, de forma não divorciada da realidade fática do povo brasileiro¹⁷⁵.

E ao acolher as expectativas da sociedade na tutela das relações familiares, o legislador constituinte procurou alargar o conceito de família, contemplando uma nova concepção familiar, calcada na diversidade das entidades familiares.

Os parágrafos § 2º, 3º e 4º do artigo 226 denotam, com clareza, a diversidade na composição das novas formas de famílias, *in verbis*:

¹⁷⁰ SARLET, 2008, p. 70.

¹⁷¹ SARLET, 2001, p. 60; ou em edição posterior de SARLET (2008, p. 63).

¹⁷² Para maiores detalhes, ver o site da ONU <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php>. Acesso em: 28 jan. 2009 às 04:49.

¹⁷³ "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" conforme GAMA (2001a, p. 44).

¹⁷⁴ "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida ela sociedade e elo Estado" segundo GAMA (2001a, p. 44).

¹⁷⁵ GAMA, 2001a, p. 53-54.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

De forma explicativa, MONTEIRO¹⁷⁶, pontua a pluralidade de formas na constituição da família, concebidas a partir de então,

O direito positivo conhece quatro espécies de grupos familiares: a) a entidade familiar criada pelo casamento; b) a entidade familiar decorrente da união estável entre homem e mulher; c) a família natural, ou comunidades familiares, formadas por ambos os genitores, ou apenas um deles, e seus descendentes; d) a família substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu para receber melhores condições de vida, e na qual passa a desempenhar integralmente papel de filho.

Paralelamente às novas formas, emergiu a necessidade de dissipar as discrepâncias no tratamento destinado aos filhos, fossem eles oriundos de um casamento civil e/ou um religioso, de uma união estável, de uma adoção, de uma produção independente, eventuais, incestuosas ou adúlteras.

Isso tudo, porque, o ordenamento constitucional de 1988 teve como um de seus alicerces, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que dentre outros aspectos, pode traduzir, segundo NOBRE JÚNIOR¹⁷⁷, a :

a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

A metamorfose gerada pela Constituição da República de 1988 conduziu e, ainda conduz, a um processo de repersonalização¹⁷⁸ dos indivíduos que compõem as entidades familiares, seja quanto à constituição e/ou à conjugalidade, ou quanto à igualdade entre os consortes ou ao tratamento isonômico e protetivo de todo e qualquer

¹⁷⁶ MONTEIRO, 2004, p. 08.

¹⁷⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Juristas**. Disponível em <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008 às 23:58.

¹⁷⁸ Entenda-se pela busca da pessoa, de sua realização enquanto indivíduo, tanto no plano afetivo, quanto no relacional. Contrapondo, assim, a vetusta característica da família patrimonializada e, já descrita anteriormente, na primeira subseção deste estudo.

filho, mormente, porque estão sob os alicerces e o manto dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; tudo com o afã de reinventar a composição familiar almejada para dias melhores.

Por outro vértice, a Constituição da República de 1988 ao buscar uma nova concepção familiar, dentre a diversidade ou pluralidade dos modelos familiares, consagrou como um dos modelos de entidade familiar, o par integrante de uma união estável. Com isso, o tratamento constitucional revolucionou o ordenamento jurídico brasileiro no que tange a concepção de uma família; alicerçando juridicamente uma realidade há muito legitimada pela sociedade.

A partir de então, a vetusta nomenclatura e concepção de concubinato – puro – transformou-se em união estável e seus protagonistas em companheiros ou conviventes, como forma de eliminar quaisquer vestígios pejorativos, clandestinos ou discriminatórios, alimentados em tempos passados¹⁷⁹.

No entanto, a discriminatória nomenclatura – concubinato – não foi dissipada em um primeiro momento, pois se instalou uma rançosa resistência, além de inúmeras divergências no palco da vida companheira; posturas discriminatórias essas, em parte favorecidas, pela demora na regulamentação dos aspectos da vida prática, já que coube à Constituição da República de 1988 conferir à união estável o *status* de família e, ao ordenamento infraconstitucional a sua regulamentação.

Desta forma, o interregno de aproximadamente seis anos¹⁸⁰, também propiciou um campo fértil para inúmeras divergências – ora doutrinárias, ora jurisprudências – nos contornos da união estável. De forma abreviada, as maiores dificuldades enfrentadas foram: a análise dos fundamentos e dos requisitos da união estável, o tempo de duração, a existência de impedimentos para sua constituição, a necessidade ou não de contrato escrito, o regime de bens, a dissolução e a partilha, o direitos sucessório e alimentar dos companheiros, a conversão em casamento¹⁸¹.

Pelo quanto exposto, certo é que a Constituição da República de 1988, apesar das iniciais divergências e resistências – ora de cunho religioso e moral, ora

¹⁷⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro (Coord.) **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 265-266.

¹⁸⁰ Entre a promulgação da Constituição da República e o advento da Lei 8.971, de 29 dez. 1994.

¹⁸¹ Este prazo compreende entre a promulgação da Constituição da República de 1988 e a primeira regulamentação da união estável pela Lei n. 8.971 de 1994, conforme expõe BRAUNER, 2004, p. 266.

jurídico¹⁸² – constituiu marco louvável no contexto familiar contemporâneo. E há quase vinte anos, a família brasileira pode ser constituída mediante formas diversas; uma pluralidade¹⁸³ de situações (do casamento civil, do casamento religioso, da união estável, da família monoparental e da adotiva) aptas e propícias para conceberem a instituição *mater* do povo brasileiro, num verdadeiro processo de repersonalização¹⁸⁴ das relações humanas, coadunando com o princípio fundante da própria ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana.

1.3 A união estável no Direito brasileiro: materialização e reflexos da vida companheira

A visão esboçada anteriormente¹⁸⁵, sobre o processo evolucionista da família, mormente diante da Constituição da República de 1988, demonstrou que mudanças ímpares aconteceram, muito embora incertas, nas calçadas trilhadas pela família, restando evidente que tal organismo/instituição trata-se do elo central entre os seres humanos; sustentação duma vida em sociedade, que, hoje, impera por ser digna e feliz.

Nesta senda, tem-se que a família, constituída por documento formal e matrimonializada ou simplesmente pelo compromisso do afeto e lealdade, deve suplantar a mera união de corpos com o fito da procriação, pois se destina a alçar uma verdadeira simbiose entre pessoas afins, buscadoras de assistência, solidariedade, respeito, cumplicidade, enfim sentimentos e compromissos, calcados num amor capaz de solidificar a vida em comum.

Nesse contexto de reinvenção da família, facetada de forma plural, insere-se a união estável¹⁸⁶ e, desvendar seu desenvolvimento e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, requer prudência, pois a grande evolução histórica do companheirismo

¹⁸² Exemplo disto, o quanto sustentado por GAMA (2001a, p. 88), “Outro aspecto implícito na norma contida no dispositivo constitucional ora comentado é o da prevalência do casamento sobre o companheirismo, [...] o casamento ainda é (e, diga-se *en passant*, com razão) a espécie de família hierarquicamente superior às demais quanto à outorga de vantagens para os partícipes, em suas relações internas (efeito intrínsecos da união matrimonial), caso contrário haveria a equiparação entre os dois institutos formadores da família através da união sexual entre o homem e a mulher”.

¹⁸³ Sobre o pluralismo familiar ver BRAUNER, 2004, p. 255-278.

¹⁸⁴ Ver nota de rodapé n. 109.

¹⁸⁵ Longe de esgotar aspectos merecedores de destaque.

¹⁸⁶ Expressão esta chamada, anteriormente, por concubinato.

no Brasil é a que se faz neste momento, apesar da existência remota, como fato social marcante.¹⁸⁷

Merece transcrição a análise feita por FACHIN¹⁸⁸, marcando os primeiros passos da união estável no ordenamento constitucional brasileiro:

Espaços de não-direito geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera transformações naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras. Foi o que ocorreu com o concubinato. No contexto da família, a concepção matrimonializada forma um espaço de não-direito, mas a produção de relações sociais nesse espaço acabou gerando uma certa imposição, e o que está na “dobra” do Direito passou, gradativamente, a ocupar parte do núcleo no modelo plural de família.

Daí porque se fez necessária a observação dos caminhos trilhados pela família nas mais diversas épocas e povos, coadunando com os propósitos de SEGALEN¹⁸⁹, que para entender é preciso comparar e, “Compreender-se-á melhor o que se passa na nossa sociedade se se observar o modo como as coisas se passam noutros locais ou, dito de uma forma muito simples, a abordagem comparativa tem numerosos benefícios”.

Dessa forma, este é o momento se destina a analisar a materialização e os reflexos jurídicos decorrentes da relação companheira, segundo o quanto exposto pelo ordenamento infraconstitucional brasileiro.

Vale recordar antes disso, que esta modalidade de congregação familiar recebeu antes mesmo da Carta Constitucional de 1988, atenção da doutrina e da jurisprudência, atenção essa, destinada a fato social, crescente e marcante¹⁹⁰. VELOSO¹⁹¹, jurista e professor dedicado aos avanços do direito de família e sucessões, já alertava para as razões que impulsionaram o crescimento da união estável no Brasil:

Várias razões militam para isto e apontaremos algumas: nossa realidade social e econômica, com extensas faixas da população marginalizadas, carentes, distantes da civilização, sem quase nenhum acesso à educação, à cultura, afastadas do aparelhamento institucional e dos mecanismos formais para constituição da família; a proibição do divórcio, que vigorou durante tantas décadas, sob as mais variadas e hipócritas justificativas,

¹⁸⁷ PEREIRA, 2001, p. 19.

¹⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 200.

¹⁸⁹ SEGALEN, 1996, p. 15.

¹⁹⁰ VELOSO, Zeno. **União estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência**. Belém: Cejup, 1997. p. 13.

¹⁹¹ VELOSO, 1997, p. 13-14.

forçando e fomentando a constituição de famílias à margem do casamento; os princípios libertários dos últimos anos, a evolução dos costumes, a nova hierarquia de valores, com a quebra da rigidez secular de muitos padrões, conceitos e regras, estimulando o livre-arbítrio para escolha do modo de organizar as convivências amorosas.

Recordando ainda, que o Código Civil de 1916¹⁹² assumiu postura abstencionista¹⁹³ frente à união estável, e assim mantendo-se mesmo diante da evolução dos ordenamentos jurídicos, como o europeu e o latino¹⁹⁴.

MIRANDA¹⁹⁵, naquela época, já se pronunciava sobre o assunto, mas de forma muito tímida, aduzindo que:

O concubinato não constituía, no direito brasileiro, instituição de direito de família, [...] A maternidade e a paternidade ilegítimas eram-no. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessassem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.

Constatou-se, assim, que do abolido Código Civil¹⁹⁶ até a promulgação da Constituição Cidadã, a união estável não lograva respaldo legal, mas tal hiato não retirava a existência fática dela; tanto que, os Tribunais quando provocados¹⁹⁷, enfrentavam-na como uma lide decorrente do Direito Obrigacional e, não como enlace familiar, guiando-se pela Teoria da Sociedade de Fato¹⁹⁸, combativa ao enriquecimento

¹⁹² Entenda-se como o antigo Código Civil de 1916.

¹⁹³ Segundo GAMA (2001b, p. 47), tal postura representava “a melhor forma de combater a “união livre” é negar-lhe qualquer efeito jurídico, ignorando-a legislativamente”.

¹⁹⁴ Exemplifica e aduz PEREIRA (2001, p. 21-24), que a união estável foi consagrada pelo direito francês em 1912, pelo mexicano em 1928, pelo venezuelano e italiano em 1942, dentre outros.

¹⁹⁵ MIRANDA (2001, p. 98), com a grafia errônea, “interassem”.

¹⁹⁶ De ressaltar que anteriormente a ele, o ordenamento jurídico brasileiro, também não consagrou a união estável.

¹⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 44. Em igual sentido, PEREIRA (2001, p. 29) e GAMA (2001a, p. 104-105).

¹⁹⁸ Muitos foram os debates doutrinários e as divergências jurisprudenciais quanto a interpretação e extensão do que abarcava o ‘esforço comum’; para alguns abrangeria o patrimônio amealhado mediante a contribuição econômica efetiva e direta dos ‘concubinos’ (registre-se que a expressão ‘concubinos’ aqui é pertinente, pois à época os companheiros ou conviventes ainda era denominados por aquela expressão, diga-se, hoje, pejorativa ao enlace que constituem), enquanto para outros, bastaria a contribuição indireta para a constituição do patrimônio, exemplo disto, o labor doméstico, como manifesta VELOSO (1997, p. 38-42). Avançando no tempo, hoje se percebe que a segunda corrente, do esforço comum indireto, foi consagrada pelos nossos doutrinadores e Tribunais, fazendo ecoar o que antes afirmava, sob indagação veemente, do professor VILLELA (1987, p. 21), em Parecer emanado em 13 de março de 1986, “o que vale, economicamente falando, o trabalho da mulher no lar? Que peso tem, em expressão patrimonial, essa atividade incessante, feita de pequenos e grandes serviços, desconcertantemente novos uns e terrivelmente iguais outros? Sem hora para começar, sem limite para concluir e cuja execução mobiliza assim conhecimentos como habilidades múltiplos e variados. E que requer, ao mesmo tempo, atenção, vigilância paciência, coragem e resignação”.

sem causa, além da indenização aos serviços prestados pela mulher, pois outros fundamentos jurídicos não existiam há época para proteger as relações companheiras.¹⁹⁹

Pode-se afirmar que esse enfoque, essencialmente patrimonialista, perdurou como regra até o advento da Constituição da República de 1988; as Súmulas 35, 380 e 382, todas²⁰⁰ do Supremo Tribunal Federal, remetem ao cunho patrimonial daquela época.

Nota-se, então, que a união estável, paulatinamente, foi ganhando respaldo no Brasil; num primeiro momento, “com o juiz à frente do legislador”²⁰¹. E como afirmou VELOSO²⁰², “Em nenhum outro assunto, tanto quanto nas uniões de fato, teve o aplicador do direito que se utilizar da equidade, humanizando a frieza das normas”.

Mas foi com a promulgação da Constituição da República de 1988, que a união estável recebeu a merecida consagração pelo ordenamento jurídico brasileiro, adquirindo *status* de entidade familiar. E na presença de uma família brasileira, instala-se a proteção do Estado e da ordem jurídica; protegida e resguardada, então, estava esta nova concepção de família.

Lembra bem CAIO MARIO²⁰³, que nesta época, apesar das divergências, a incipiência legislativa e a necessidade do amadurecimento jurídico acerca do tema, levou a uma construção pretoriana que se mostrava adequada e razoável para sua “construção dentro da variedade dos casos de espécie, e destarte permitindo à doutrina uma flexibilidade conceitual mais proveitosa”.

Frente a tudo isso, a união estável passou a ser tratada como questão do Direito de Família²⁰⁴ e, não mais, como do campo obrigacional, primeiro porque está inserida no capítulo destinado à Família²⁰⁵ na Carta Magna, segundo, e principalmente,

¹⁹⁹ VELOSO, 1997, p. 16.

²⁰⁰ A íntegra das Súmulas: “Súmula 35. Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Súmula 382. A vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio* não é indispensável à caracterização do concubinato.” Todas obtidas no site <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 09 jul. 2008 às 18:45.

²⁰¹ VELOSO, 1997, p. 14.

²⁰² VELOSO, 1997, p. 14.

²⁰³ PEREIRA, 1998, p. 44-45.

²⁰⁴ Ou “Das Famílias”, como propõe o Projeto de Lei 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, disponível no site <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 10 jul. 2008 às 09:10.

²⁰⁵ CAIO MARIO, 1998, p. 44.

porque constitui uma das formas de entidade familiar, consoante a nova concepção semeada com a nova ordem constitucional.

No entanto, outros contornos da vida companheira suscitavam, e ainda suscitam, dúvidas e pacificação como: a conceituação de união estável e entidade familiar, a necessidade ou não de regulamentação infraconstitucional, as características e os requisitos para a materialização desta nova modalidade familiar; direitos e deveres dos companheiros, a disciplina dos regimes de bens e da sucessão hereditária.²⁰⁶

E o tempo se fez e com ele firmaram-se a construção jurisprudencial e doutrinária²⁰⁷; quando no ano de 1994²⁰⁸ entrou em vigor a Lei n. 8.971²⁰⁹, com a seguinte ementa: “Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”, pelo que, abaixo será examinada essa regulamentação.

1.3.1 A Lei n. 8.971/94: direito dos companheiros a alimentos e à sucessão hereditária

A Lei de n. 8.971/94 representou, segundo VELOSO²¹⁰, “uma verdadeira revolução no direito da família e das sucessões”, a qual distribuída em cinco artigos, passou a regular, pela primeira vez, o direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão hereditária.

O artigo 1º destinou especial atenção à prestação alimentícia entre os companheiros, tanto à mulher quanto ao homem. Para tanto, alguns requisitos deveriam estar configuradas, como: a existência de uma união estável entre aqueles companheiros; a inexistência de impedimento maculador da união, ou seja, os companheiros deveriam ser ou solteiros, ou separados judicialmente, ou divorciados ou viúvos; a comprovação de lapso temporal ou de prole, ou seja, a união estável deveria contar com, pelo menos, cinco anos ou, em outro prazo tenha gerado prole; a de não constituir uma nova união; e provar a existência de necessidade.

²⁰⁶ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e União Estável: requisitos e efeitos** pessoais. Barueri: Manole, 2004. p. 53.

²⁰⁷ Ver VELOSO (1997, p. 16, 31, 38-41); PEREIRA (2001, p. 32-34; 60-67); CAIO MARIO (1998, p. 45-46); GAMA (2001b, p. 57-62); GAMA (2001a, p. 115-148).

²⁰⁸ Em 29 de dezembro de 1994, tendo como autor do projeto originário, Néelson Carneiro; ver em VELOSO (1997, p. 17).

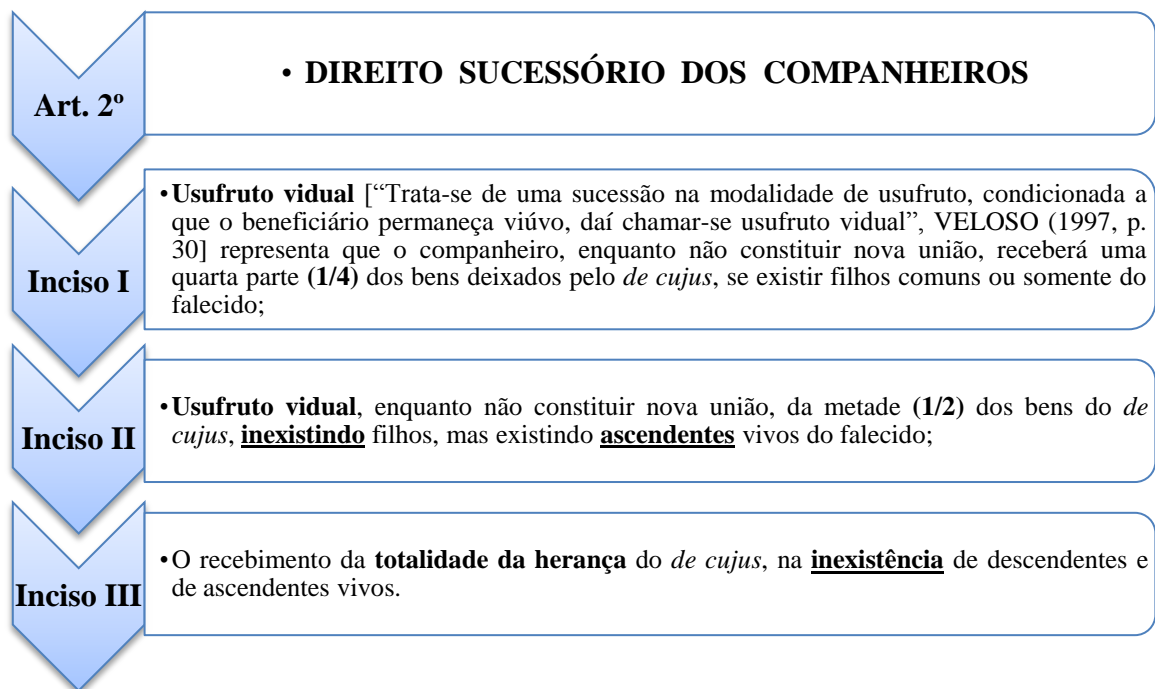
²⁰⁹ Projeto originário da lavra de Néelson Carneiro, na obra de VELOSO (1997, p. 17).

²¹⁰ VELOSO, 1997, p. 18.

Notoriamente, a prestação alimentar representou grande avanço e reconhecimento à união estável, ratificando seu *status* familiar²¹¹, pois em tempos passados, tais necessidades, carecidas e sentidas principalmente pela mulher, eram solvidas mediante indenização pelos serviços prestados²¹², num tratamento essencialmente patrimonialista²¹³ e, não decorrente da assistência mútua entre pessoas que comungaram uma vida em comum, sob o manto de uma família.

No entanto, o principal marco deixado por esta Lei, foi o quanto estabelecido no artigo 2º, ou seja, a materialização do direito sucessório entre os companheiros, “à imagem e semelhança do matrimônio [...]. A aproximação entre as figuras é patente e inegável a equiparação quanto aos efeitos”.²¹⁴

Em quadro sinóptico, assim restou disciplinada a sucessão hereditária, cabendo ao companheiro sobrevivente:



Já o artigo 3º teve por objeto disciplinar a meação do patrimônio comum amealhado durante a união estável. O foco controverso deu-se sobre o que ensejava “colaboração”, ou modelo do “esforço comum” como na antiga Teoria da Sociedade de

²¹¹ Exceto quanto à restrição feita às pessoas separadas de fato.

²¹² Ver PEREIRA (2001, p. 77).

²¹³ Ver nota de rodapé n. 132.

²¹⁴ VELOSO, 1997, p. 29.

Fato.²¹⁵. E até pouco tempo persistiu esta a controvérsia na doutrina, bem como, a divergência entre os julgados, plasmando estes as mesmas confusões e discrepâncias dos posicionamentos anteriores²¹⁶, inclusive da própria Constituição da República de 1988.

Mas o tempo, leia-se com ele a doutrina e os julgados, encarregou-se de dissipar as discrepâncias, e “a colaboração” passou a ser tida como aquela “suficiente e bastante que se demonstre que o patrimônio resultou de atividades em que houve colaboração do supérstite.”²¹⁷ Prevalendo, então, a contribuição indireta para a constituição do patrimônio, a exemplo do labor doméstico, há muito já sustentado por VILELLA²¹⁸.

Pelo que, com a regulamentação dada pela Lei n. 8.971/94, em sede de direito sucessório, pela primeira vez o companheiro²¹⁹ viúvo foi posto em posição de destaque, tanto que enfatizou VELOSO, “modificando a ordem da vocação hereditária fixada no art. 1.603²²⁰ do Código Civil. Havendo companheira(o) sobrevivente, observados os requisitos legais, ficam afastados os colaterais da sucessão legítima.”²²¹

1.3.2 A Lei n. 9.278/96: regulando o § 3º do artigo 226 da Constituição da República

A Lei de n. 9.278, de 10 de maio de 1996, entrou em vigor para regular a união estável. A superveniência desta, mesmo diante da vigência da Lei de n. 8. 971 de 1994 [direito a alimentos e o Direito Sucessório dos companheiros], é justificada para muitos²²², como forma de minimizar as omissões trazidas pela Lei de 1994 e, para outros houve, apenas, uma total desconexão entre projetos, já que a Lei de 1996 era fruto do projeto original n. 1.888-F, de 1991²²³.

²¹⁵ VELOSO, 1997, p. 37-40.

²¹⁶ Aqueles baseados na Súmula 380 do STF e na Teoria da Sociedade de Fato.

²¹⁷ VELOSO, 1997, p. 41.

²¹⁸ Sobre o assunto ver nota de rodapé n. 129.

²¹⁹ Cabe aqui destacar que, por vezes, será trazida a expressão “companheiro” em um sentido mais amplo, denominando não, apenas, o companheiro homem de uma união estável, mas aos atores da união estável. No entanto, será impresso o termo no plural, “companheiros”, no título deste trabalho, capítulos e tópicos principais, com a finalidade precípua de se disseminar qualquer dúvida quanto aos destinatários.

²²⁰ Referência ao artigo do Código Civil de 1916, vigente à época.

²²¹ VELOSO, 1997, p. 30.

²²² Segundo VELOSO (2001, p. 63); já GAMA (2001a, p. 484-486) tece considerações quanto ao progresso e aprimoramento formal na edição da lei, mas repreendendo as falhas, incorreções, omissões e lacunas da lei.

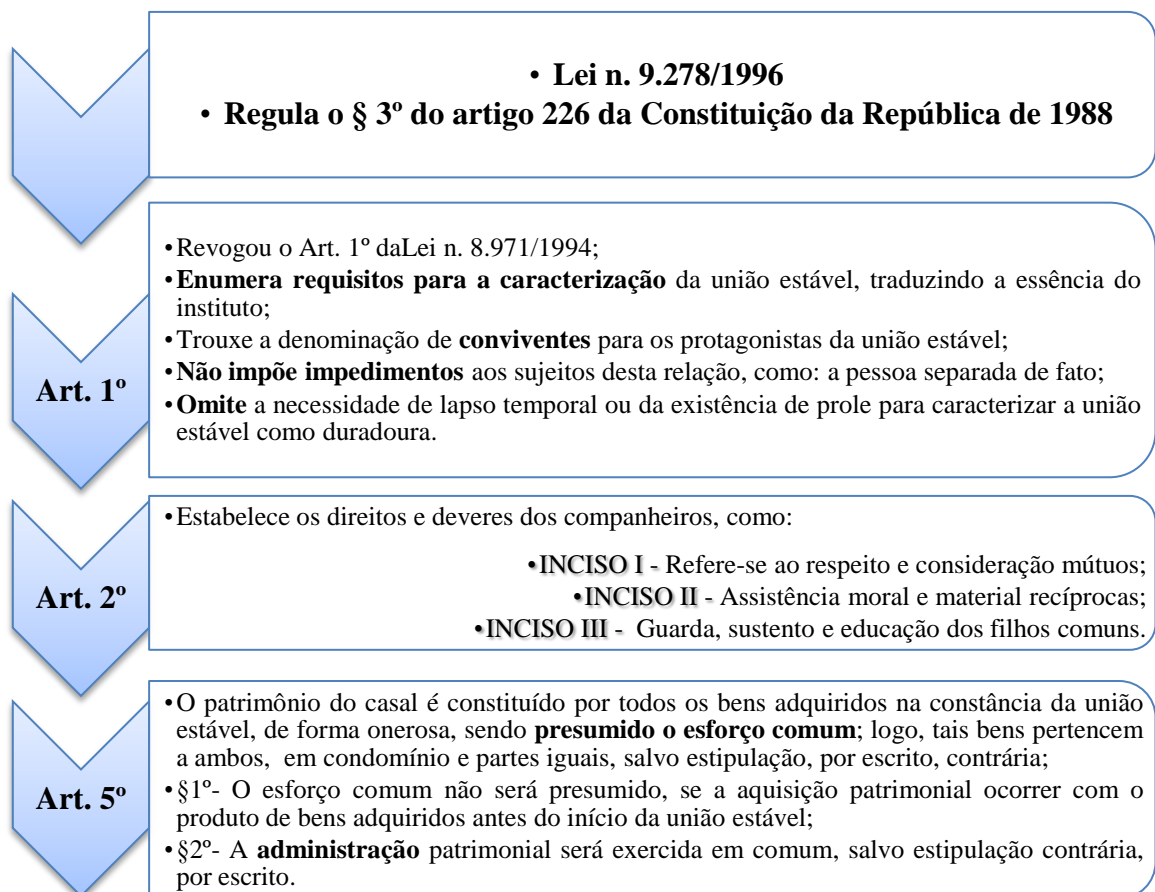
²²³ PEREIRA (2001, p. 111) e GAMA (2001a, p. 484-485), ao referenciar que o Projeto original (1.888-F, de 1991) desta Lei foi apresentado pela Deputada Beth Azize, “encampano parte da proposta do Professor Álvaro Villaça Azevedo, oferecida no ano de 1986, portanto em época anterior à Constituição Federal de 1988.”; Em igual sentido VELOSO (1997, p. 65).

Para GAMA, essas leis representaram um avanço, apesar das diversas impropriedades, e simbolizaram o início do processo de materialização jurídica da união estável, haja vista, que o momento, como acentua PEREIRA²²⁴, era “de mudança de paradigmas estruturais da sociedade patriarcal”, para se extrair “conceitos, preconceitos e valores que estão arraigados em uma idéia de família”²²⁵.

O recorte positivo de GAMA²²⁶ merece atenção:

o certo é que os dois textos legislativos comentados são dignos de reconhecimento pelo avanço, ousadia e adequação à nova realidade jurídico-familiar, no sentido da repersonalização do Direito de Família, fundado em princípios humanitários de solidariedade, respeito, amor e dignidade.

Em quadro sinóptico, destacam-se os aspectos do quanto regulado pela Lei n. 9.278/96²²⁷:



²²⁴ PEREIRA, 2001, p. 77.

²²⁵ PEREIRA, 2001, p. 77.

²²⁶ GAMA, 2001a, p. 488.

²²⁷ Os artigos 3º, 4º, 6º foram vetados; enquanto o artigo 10 não foi demonstrado no quadro sinóptico, pois se referia, apenas, a data de vigência da Lei, ou seja, na data de sua publicação.

Como já demonstrado no quadro, o artigo 1º da lei de 1996 revogou o artigo 1º da Lei 8.971/94, e com isso profunda foi a modificação introduzida no perfil caracterizador²²⁸, ou conceitual²²⁹, da união estável. Logo, se antes o lapso temporal²³⁰ ou a existência de prole comum, ou a ausência de impedimento²³¹ constituíam elementos essenciais, com a Lei de 1996, a estabilidade da convivência passou a ser averiguada por outros elementos, capazes de demonstrarem a intenção de se constituir e de ser uma família.²³²

Outro ponto que merece destaque é o quanto estabelecido no parágrafo único do artigo 7º, o qual conferiu ao companheiro viúvo – independentemente do regime de bens adotado pelos companheiros – o direito real de habitação, significando que o imóvel destinado à residência da família servirá como habitação do companheiro sobrevivente, enquanto este viver ou não contrair novas núpcias. Nesse ponto, a Lei n. 9.278/96 conferiu aos companheiros direitos mais amplos do que os previstos no matrimônio.

A desigualdade no tratamento existe porque ao cônjuge supérstite confere-se o direito real de habitação “se o regime de bens do casamento foi o da comunhão universal, e se o imóvel, em que residia a família, sobre o qual vai incidir o direito, for o único bem desta natureza a inventariar”.²³³

No que tange as disposições contidas no artigo 11, percebe-se, com clareza, que a Lei 8.971/94 restou revogada em aspectos tratados diversamente, ou seja, que estão em total contrariedade com a Lei 9.278/96, quais sejam eles: primeiro os elementos ou requisitos caracterizadores ou conceituais da união estável; segundo a presunção de esforço comum no patrimônio amealhado na constância da união estável, a distribuição igualitária do patrimônio comum: administração e propriedade.

²²⁸ Entendem que o artigo 1º não trouxe um conceito de união estável, apenas, elementos ou requisitos caracterizadores do companheirismo, os Autores GAMA (2001a, p. 485-486); CAIO MARIO (1998, p. 50); e PEREIRA (2001, p. 67-71).

²²⁹ CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no Código Civil e na Constituição Federal. in: WELTER, Belmiro Pedro (Coord.) **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 395.

²³⁰ Leia-se superior a cinco anos.

²³¹ Especialmente negada às pessoas separadas de fato.

²³² Segundo VELOSO (1997, p. 68-71); e PEREIRA (2001, p. 108-109, 111-112).

²³³ VELOSO, 1997, p. 92.

1.3.3 A união estável no atual Código Civil

O Código Civil, sancionado como Lei n. 10.406²³⁴, é oriundo do “projeto de Código Civil que tramitou no Congresso Nacional, originário em parte do anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, datado de 1963, que depois se posicionou como Projeto n. 634-B, de 1975”²³⁵; demonstrando com isso, que ao entrar em vigor²³⁶, já contava com quase quarenta anos, desde a fase embrionária dele.

Mesmo assim, e em que pese certos conceitos e visões arraigados por um modelo tradicional, o atual Código Civil buscou atualizar o texto legal em consonância com as diretrizes e princípios basilares da Constituição da República de 1988²³⁷.

No que tange à união estável, a matéria restou disciplinada no Livro IV, destinado ao Direito de Família, sob o Título III,²³⁸ por meio dos artigos 1.723 a 1.727; e também tratada em artigos pulverizados²³⁹ pelo Código Civil, a exemplo do artigo 1.790, referente ao direito sucessório entre os companheiros, e do artigo 1.694 sobre o direito a pensão alimentícia.

Ao se analisar os artigos sobre a união estável, nota-se que o Código Civil de 2002 incorporou, consideravelmente, os elementos da Lei 9.278/96, preservando um recorte mais aberto daquilo que se traduz ou conceitua²⁴⁰ como uma vida companheira²⁴¹; plasmando, ainda, a ausência de tempo determinado para caracterização da união estável e a possibilidade desta ser constituída por pessoas separadas de fato.²⁴²

Mediante a tradução do quanto refletido pelo artigo 1.723 do atual Código Civil, as palavras conceituais de PEREIRA²⁴³ espelham o que pode ser concebido por união estável, ou seja, uma relação “afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúltera e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil”.

²³⁴ Em 10 de janeiro de 2002.

²³⁵ CAVALCANTI, 2004, p. 56.

²³⁶ Em 11 de janeiro de 2003, conforme observações de CARVALHO NETO (2007, p. 125) em nota de rodapé n. 09..

²³⁷ CAVALCANTI, 2004, p. 56.

²³⁸ No Título III, do LIVRO IV.

²³⁹ Outros exemplos, os artigos 1.562; 1.565; 1.595, § 2º; 1.618, parágrafo único; 1.622; 1.631; 1.632; 1.636 e parágrafo único e, 1.708.

²⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 437.

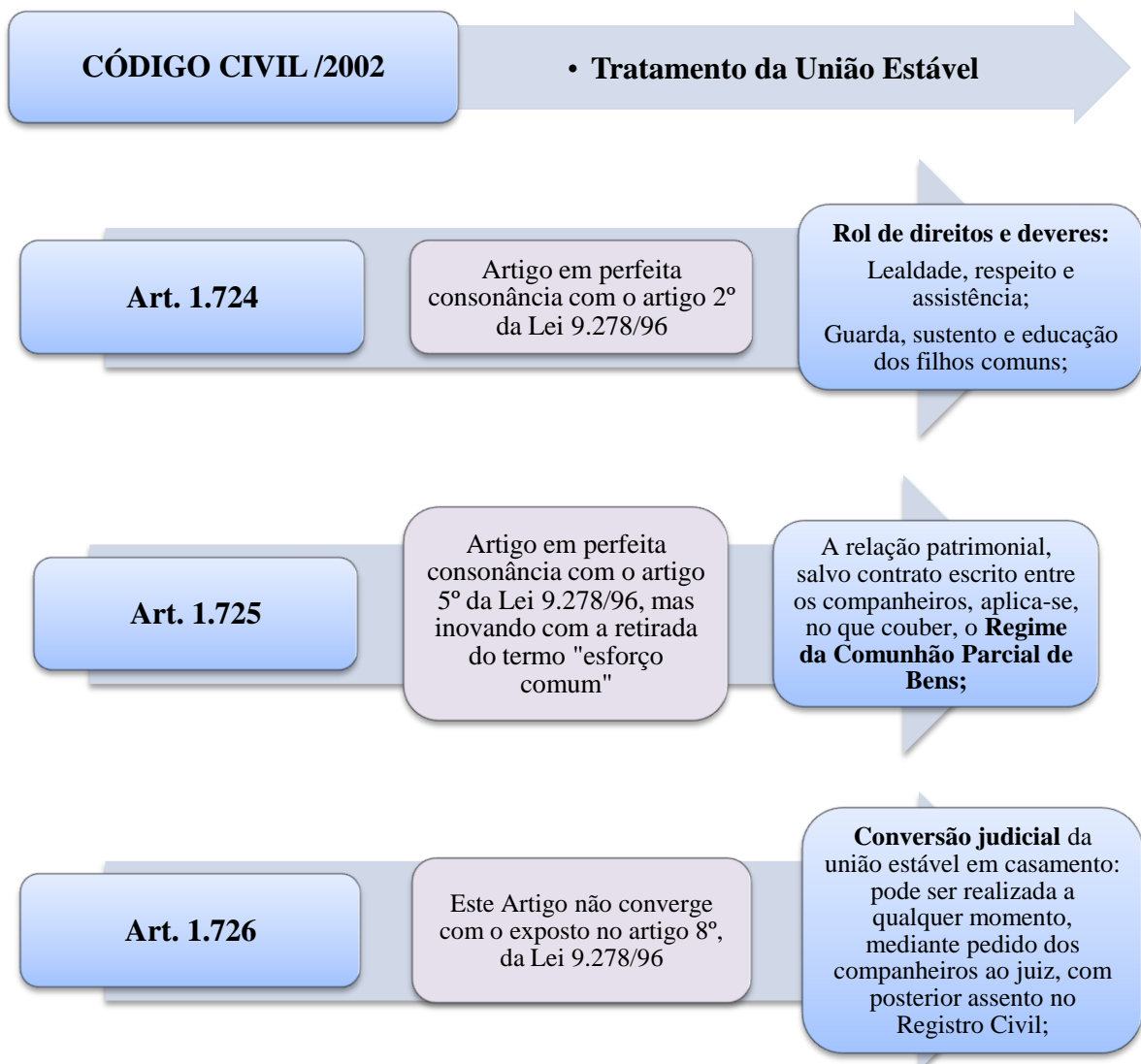
²⁴¹ CHAVES, 2004, p. 394-395.

²⁴² Ver § 2º, do artigo 1.723 do novo Código Civil.

²⁴³ PEREIRA, 2001, p. 29.

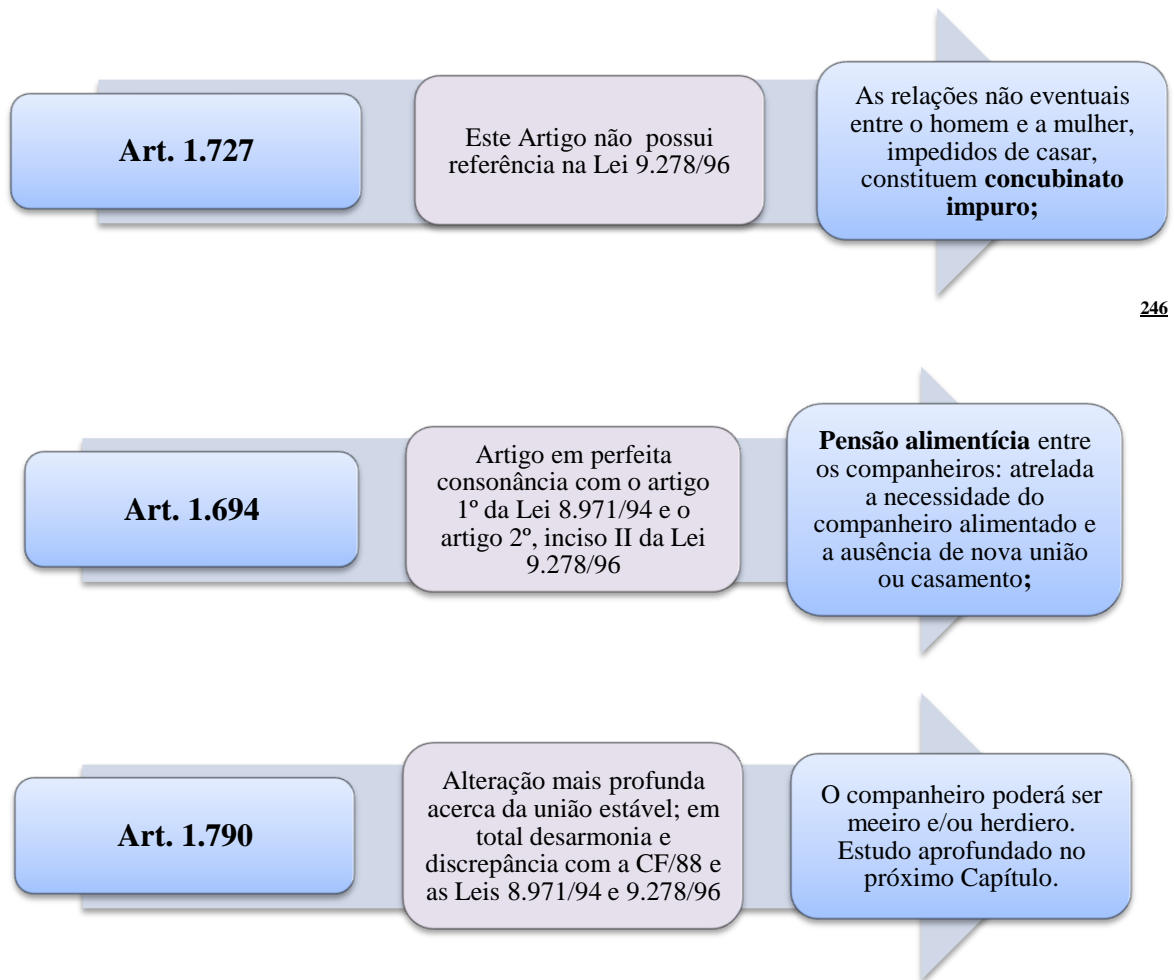
Já para AZEVEDO²⁴⁴, os elementos essenciais para se compreender e visualizar uma união estável deve perpassar por uma relação de conjugalidade heterossexual que se desenvolve por meio de uma convivência pública, contínua e duradoura, consolidando-se com “o afeto entre os companheiros, constituindo sua família, sem prazo certo para existir ou para terminar”.²⁴⁵

Quanto aos demais pontos, o quadro sinóptico destacará que o legislador civilista não destoou do quanto já consagrado e confirmado pela Lei n. 9.278/96, a exceção do tratamento destinado à sucessão hereditária entre os companheiros, objeto a ser analisado, além da visualização no quadro.



²⁴⁴ AZEVEDO, 2002, p. 437-438.

²⁴⁵ AZEVEDO, 2002, p. 438.



Em que pese a existência de muitos avanços na nova codificação civilista, em sede de direito sucessório entre os companheiros ocorreu um grande retrocesso²⁴⁷, mormente diante das conquistas e o quanto preconizado pela Constituição da República de 1988 e pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96.

A fim de se delimitar as discrepâncias, vale salientar que o companheiro sobrevivente²⁴⁸ terá direito a partilhar os bens, na qualidade de condômino ou meeiro, buscando a sua participação, conforme o regime de bens adotado pelos companheiros na constância da união estável.

Paralelamente a isso, o companheiro sobrevivente participará da sucessão hereditária de seu falecido companheiro e, foi nesse aspecto, que a nova regulamentação

²⁴⁶ Este artigo faz distinção expressa entre o que enseja união estável e concubinato e, segundo PEREIRA (2001, p. 116-117), o concubinato aqui constituído por aqueles impedidos de se casarem, deve ser aquele oriundo dum concubinato impuro, a exemplo do adúlterino.

²⁴⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 180.

²⁴⁸ Isto, quando do falecimento de seu par.

dada²⁴⁹ à união estável cometeu um “reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade”.

Isso porque, diante da lei anterior – Lei n. 8.971/94 – o companheiro sobrevivente poderia participar da sucessão de seu finado companheiro, de três formas distintas²⁵⁰: **a primeira** na modalidade de usufruto vidual, recebendo a quarta parte dos bens do *de cuius*, caso existam filhos comuns ou somente do falecido e, enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união; **a segunda**, também na modalidade de usufruto vidual, recebendo a metade dos bens do *de cuius*, caso existam ascendentes do falecido e não descendentes e, enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união; **a terceira** com o recebimento da **totalidade da herança**, diante da inexistência de descendentes e de ascendentes vivos do *de cuius*.

No entanto, essas três formas de participação do companheiro na sucessão de par foram suprimidas com a vigência do atual Código Civil, que introduziu novas regras no art. 1.790, as quais serão objeto de estudo no capítulo seguinte.

CAHALI²⁵¹ tece algumas considerações acerca deste novo contexto na sucessão hereditária entre os companheiros:

A perplexidade da doutrina sobre a então nova lei foi decantada desde o seu período de vacância, e serviu apenas de fermento para agora, aos poucos, também a jurisprudência fazer crescer a massa de dúvidas, conflitos e divergências a respeito desta atrapalhada norma. A certeza, na verdade, é de que há necessidade de modificação legislativa para se superarem as imperfeições e impropriedades do Código.

Cabe registrar, por fim, que a Constituição da República de 1988 sedimentou uma nova concepção acerca do organismo familiar, permitindo, assim, a existência plena e harmonia dos desiguais, consagrando a pluralidade das formas familiares; terreno apto e fértil para a repersonalização das relações humanas.

Não se justifica, assim, o desrespeito e o tratamento inferiorizado desferido pela atual codificação civilista à sucessão hereditária entre os companheiros, retirando-lhes, inclusive, direitos há anos conquistados legalmente. Nesse contexto, inserir-se-á a pesquisa e o estudo do próximo capítulo, buscando desvendar os contornos reais e equivocados emergidos com o Código Civil de 2002.

²⁴⁹ Pelo Código Civil de 2002.

²⁵⁰ Ver quadro sinóptico, em 1.3.1

²⁵¹ CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 161-162.

CAPÍTULO 2

A ATUAL CODIFICAÇÃO CIVILISTA E A DISCRIMINAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA DOS COMPANHEIROS

No capítulo anterior, focou-se o instituto da união estável, sob um recorte do processo histórico e evolucionista da família na sociedade ocidental, para se compor, diante das influências trazidas pelo Direito Romano, Canônico e Luso-brasileiro, um breve perfil daquela que representa a instituição *mater* da sociedade brasileira. Em ponto posterior, foi desenhada a consagração dada à união estável pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a qual, fundada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, foi capaz de desnudar e viabilizar o início da construção dum conceito e dos elementos caracterizadores deste instituto, que hoje compõe, legalmente, um dos novos modelos de entidade familiar.

Por outro vértice, no bojo das profundas transformações que a modernidade trouxe à baila, certas foram as mudanças nas relações sociais, políticas, econômicas e, inclusive, naquelas que afetaram, e ainda afetam, diretamente as relações pessoais e familiares, brotando nestas a ânsia por uma nova forma de se conviver e comungar a vida, e com isso, proporcionar e garantir a sonhada vida digna e feliz.

Trata-se, assim, da reinvenção da família, seja ela fundada por um documento formal ou pelos votos tácitos, mas em ambas a convicção livre e sincera das pessoas que desejam, verdadeiramente, comungar a mesma existência. Certo é que a forma materializadora deste início poderá ser diversa, mas o seu *animus* jamais, pois as duas deverão deter o afã de uma vida plena, pautada não mais em valores patrimoniais, mas sim, afetivos e existenciais.

Nesse contexto repousa, então, a atual união estável, compromissada com o afeto, o respeito, a assistência, a lealdade, numa verdadeira ‘comunhão existencial’ para se solidificar a vida terrena de um casal, broto da família humana.

Como já dito, desvendar seu desenvolvimento e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que instiga e desafia, incita uma boa dose de prudência, uma vez que o processo embrionário jurídico do companheirismo²⁵² no Brasil dá-se neste momento, apesar da existência remota, como fato social marcante.²⁵³

Partindo-se, então, da existência social e legal da união estável na sociedade e ordenamento jurídicos brasileiros, far-se-á um recorte espaço-temporal nesse instituto, a fim de se desenvolver estudos e identificar o paradigma utilizado para a construção do Direito Sucessório dos companheiros no atual Código Civil, como forma de se averiguar ou não a existência de tratamento discriminatório no manejo da sucessão hereditária das pessoas companheiras.

2.1 O palco germinativo do Direito Sucessório no Brasil

Antes de se adentrar, especificamente, no estudo e na identificação do paradigma utilizado para a construção do Direito Sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002, impera-se retomar o seu contexto histórico no ordenamento jurídico brasileiro, para, então, perpassar, rapidamente, a noção geral e alguns conceitos daquele instituto, como forma de propiciar uma melhor compreensão acerca do objetivo almejado.

Cediço é, que o Brasil conta hoje com uma ‘existência reconhecida’ de quase quinhentos e nove anos e, de lá para cá, passou de colônia portuguesa à Império e, neste ano festejará seu centésimo segundo aniversário como República Federativa, em plena busca por seu processo emancipatório²⁵⁴.

No entanto, em período compreendido entre a colônia, o Império e, especialmente, o início da República, tanto a mentalidade e/ou consciência das pessoas, como o ordenamento jurídico que aqui vigorava, tiveram influências e, quiçá,

²⁵² Por esta subscritora será utilizado o termo “companheiro” para se denominar os atores da união estável, ciente que tal denominação não é unívoca e, que dentre muitos autores, inclusive citados neste trabalho, utilizam a expressão conviventes, a exemplo da Lei 9.268/96.

²⁵³ PEREIRA, 2001, p. 19.

²⁵⁴ O termo utilizado busca espelhar a trajetória deste País no curto espaço de tempo – em torno de 500 anos – tempo deveras curto para a completude dum processo emancipatório. Além disto, numa visão panorâmica da história brasileira, percebe-se que a busca pela emancipação, apenas, começou.

preponderância do Direito Romano, Canônico e Lusitano, como já esclarecido no capítulo anterior²⁵⁵.

Sem destoar, o Direito Sucessório seguiu os mesmos ditames²⁵⁶, seja porque estava e está atrelado aos laços familiares²⁵⁷, como seu “prolongamento natural”²⁵⁸, seja porque “entre os diferentes povos, vem a ser, quase exatamente, a história de sua organização social e de suas instituições políticas”, como bem justifica MONTEIRO²⁵⁹.

Exemplo disso, o trato dispensado pelo Direito Português sob o manto do Direito Romano²⁶⁰, o qual só foi alterado com o advento das Ordenações do Reino²⁶¹. Nas Afonsinas, bem como, nas Manuelinas, iniciou-se²⁶², embora timidamente, o reconhecimento do direito sucessório aos cônjuges, relembrando-se que em Portugal, nessa época, o casamento era marcado pela ausência de formalidades, civis ou religiosas, preponderando a vontade dos nubentes e a publicidade do estado de casados²⁶³.

²⁵⁵ Tanto é, conforme já mencionado no Capítulo anterior, que após a Independência do Brasil, as Ordenações Filipinas ainda vigoravam por aqui e, só foram substituídas paulatinamente e, só definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916. (CARVALHO NETO, 2007, p. 57-58)

²⁵⁶ Alerta MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 6, p. 02-05, que “o moderno direito das sucessões foi o produto de um embate prolongado entre o direito romano e o antigo direito germânico, com certas influências do direito canônico”.

²⁵⁷ Não há como se refutar a trajetória de praxe da vida do ser humano: o indivíduo nasce, passa a ser sujeito de direitos e obrigações, adquire bens, constitui família e falece, deixando os bens direitos e obrigações.

²⁵⁸ MONTEIRO, 1977, p. 02.

²⁵⁹ MONTEIRO, 1977, p. 05.

²⁶⁰ CARVALHO NETO (2007, p. 55), esclarece ainda, em mesma obra e paginação, que “Nas origens do direito português, como se viu, vigorou o direito romano, com a ordem de vocação hereditária fixada no Código justinianeu e, especialmente, nas Novelas 118 e 127, direito este que só foi alterado nas Ordenações do Reino”.

²⁶¹ Lembrando, as Afonsinas de 1446, as Manuelinas de 1521 e, as Filipinas de 1603.

²⁶² Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título XII, assim se dizia: “Costume foi neste Reino de longamente usado, e julgado, que onde o casamento é feito entre o marido, e a mulher por Carta de metade, ou em tal lugar, que por usança se partam os bens por meio à morte sem haver a tal Carta, morto o marido, a mulher fica em posse, e Cabeça de Casal, e de sua mão devem receber os herdeiros, e legatários do marido parte de todos os bens, que por morte dito marido ficarão, e bem assim os legados; em tanto que se algum dos herdeiros, ou legatários, ou qualquer outro ficar [na] posse de alguma coisa da dita herança, depois da morte do dito marido, sem consentimento da dita mulher, ela se pode chamar esbulhada dela, e deve-lhe logo ser restituída. E este costume foi fundado em razão, pois que por bem do dito costume, tanto que o casamento é consumado, a mulher é feita meeira em todos os bens, que ambos têm, e o marido por morte da mulher continua a posse velha, que antes havia, justa razão parece ser, que por morte do marido fosse provido a ela de algum remédio acerca da dita posse, a saber, que ficasse ela em posse, e cabeça de Casal por virtude do dito costume”. Mais adiante ainda dizia: “E se por morte do marido *ab intestato* a mulher não ficou em posse e cabeça de Casal, porque não vivia a esse tempo com ele em casa manteúda, como marido e mulher, em tal caso mandamos que seja logo feito inventário de todos os bens, que por sua morte ficaram; o qual assim feito, sejam logo postos em guarda por conta e recado em mão do homem fiel, até que achado seja por direito a quem pertence, e aquele, a que forem julgados, sejam-lhe entregues, como for direito. In Ordenações Afonsinas: Livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Título XII, p. 76-78 *apud* CARVALHO NETO, 2007, p. 48-49.

²⁶³ AZEVEDO, 2001, p. 85-86.

Já nas Ordenações Filipinas houve a consagração do cônjuge²⁶⁴ na ordem de vocação hereditária, embora gozando de posição totalmente desprivilegiada, ou seja, sendo chamado após os descendentes e, colaterais até o décimo grau²⁶⁵.

Posteriormente, no reinado de D. José I foi introduzido, no Direito Português, o Princípio do *saisine*²⁶⁶, por meio do Alvará de 1754, sem, no entanto, qualquer espécie de alteração na ordem de vocação hereditária introduzida pelas Ordenações Filipinas²⁶⁷.

Adiante, o Brasil alcançou sua Independência e, logo sua Proclamação como República, mas, mesmo assim, as Ordenações Filipinas alcançaram o século XIX²⁶⁸, permanecendo em vigor até 1916²⁶⁹. Desse modo, era cada vez maior a necessidade de uma nova legislação civil que atendesse as necessidades daquela época.

Frente a esse quadro, inúmeras foram as tentativas para se elaborar um Código Civil após a Independência, tanto é, que a Constituição Federal de 1824, em seu artigo 179, inciso XVIII previa que “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e equidade”²⁷⁰.

No entanto, todas as investidas anteriores ao Código Civil de 1916 restaram infrutíferas, sobrevivendo às disposições das Ordenações Filipinas acerca da ordem de vocação hereditária²⁷¹.

O quadro a seguir, esboça a ordem de vocação hereditária, demonstrando a forma de distribuição da herança até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, época

²⁶⁴ Neste período, 1603, é importante lembrar a ocorrência de flagrante incongruência entre as disposições das Ordenações Filipinas, ou seja, primeiro prevê o matrimônio sem formalidades ou regras religiosas, mas determina, juntamente com a Lei de 13/11/1651, o fiel cumprimento das regras instituídas pelo Concílio de Trento, acarretando, com isto, a negação dos casamentos presumidos ou clandestinos e das relações concubinárias, conforme já enfatizado no Capítulo anterior, p. 06.

²⁶⁵ MONTEIRO, 1977, p. 88.

²⁶⁶ O conceito deste Princípio será objeto do próximo tópico.

²⁶⁷ CARVALHO NETO, 2007, p. 53-55.

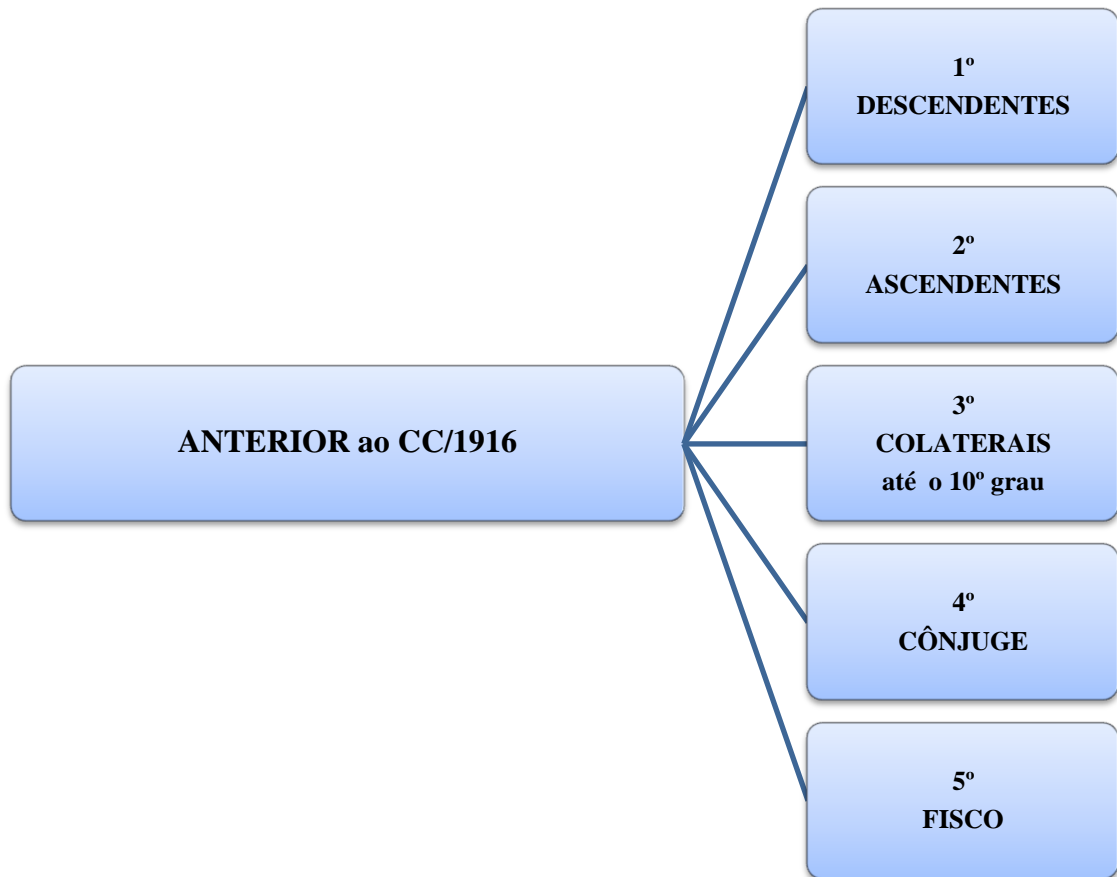
²⁶⁸ Conforme já noticiado no Capítulo anterior, p. 16, e nota de rodapé n. 123, “foram confirmadas, para vigerem no Brasil, as Ordenações Filipinas, pela Lei Imperial de 20 de outubro de 1823”.

²⁶⁹ CARVALHO NETO, 2007, p. 62.

²⁷⁰ Eis a íntegra do artigo, “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. Fonte <<http://www.pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil1824.html>>. Acesso em: 19 de mar. 2009 às 19:06.

²⁷¹ Oportuno trazer à baila as críticas de BEVILÁQUA (2000, p. 134-135) acerca da vocação dos colaterais até de 10º grau, ou seja, entre parentes de tamanha distância, perde-se a unidade da família e, por conseqüência o propósito da sucessão, uma vez que não se distingue mais o parente do conterrâneo.

em que a classe²⁷² preferencial da ordem excluía totalmente os herdeiros das classes posteriores²⁷³:



Para superar as malsinadas tentativas, Clóvis Beviláqua foi contratado para a elaboração do Código Civil brasileiro, oportunidade em que desenvolveu seus trabalhos sob os ditames da legislação alemã, francesa, do Esboço de Teixeira de Freitas e do Projeto de Coelho Rodrigues.

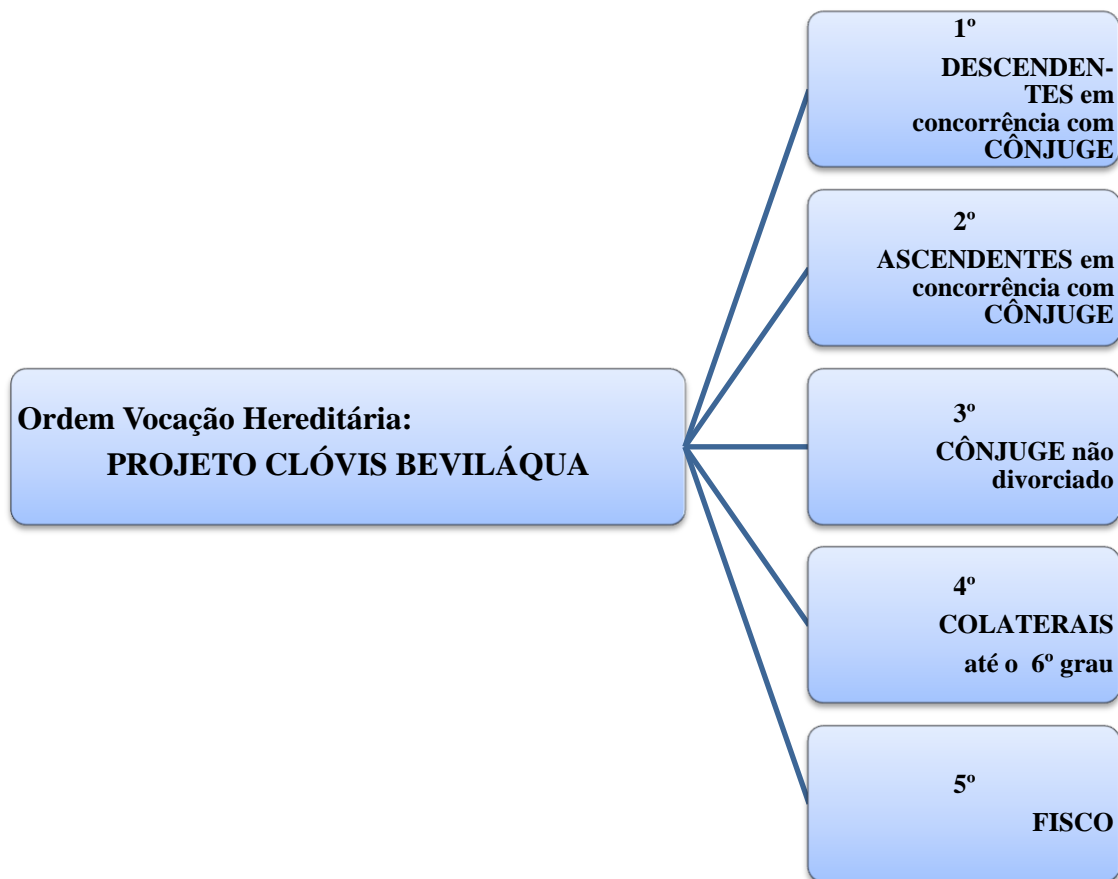
A entrega se deu no ano de 1899 e, após inúmeras revisões e emendas²⁷⁴, foi rechaçada a proposta apresentada pelo Projeto de Beviláqua para a ordem de vocação

²⁷² Ensina DIAS que quatro são as classes de herdeiros que serão chamados a suceder, ou seja, os descendentes, ascendentes, cônjuges e parentes colaterais, conforme hoje dispõe o artigo 1.829 do novo Código Civil. No entanto, dentro das próprias classes existe uma ordem preferencial, qual seja os que detêm grau mais próximo excluem os demais; in: DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 120-122. Já PACHECO prefere designar “classe” por “linhas”, no entanto com o mesmo significado; para maiores esclarecimentos ver PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. revista e atualizada. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996. p. 110.

²⁷³ Acerca da ordem de vocação hereditária dos colaterais [sucedião até o décimo grau] ver PACHECO (1996, p. 110).

hereditária, para, então se adotar o sistema da Lei de Feliciano Pena, por meio do Decreto 1.839 de 31 de dezembro de 1907²⁷⁵.

Abaixo, respectivamente, segue o quadro sinóptico da proposta apresentada pelo Projeto de Clóvis Beviláqua²⁷⁶ acerca da ordem de vocação hereditária, e posteriormente do adotado pelo Código Civil de 1916, o qual abrigou o sistema da Lei de Feliciano Pena:



Merece destaque a ordem de vocação hereditária proposta por Clóvis Beviláqua, pelos seguintes motivos:

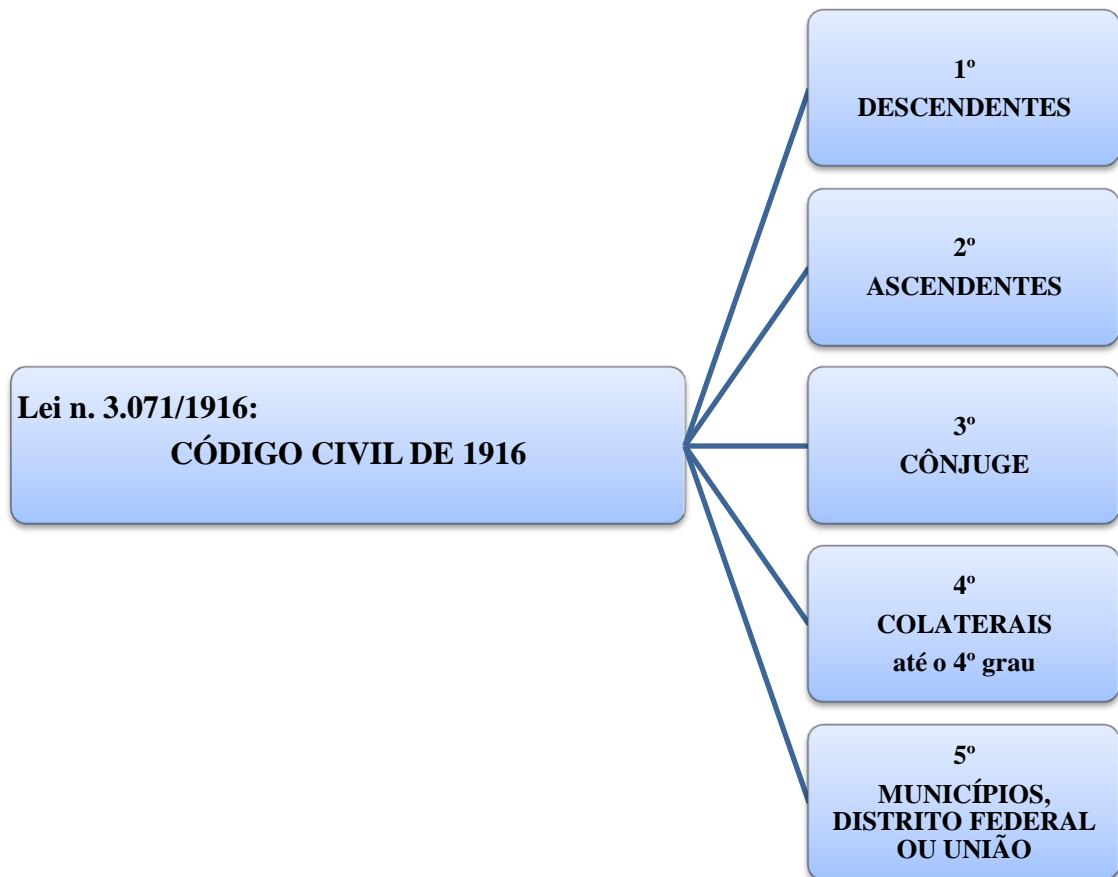
²⁷⁴ Como assinala CARVALHO NETO (2007, p. 89), após a nomeação de várias comissões pelo governo e, conseqüentes revisões, “O projeto permaneceu no Senado até 1912 e foi devolvido no último dia desse ano à Câmara, com 1.736 emendas, sendo que apenas 186 modificaram, no fundo, o Projeto.”

²⁷⁵ CARVALHO NETO, 2007, p. 86-97.

²⁷⁶ De acordo com CARVALHO NETO (2007, p. 90) a proposta do Projeto de Código Civil apresentado por Clóvis Beviláqua seguia a seguinte divisão: Introdução (aprovada com Lei de Introdução ao Código Civil); Parte Geral (dividida em três Livros: Pessoas, Bens e Nascimento e extinção de direitos) e Parte Especial (dividida em quatro Livros: Direito da Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões).

- a) Buscava amparar o cônjuge sobrevivente e não divorciado, fazendo-o concorrer com os herdeiros de **primeira** (“uma porção de bens igual à de um filho”²⁷⁷) ou de **segunda** (“uma porção igual à de cada um dos ascendentes com quem concorrer”.²⁷⁸) classe²⁷⁹, salvo se casado pelo regime de bens que lhe garantisse a metade do patrimônio da família;
- b) Porque o cônjuge, juntamente com os descendentes e os ascendentes, era herdeiro necessário, sendo a legítima composta por **dois terço** da herança.

Tal proposta, embora não abrigada, representou um grande avanço para a mentalidade jurídica da época, adiantando “o que de fato só ocorreria um século mais tarde com o novo Código”²⁸⁰. Eis, então, a ordem de vocação hereditária no Código Civil de 1916, a qual abrigou o sistema da Lei de Feliciano Pena:



²⁷⁷ CARVALHO NETO, 2007, p. 91.

²⁷⁸ CARVALHO NETO, 2007, p. 91.

²⁷⁹ Vale lembrar que na existência da primeira classe de herdeiros – descendentes, a segunda restava excluída e, assim, sucessivamente, conforme relembra CARVALHO NETO (2007, p. 90-92).

²⁸⁰ CARVALHO NETO, 2007, p. 92.

Bem se sabe que o primeiro Código Civil brasileiro foi sancionado em 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor no ano de 1917²⁸¹, emergindo, com isso, a primeira codificação brasileira acerca das relações privadas²⁸². Basicamente, esse Código foi dividido em Parte Geral e Parte Especial²⁸³, esta dividida em quatro Livros. O Direito Sucessório foi disciplinado na Parte Especial, Livro IV, o qual foi subdividido em outros quatro Títulos²⁸⁴.

Como já explanado, o Código Civil de 1916 foi fruto do Projeto de Clóvis Beviláqua, mas inúmeras alterações foram realizadas até a sanção dele e, dentre elas, estava o Direito Sucessório²⁸⁵, o qual passou a adotar as modificações sugeridas pela Lei de Feliciano Pena.

Abaixo, percebe-se, então, a mudança na ordem de vocação hereditária do Código Civil de 1916 em comparação com a proposta de Clóvis Beviláqua:

- a) O cônjuge passou a ocupar a **terceira classe** na ordem de sucessão hereditária, mas **sem concorrer** com os herdeiros de primeira ou de segunda classe; já Clóvis Beviláqua havia proposto a concorrência²⁸⁶;

²⁸¹ CARVALHO NETO, 2007, p. 63-92.

²⁸² Inúmeras foram as tentativas para se elaborar um Código Civil após a Independência do Brasil, tanto é, que a Constituição Federal de 1824, em seu artigo 179, inciso XVIII previa que “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e equidade”. As investidas anteriores ao Código Civil de 1916 foram, respectivamente, a Consolidação das Leis Civis realizada por Teixeira de Freitas e aprovada pelo Imperador em 24 de dezembro de 1858; Consolidação esta proclamada por Clóvis Beviláqua como nosso primeiro Código Civil. Posteriormente, o mesmo jurista, Teixeira de Freitas, foi contratado, pelo Decreto 2.337 de 11 de janeiro de 1859, para elaborar o Projeto de Código Civil. Infelizmente, não findou tal empreitada, por fadiga cerebral; mas o trabalhado até então desenvolvido conquistou grande respeito e admiração; Teixeira de Freitas foi, inclusive, proclamado o “Savigny americano”, no Uruguai, na Argentina e no Paraguai, haja vista, que o esboço confeccionado por ele “[...] influenciou grandemente o Código Civil argentino de 1865, o do Uruguai e de outras repúblicas hispano-americanas” (CARVALHO NETO, 2007, p. 72). Frustrada a primeira tentativa, foi contratado Nabuco de Araújo, em 1872, para a tarefa de elaboração do Código Civil, no entanto, faleceu sem findar seus trabalhos. Seguiu-se, então, em 1881 a contratação de Joaquim Felício dos Santos, cujos trabalhos não lograram êxito em sua finalização, especialmente, em face da Proclamação da República. Já em tempos da República emergiram o Projeto de Coelho Rodrigo, a Consolidação de Carlos de Carvalho, para, então, em 1899 contratar-se o cearense Clóvis Beviláqua para a elaboração do Código Civil brasileiro. O trabalho desenvolvido baseou-se na “legislação alemã, na francesa, no Esboço de Teixeira de Freitas e no Projeto de Coelho Rodrigues” (CARVALHO NETO, 2007, p. 87) e foi entregue em 1899; mas após idas e vindas, foi aprovada a redação intitulada como Projeto 168-A, em 26 de dezembro de 1915, sancionado em 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor um ano após. Demais exposições realizadas com base no mesmo Autor e obra, CARVALHO NETO (2007, p. 63-92).

²⁸³ Os quatro Livros que integravam a Parte Especial: Família, Coisas, Obrigações e Sucessões.

²⁸⁴ Os Títulos tratavam da Sucessão em geral; Sucessão legítima; Sucessão testamentária e Inventário e partilha.

²⁸⁵ CARVALHO NETO, 2007, p. 86-92.

²⁸⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61.

b) O cônjuge **herdava** em qualquer regime de bens, pois este não tinha ligação com o direito sucessório²⁸⁷, ou seja, não era herdeiro, somente meeiro²⁸⁸;

c) Somente os descendentes e os ascendentes foram arrolados como **herdeiros necessários**. O cônjuge foi excluído de tal classificação, diferentemente do quanto proposto por Clóvis Beviláqua; com isso, o *de cujus* poderia testar todo o seu patrimônio na ausência de herdeiros necessários, excluindo o próximo herdeiro na linha da ordem de sucessão, o cônjuge sobrevivente²⁸⁹.

Vislumbra-se pelo quanto exposto, a trajetória evolutiva do Direito Sucessório no Brasil²⁹⁰, no entanto, a idade mental do Código de 1916 era do final do século XIX, mas especificamente do ano de 1899²⁹¹ e sua essência, em muito desatualizada para aqueles dias. Pautava-se aquele Código, primordialmente, em relações jurídico-patrimoniais, justificando, com isso, a importância dada aos contratos e contratantes abastardos, ao proprietário da riqueza imobiliária, ao chefe de família (marido e pai) aristocrata e rico e, finalmente, ao testador dotado de inestimável patrimônio²⁹².

Ademais, não se tratava, apenas, de um invólucro patrimonial permeando as relações humanas daquela época, mas sim, de um cunho patrimonial como a própria essência da realidade vivenciada à época. Reflexo disso, o cerne patrimonialista dado à Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 [o Código Civil de 1916]²⁹³, alicerçada, também, no modelo tradicional de família e nos dogmas estanques da Igreja Católica.

²⁸⁷ GOMES (2002, p. 61), no entanto, alerta que “Passou a exercer, como se verá adiante, conquanto excepcionalmente, com a lei permissiva do reconhecimento dos filhos adulterinos, e, em caráter geral, com a aprovação do estatuto da mulher casada”.

²⁸⁸ Sobre o tema PACHECO (1996, p. 205) explica que “O cônjuge supérstite não é herdeiro necessário. São-no o descendente e o ascendente sucessível (art. 1.721, CC). Contudo, à falta destes, defere-se àqueles a sucessão, ao tempo da morte do outro, se não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

²⁸⁹ GOMES, 2002, p. 61-62.

²⁹⁰ Um avanço em relação ao direito anterior (Ordenações), que arrolava o cônjuge sobrevivente em quarta classe na ordem de vocação hereditária, após, inclusive, aos parentes colaterais de até 10º grau.

²⁹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 85.

²⁹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. XV.

²⁹³ O qual entrou em vigor no ano de 1917. Informações obtidas no site <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em 12 jan. 2009 às 09:02.

Diante desse quadro, iniciou-se à época a batalha para as correções e readequações do novo, mas já antigo Código Civil²⁹⁴. E, em pouco tempo, surgiram os primeiros trabalhos para elaboração de uma nova codificação civilista. Dentre eles, destacou-se o Anteprojeto de Orlando Gomes²⁹⁵ em 1963 e o Projeto de 1975.

O Projeto de Lei n. 3.263/1965 – de Orlando Gomes – contemplou entre os seus quatro Livros, o “Do direito das sucessões” que, em suma, apresentou as seguintes propostas para modificações neste instituto²⁹⁶:

- a) A ordem de vocação hereditária com a mesma ordem do Código Civil de 1916, mas, excepcionalmente, o cônjuge sobrevivente teria o direito de **concorrer** com os herdeiros em linha reta (descendentes e ascendentes) se **não** fosse casado sob o regime da comunhão universal de bens e se inexistissem descendentes ou se nenhum dos descendentes fossem filhos comuns do cônjuge supérstite com o *de cujus*;
- b) Um **novo rol** para os **herdeiros necessários**: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente;
- c) A legítima representando **75%** (setenta e cinco por cento) da herança, diante da concorrência de cônjuge sobrevivente com descendentes ou ascendentes.

O profundo anseio e trabalho realizado por Orlando Gomes, no afã de se readequar a codificação civilista às mudanças sociais do mundo moderno²⁹⁷, não foram suficientes para alçar respaldo em meados da conturbada década de sessenta. Vale, então, transcrever algumas palavras do então Presidente da Comissão Especial – Nelson Carneiro

²⁹⁴ A primeira emenda deu-se em 15 de janeiro de 1919, com a Lei n. 3.725. Posteriormente, veio a Lei de Proteção à Família, no ano de 1941, seguida pela Lei 883 de 1949, pelo Estatuto da Mulher Casada, pelos reflexos do Código de Processo Civil de 1973, pela Lei do Divórcio, pela Lei 6.858 de 1980, conforme CARVALHO NETO (2007, p. 98-111.)

²⁹⁵ No governo de Jânio Quadros foi criado, no Ministério da Justiça, o Serviço de Reforma dos Códigos por meio do Decreto n. 51.005, de 20 de julho de 1961. Posteriormente, no governo de João Goulart o plano de reformas foi reformulado e, juristas de elevado prestígio foram contratados para a elaboração dos Anteprojeto. Orlando Gomes, em 1963, lavrou o Anteprojeto do Código Civil, tomando por bases os Códigos Civis suíço, italiano, grego, mexicano e peruano, além da reforma do Código Civil francês; conforme CARVALHO NETO (2007, p. 114.)

²⁹⁶ CARVALHO NETO, 2007, p. 114-120.

²⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. xvi.

– acerca deste Projeto do Código Civil, vislumbrando-se nesse contexto o perfil daquela época²⁹⁸:

Discute-se a oportunidade de nosso trabalho numa hora em que pesado silêncio cai sobre todos os espíritos, como se a Nação se houvesse transformado num imenso convento da Ordem dos Cartuxos, e seus irmãos apenas quebrassem o mutismo para lembrar um ais outros a inevitabilidade da morte. Os que se acreditam mais prudentes lembram a palavra de Eclesiastes: *tempus tacendi, tempus loquendi*: há horas de calar e há horas de falar. Já Carnelutti advertia que ‘nem todos os homens sabem escutar. Não é o mesmo escutar que ouvir. Ouvem-se as palavras; o silêncio se escuta’. Rompamos as brumas dessa terrível solidão, e convoquemos a quantos podem colaborar em tarefa tão nobre quão difícil para o grande diálogo da reformulação dos institutos jurídicos, que regulam a capacidade civil, estruturam a família, disciplinam a propriedade e seu uso, traçam normas a vigorar após e além túmulo. [...] Ora, na hora atual, estamos em plena crise moral, política e econômica, e não há acordo de espíritos sobre nenhuma solução. Não se codifica um direito em plena evolução²⁹⁹.

Com isso, o Projeto foi retirado de cena pelo governo, por meio da Mensagem 393, de 21 de junho de 1966³⁰⁰. Adiante, nova comissão foi composta em 1967, para revisão do Código Civil sob a supervisão do jurista e filósofo Miguel Real³⁰¹. Após revisões, emendas e alterações, o Projeto definitivo foi apresentado ao governo³⁰², que o enviou ao Congresso Nacional em 10 de junho de 1975³⁰³.

Posteriormente, em 1983, o Projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados³⁰⁴; retornando ao Senado³⁰⁵, novas discussões foram levantadas e, 360 emendas apresentadas, no entanto restou arquivado. Somente no ano de 1991 desarquivaram-no, competindo a Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves a reestruturação do Projeto³⁰⁶. O Senado aprovou-o no ano de 1997 e, a Câmara após readequar “às alterações constitucionais e legais promulgadas desde a sua apresentação em 1975”³⁰⁷, finalmente o

²⁹⁸ CARVALHO NETO, 2007, p. 115-117.

²⁹⁹ Conforme Ata da comissão especial publicada eletronicamente, em CD-Rom, em Brasília pelo Senado Federal em 2002 e, transcrita por CARVALHO NETO (2007, p. 115-116), em nota de rodapé de n. 13.

³⁰⁰ CARVALHO NETO, 2007, p. 115-116.

³⁰¹ Competindo a Torquato Castro a parte atinente ao Direito das Sucessões, CARVALHO NETO (2007, p. 120).

³⁰² De Ernesto Geisel, conforme explicação de CARVALHO NETO (2007, p. 120).

³⁰³ Completando o pensamento, expõe CARVALHO NETO (2007, p. 121) que o Presidente Ernesto Geisel enviou o Projeto do Código Civil ao Congresso Nacional “por meio da Mensagem 160, sendo transformado no Projeto de Lei 634-B, de 1975, do Poder Executivo”.

³⁰⁴ Com publicação da redação final em 17 de maio de 1984, CARVALHO NETO (2007, p. 121).

³⁰⁵ Como Projeto 118, de 1984, segundo exposição de CARVALHO NETO (2007, p. 121).

³⁰⁶ Sob a “relatoria do Senador Josaphat Marinho”; CARVALHO NETO (2007, p. 121).

³⁰⁷ Ao voltar à Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 1997, o Projeto já estava em tramitação há mais de três legislaturas, prescindindo, então, de uma revisão para readequá-lo “às alterações constitucionais

aprovou em 20 de novembro de 2001. Pelo Presidente da República foi, então, sancionado em 10 de janeiro de 2002 – Lei n. 10.406/2002 – publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002, entrando em vigor um ano após³⁰⁸.

Em sendo assim, ao se visualizar a trajetória percorrida – Ordenações do Reino, Projetos e Consolidações, Código Civil brasileiro de 1916, novos Anteprojetos e Projetos – até a vigência da nova codificação civilista, nota-se que o palco germinativo do Direito Sucessório no Brasil é irregular, por vezes inconstante e de improviso, mas marcado por transformações, que ora avançam e noutras retrocedem.

Merece destaque, por fim, que o Código Civil de 2002 trouxe pela primeira vez à baila a regulamentação à união estável, bem como, a alusão, embora tímida e censurada, à sucessão hereditária dos companheiros; ponto esse objeto de estudo em tópico futuro.

2.2 Direito Sucessório: noções fundamentais

Frente ao quanto exposto anteriormente, o que se entender por Direito Sucessório? O que enseja sucessão, autor da herança, herdeiro ou sucessor, herança ou espólio, sucessão aberta, quinhão hereditário, ordem de vocação hereditária ou ordem da sucessão, Princípio da *saisine*? Esses, dentre outros, são conceitos imprescindíveis no bojo desta pesquisa, pois não há como se aquilatar a ocorrência de tratamento discriminatório ou maquiado de uma lei diante de determinados fatos e situações, se não restar cristalino o que realmente representa as ferramentas de seu manejo.

Frente a essa necessidade, buscar-se-á introduzir linhas gerais acerca do Direito Sucessório e, o suporte inicial para tanto, é de BEVILÁQUA³⁰⁹, que há muito já esclarecia que, os ‘direitos civis’ eram compreendidos por duas grandes categorias³¹⁰: a dos Direitos das Pessoas e a dos Direitos dos Bens. A primeira atrelada às modalidades

e legais promulgadas desde a sua apresentação em 1975.”, para ser discutido finalmente na Câmara dos Deputados. CARVALHO NETO (2007, p. 121).

³⁰⁸ CARVALHO NETO, 2007, p. 121-122. Em mesmo sentido, GAMA (2007, p. xvii-xix).

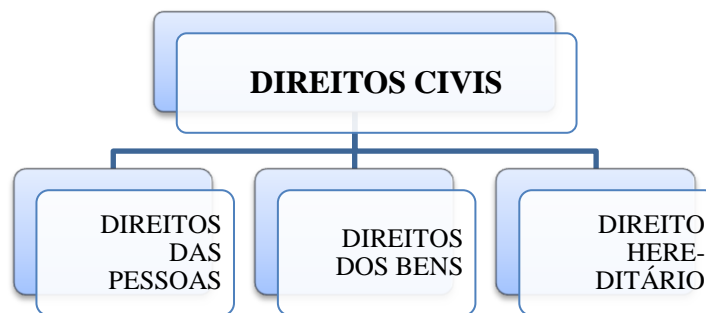
³⁰⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000. p. 51-52.

³¹⁰ Em mesmo sentido GOMES, Orlando. **Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. IX., reitera a precisa conexão “com duas instituições básicas do ordenamento jurídico de qualquer povo, como são a *família* e a *propriedade*”. E prossegui, “Seu estudo pressupõe o conhecimento das outras partes especiais do direito civil. Por efeito da morte, transmitem-se, e se constituem *direitos reais*. A *sucessão* é um dos *modos de aquisição* da propriedade. *Créditos e obrigações* passam aos sucessores *causa mortis*. O *testamento* é negócio jurídico. A *sucessão legítima* descansa no *Direito de Família*, e assim por diante.”

diversas da personalidade, como: a nacionalidade, o domicílio, o nome³¹¹; enquanto a segunda, composta por dois outros grupos: o da propriedade e o das obrigações³¹².

Para BEVILÁQUA³¹³, as especificidades da sucessão mesclavam-se entre as duas grandes categorias – dos Direitos das Pessoas e dos Direitos dos Bens – entrelaçando-se ora com o Direito das Coisas e da Família, ora com o das Obrigações e das Pessoas, para, então, adquirir-se direitos reais e/ou obrigacionais. Isso o levou a incluir um terceiro item nesta grande classificação, o Direito Hereditário³¹⁴.

O quadro abaixo representa a classificação dada por BEVILÁQUA:



A partir disso, o Direito Sucessório conquistou sua independência na classificação dos ‘Direitos Civis’; autonomia essa reiterada por GOMES³¹⁵ “porque encerra princípios e figuras que, embora conservem afinidade com relações patrimoniais *inter vivos*, distinguem-se e pedem disciplina orgânica.”

Um universo próprio emergiu, e com ele princípios, conceitos e noções próprias e particulares acerca desta nova categoria. Por isso, a importância num primeiro momento, de trazer à baila certos esclarecimentos sobre os seguintes termos ou expressões:

- a) **Sucessão**³¹⁶: vocábulo possui mais de uma acepção³¹⁷, no entanto, a festejada neste momento, refere-se àquela oriunda da acepção jurídica e

³¹¹ Salienta BEVILÁQUA (2000, p. 51) que neste grupo “estão compreendidos aqueles direitos que nascem das relações de família, as quais, por seu turno, modificam, particularmente, a existência das pessoas”.

³¹² Ou como menciona BEVILÁQUA (2000, p. 51), direitos de crédito.

³¹³ BEVILÁQUA, 2000, p. 51-52.

³¹⁴ Clóvis Beviláqua adota a nomenclatura de Direito Hereditário, no entanto, a denominação adotada neste trabalho será Direito Sucessório, a exemplo do Código Civil de 1916 e, do atual Código Civil.

³¹⁵ GOMES, 2002, p. 01.

³¹⁶ BEVILÁQUA (2000, p. 57) alerta para dois vocábulos, **herança e sucessão**, pois a sucessão em seu sentido subjetivo “é o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; no sentido objetivo, é o

restrita, ou seja, a expressão utilizada para “representar exclusivamente a sucessão *causa mortis*, ou hereditária, ou seja, a passagem dos bens em razão do falecimento de seu titular”³¹⁸.

b) **Autor da Herança ou Inventariado ou *de cuius***: é a pessoa física que veio a óbito³¹⁹;

c) **Herdeiro ou Sucessor**: são expressões equivalentes, significando o indivíduo que passará a ocupar a titularidade das relações jurídicas da pessoa que veio a falecer, substituindo-a. Há várias espécies de herdeiros ou sucessores, são elas: herdeiro legítimo, herdeiro legatário, herdeiro testamentário, herdeiro necessário ou reservatário e o herdeiro universal³²⁰.

d) **Herança ou Patrimônio Inventariado ou Espólio**: Os termos acima, de modo geral³²¹, são uniformes e, expressam a “totalidade de

acervo de bens que constitui a herança”. E recomenda chamar de “*sucessão ao direito, e herança ao acervo de bens*”. (sem negrito no original)

³¹⁷ Isto é, em sentido genérico expressa, “virem os fatos e fenômenos jurídicos “uns depois dos outros” (*Sub+cedere*)” segundo PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VI, p. 01., enquanto no contexto jurídico, pode ser compreendida de forma ampla ou restrita; ou seja, lato senso representa “o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam.”, segundo magistério de MONTEIRO (1977, p. 01).

³¹⁸ CAHALI; HIRONAKA, 2007. p. 24.

³¹⁹ CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 23.

³²⁰ CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 24), neste sentido, também, MONTEIRO (1977, p. 20). Merece destaque a diferença marcante entre **herdeiro e legatário**; o primeiro sucede a título universal [ou seja, sucede com a transferência total das relações jurídicas concernentes ao patrimônio do falecido], enquanto o segundo a título singular [a sucessão limita-se a objeto determinado, que não perde sua individualidade; ademais, “O legatário não representa o defunto”.], conforme explica GOMES (2002, p. 05-06; 08).

³²¹ Esclarece com profundidade OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. 4. ed. **Tratado de direito das sucessões**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1, p. 59-60 que, “A expressão herança é empregada em dois sentidos – lato e restrito: **I – No sentido lato**, a herança é uma universalidade de direito (*universitas juris*), existindo mesmo sem objetos materiais que acompanham, consistindo em meros direitos e podendo, até, liquidar-se em encargos; e por isso não se confunde com a universalidade de fato (*universitas facti*), que é o complexo de coisas determinadas por quantidade, qualidade, número, medida ou por outra qualquer indicação específica, como o lugar, a natureza do objeto etc. Neste sentido próprio e técnico, diz-se que a herança é uma universalidade de direitos, enquanto o legado é uma universalidade de fato. Assim, a herança compreende a universalidade de todos os direitos ativos e passivos, de todos os bens móveis, imóveis e semoventes, tais quais existiam ao tempo da morte do *de cuius*. Neste sentido lato, a palavra herança é sinônimo de: sucessão, monte-mor, acervo comum, espólio e monte de herança. **II – No sentido restrito**, a herança só compreende os bens partíveis, também chamados de alodiais, indicando o patrimônio enquanto objeto de transmissão ao herdeiro, ou como objeto do direito hereditário propriamente dito. Assim, **somente após a dedução do passivo devido aos credores é que há herança propriamente dita e**, conseqüentemente, quando os herdeiros e legatários poderão receber, mediante partilha, as suas heranças e legados. Neste sentido restrito, a palavra herança é sinônima de: monte partível, quinhão hereditário, quota hereditária, legítima etc”. (sem negritos no original)

relações econômicas, essa universalidade de direitos e obrigações”³²², observado no momento em que a pessoa falece; é o que do falecido sobrevive. BEVILÁQUA conceitua herança como “a universalidade dos bens que alguém deixa por ocasião de sua morte, e que os herdeiros adquirem. É conjunto de bens, o patrimônio, que alguém deixa ao morrer”³²³ .;

e) **Sucessão aberta:** Com a morte da pessoa física, seu patrimônio sobrevive, o qual reclama um novo proprietário, desta forma, a sucessão aberta significa “que o patrimônio reclama novo proprietário em substituição do primeiro;”³²⁴. Esta transmissão será efetivada mediante dois pressupostos: a) morte do *de cuius* e, b) sobrevivência do beneficiário. Ademais, a sucessão considera-se aberta com a morte do falecido³²⁵;

f) **Quinhão Hereditário:** É sinônimo de herança em seu **sentido restrito**, ou seja, “após a dedução do passivo devido aos credores [...] quando os herdeiros e legatários poderão receber, mediante partilha, as suas heranças e legados.”³²⁶

g) **Ordem de Vocação Hereditária ou Ordem da Sucessão:** é “a distribuição dos sucessíveis em classes das quais umas preferem às outras na adição da herança”³²⁷, ou seja, .

h) **Princípio da *saisine*:** princípio expresso na regra tradicional do direito gaulês – *le mort saisit le vif* – e, “Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão, investe-se o herdeiro no domínio³²⁸ e posse dos bens constantes do

³²² BEVILÁQUA, 2000, p. 58.

³²³ BEVILÁQUA, 2000, p. 57.

³²⁴ BEVILÁQUA, 2000, p. 58-59.

³²⁵ BEVILÁQUA, 2000, p. 58-59.

³²⁶ OLIVEIRA, 1952, p. 60.

³²⁷ Conforme BEVILÁQUA (2000, p. 125.) que enfatiza, também, que a organização e distribuição destas classes estão intimamente ligadas com as relações familiares, sendo este reflexo do modo pelo qual “os povos têm tido modos diferentes de conceber e de organizar a família, que a ordem da sucessão tanto tem variado no trânsito dos séculos.”

³²⁸ NOGUEIRA (2007, p. 17-18) alerta para a diferença trazida pelo novo Código no que tange à regra do direito da *saisine*, ou seja, o Código Civil de 1916 mencionava que “o domínio e a posse da herança transmitem-se”, enquanto o novo Código Civil estabelece, apenas, que “a herança transmite-se”. A mudança,

acervo hereditário”³²⁹. Deste princípio decorrem dois efeitos de suma importância: a data do óbito determina a **legislação aplicável** à sucessão aberta, e a **identificação dos herdeiros** já existentes, concebidos ou beneficiados em testamento como prole eventual³³⁰.

Por outra banda, o Direito Sucessório, ou Hereditário como preferia BEVILÁQUA, pode ser tido como “o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir”³³¹.

Nesse diapasão, o conceito de Direito Sucessório em dias atuais não sofreu alterações desde a época de BEVILÁQUA; senão vejamos outros, como: “o conjunto de regras e complexo de princípios jurídicos pertinentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores.”³³², ou ainda, o “conjunto de normas que rege a transmissão do patrimônio do falecido a seus sucessores por ocasião de sua morte”³³³.

Logo, no exato momento da morte de um indivíduo, a sucessão se encontrará aberta, independentemente de qualquer comunicação ou ciência, pois não se confunde com a abertura de inventário ou arrolamento. Desta forma, sucessão aberta expressa o início do direito hereditário³³⁴, lançando conseqüências de importância ímpar, pois neste momento será averiguado: a lei que regerá a sucessão³³⁵; quem serão os

explica este autor, foi proposital e, com a finalidade de se aprimorar o rigor técnico, já que, o significado de domínio restringe o que enseja propriedade. Logo, não resta dúvida que, com a abertura da sucessão, transmite a herança, em sentido lato, ou seja, a propriedade e a posse de todo o patrimônio do *de cuius*.

³²⁹ MONTEIRO, 1977, p. 16.

³³⁰ CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 36-37.

³³¹ BEVILÁQUA, 2000, p. 51.

³³² CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 20.

³³³ NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões**: comentários à parte geral e à sucessão legítima. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 01.

³³⁴ Nas palavras de GOMES (2002, p. 11).

³³⁵ A **lei material** que regerá a sucessão é aquela que se encontrava em vigor na data do falecimento, como bem expressa o art. 1.787 em combinação com o art. 2.041, ambos do novo Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”, fonte o site <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 fev. 2009 às 17:14. Já quanto à **lei processual ou instrumental**, segue a regra do art. 1.211 do Código de Processo Civil, ou seja, “Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.”, fonte o site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 11 fev. 2009 às 17:23.

sucessores; a transmissão imediata do domínio e da posse dos bens a inventariar³³⁶, o valor dos bens inventariados³³⁷ e, a universalidade³³⁸ do patrimônio³³⁹.

E com a abertura, a sucessão poderá configura-se sob uma das três espécies que lhe cabe³⁴⁰:

- a) **Legal ou legítima:** é a que decorre segundo as disposições da lei;
- b) **Testamentária:** é aquela que se opera, mediante a disposição que o *de cujus*, realizou em vida, acerca de seus bens, em testamento ou ato de última vontade, e
- c) **Mista:** é aquela que se materializa mediante a existência simultânea das duas espécies anteriores, ou seja, o *de cujus* deixou testamento ou disposição de última vontade, bem como, deixou herdeiros necessários, acarretando, com isso, a obrigatoriedade em se resguardar a legítima, em face do Princípio da liberdade limitada de testar.

Nesta feita, arremata-se que a morte é a causa instantânea que enseja a abertura da sucessão, sendo esta o próprio pressuposto para todo o direito sucessório³⁴¹. E a partir de então, que desabrocha “o conjunto de regras e complexo de princípios jurídicos pertinentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores.”³⁴² Justamente, neste contexto, que a pesquisa passará a examinar o conjunto de regras e complexo de princípios que envolvem o passamento das pessoas que comungaram uma vida por meio do matrimônio e/ou do companheirismo.

³³⁶ De acordo com o art. 1.784 do atual Código Civil, o qual consagrou o **Princípio da saisine**: “ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”; fonte o site <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2009 às 17:29.

³³⁷ GOMES, 2002, p. 13.

³³⁸ Conforme preceitua o art. 1.791 do atual Código Civil: “Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”, fonte o site <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2009 às 17:34.

³³⁹ NOGUEIRA, 2007, p. 02.

³⁴⁰ A exposição das espécies de sucessão tem por base a obra de NOGUEIRA (2007, p. 06-07) e, de GAMA (2007, p. 08-14).

³⁴¹ GOMES (2007, p. 12) esclarece que “o ponto de partida de todo o direito hereditário, podendo ser visualizada como seu *pressuposto*, a abertura da sucessão significa, obviamente, seu *começo*”.

³⁴² CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 20.

2.3 O perfil da sucessão hereditária no Código Civil de 2002

Neste ponto, o estudo projetar-se-á a analisar as nuances do Direito Sucessório do casamento e da união estável, especialmente diante da vigência do atual Código Civil. Salientando que este só disciplinará a sucessão do cônjuge que veio a óbito na vigência do novo Código, ou seja, a partir de 11 de janeiro de 2003, pois anteriormente a essa data, a sucessão será regida pela antiga codificação civilista³⁴³ em caso de matrimônio e, pela Lei n. 8.971/1994 ou Lei n. 9. 278/1996 em caso de companheirismo³⁴⁴.

Feito o parêntese, o exame focará tópicos e subtópicos determinados para melhor compreensão e distribuição didática da matéria, proporcionando, ao final deste capítulo, a ampla visualização se há ou não tratamento discriminatório no manejo da sucessão das pessoas que se unirem por meio do casamento e da união estável.

2.3.1 Análise do Direito Sucessório do cônjuge no Código Civil de 2002

As considerações adiante se referem à pessoa que teve o seu passamento³⁴⁵ sob o estado civil de casado, ou seja, àquele que contraiu núpcias sob o manto da codificação civilista; não bastando, por conseguinte, a simples existência do casamento religioso³⁴⁶ para sua configuração; é essencial a materialização do casamento civil nos termos do que dispõe o art. 1.514³⁴⁷ e seguintes do Código Civil de 2002³⁴⁸.

³⁴³ Cf. nota de rodapé de n. 332.

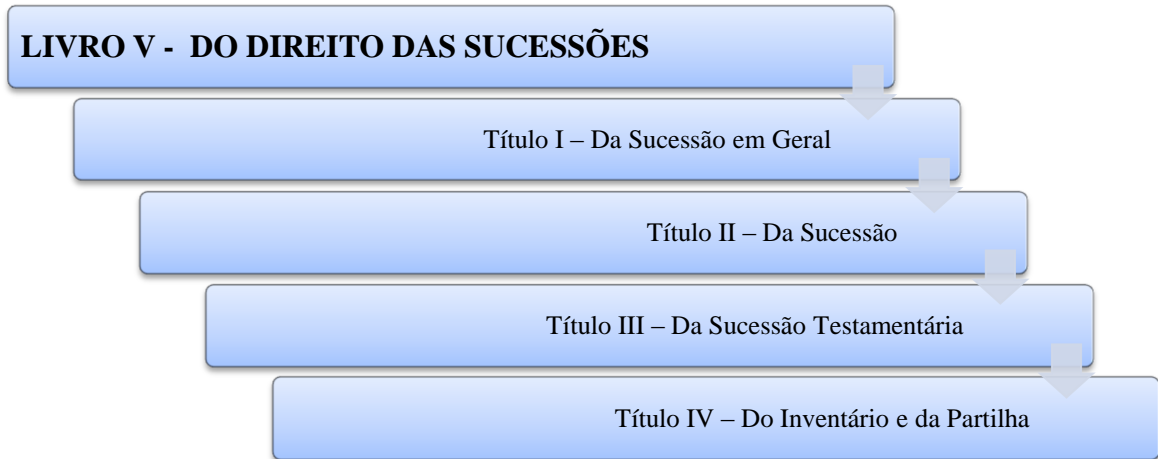
³⁴⁴ N item 1.3.1 do Capítulo 1, demonstrou-se a atenção dada por esta lei à sucessão hereditária dos companheiros, salientando-se, que se encontra revogada para as sucessões reguladas a partir da vigência do atual Código Civil.

³⁴⁵ Entenda-se falecimento.

³⁴⁶ Sobre a possibilidade de se alcançar efeitos civis ao casamento religioso, verificar os artigos 1.515 e 1.516 do atual Código Civil, artigos sem correspondência no Código Civil de 1916, que assim prescrevem: Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equiparase a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil. § 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532. § 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil. Fonte o site <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2009 às 16:27.

³⁴⁷ Que aduz *in verbis*: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”, fonte o site <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2009 às 16:19.

O Código Civil de 2002 trata do Direito Sucessório na Parte Especial, em seu Livro V, o qual é subdividido em quatro Títulos intitulados³⁴⁹, respectivamente por:



O tema da análise se concentrará nos Títulos I e II – do Livro destinado ao Direito das Sucessões – , ou seja, “Da Sucessão em Geral³⁵⁰ e “Da Sucessão Legítima”, pontos esses que evidenciam o enfretamento do problema proposto para esta pesquisa.

a) O cônjuge na ordem de vocação hereditária

Com o advento do atual Código Civil, a situação do cônjuge em muito restou melhorada, passando a ocupar a primeira³⁵¹ classe ou linha preferencial na ordem de

³⁴⁸ Predizendo, a Constituição da República reluz: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”, fonte o site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 fev. 2009 às 16:45.

³⁴⁹ Fonte de consulta, o site <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2009 às 16:53.

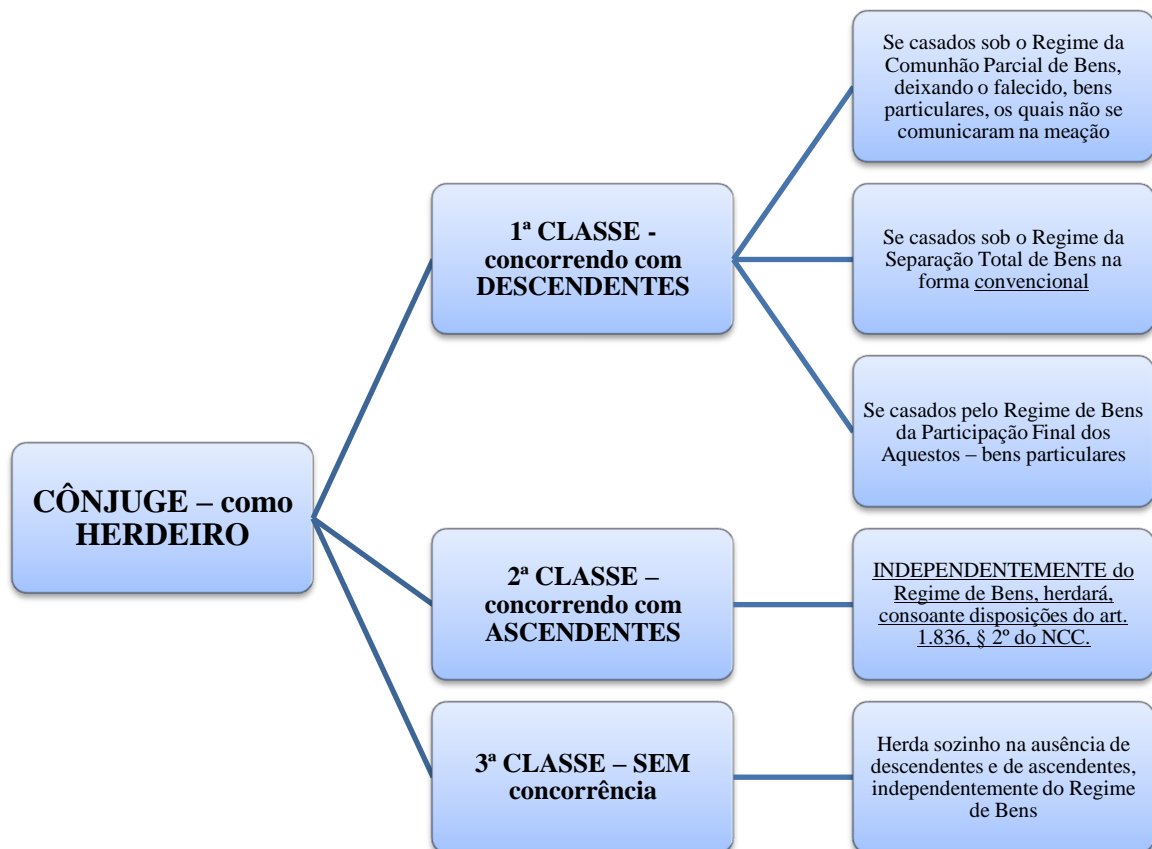
³⁵⁰ Cumpre salientar que nas “Disposições Gerais”, o legislador incluiu um artigo referente ao Direito Sucessório dos companheiros, cujo estudo e análise serão feitos adiantes em momento apartado.

³⁵¹ Para CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 166), o cônjuge passou a ocupar a primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes e ascendentes; em mesmo sentido GAMA (2007, p. 99) enfatizando que “Os vínculos de parentesco foram paulatinamente perdendo privilégio legal no curso da evolução da sucessão legítima no Brasil e, ao contrário, o casamento (de fato, e não de direito) foi recebendo maior amparo na legislação, atingindo o estágio atual – do art. 1.829, novo CC – com a colocação do cônjuge ao lado dos descendentes e dos ascendentes na ordem da vocação hereditária “. Já em sentido contrário, DANELUZZI (2004, p. 02-03) enfatiza que a concorrência se trata de sucessão anômala e não de ordem de preferência, in: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 02-03. Enquanto HIRONAKA, justifica a permanência das classes preferenciais, compondo os descendentes a primeira delas, dado a ligação e afeto ímpar, com o falecido, estando, o cônjuge, com isto em terceira ordem de preferência, mas concorrente com os descendentes e ascendentes; in: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. p. 427.

vocação se concorrer com os descendentes e, não existindo estes, passando a ocupar a segunda classe ou linha em concorrência com os ascendentes e, diante da inexistência destes, ocupando a terceira classe ou linha preferencial e herdando, exclusivamente, toda a herança, nos termos do que dispõe o seu art. 1.829³⁵².

Mas a forma exposta no art. 1.829 do novo Código Civil não é suficiente para se compreender a complexidade das regras para a nova ordem de vocação hereditária. Daí porque, socorrer-se da exposição didática recomendada por COELHO³⁵³, optando por se examinar os direitos sucessórios de cada familiar em separado, em nosso caso, mais especificamente, o do cônjuge, para, posteriormente, o do companheiro.

Para se introduzir, colaciona-se abaixo quadro sinóptico, buscando reluzir com maior clareza as possibilidades de o cônjuge viúvo participar na sucessão de seu esposo (a) falecido (a):



³⁵² Para ver a íntegra, por exemplo, a consulta no site

<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2009 às 16:53.

³⁵³ Ver COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família; sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 258.

Percebe-se pelo exposto, que o cônjuge poderá participar da sucessão consoante uma das três hipóteses específicas, mas para tal ocorrência é fundamental que se figure um pressuposto básico contido no art. 1.830 do Código Civil, ou seja, é condição *sine quo non* que ao tempo do falecimento não estivesse o casal separado judicialmente, muito menos divorciado, e nem separado de fatos há mais de dois anos.

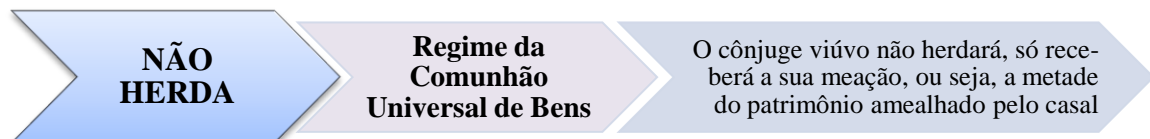
Acresce ainda, o art. 1.830 do mesmo Código, que será reconhecido o direito sucessório do cônjuge viúvo se restar comprovado que a separação de fato ao tempo do falecimento, não se deu por culpa do viúvo.

Tal ressalva é objeto de inúmeras críticas pelos doutrinadores, ora porque a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, ora pela dificuldade em se configurar a exatidão do momento da separação de fato, ora pela possibilidade de concorrência, na mesma sucessão, do cônjuge com o companheiro; ou até mesmo por reavivar a vetusta noção de “culpa” pelo rompimento do casamento³⁵⁴.

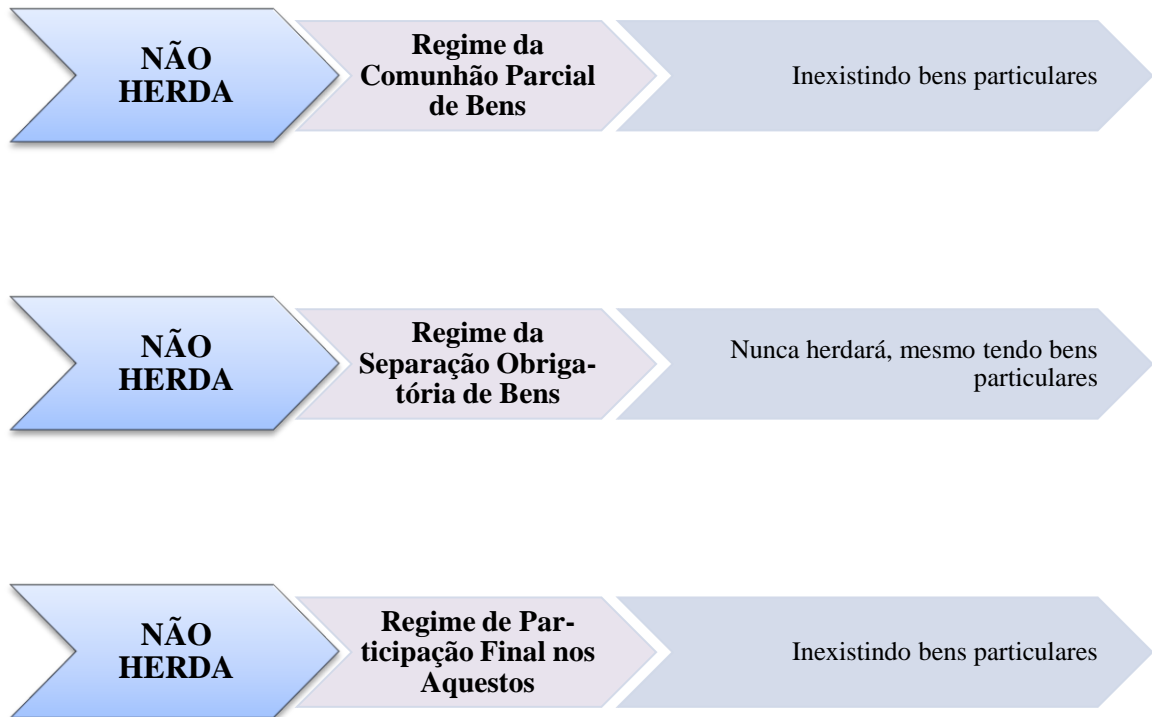
Visto, então, que o pressuposto que garantirá o direito sucessório do cônjuge é que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento; adiante passar-se-á a examinar os pontos de concorrência, delineados no quadro sinóptico anterior.

a.1) **Cônjuge**, como HERDEIRO, concorrendo com os descendentes (1ª classe ou linha)

A primeira hipótese cabível é que o cônjuge viúvo herdará concorrendo com os descendentes do falecido, mas para isto, é imprescindível se averiguar, primeiramente, qual o regime de bens que vigorava no casamento entre o (a) viúvo(a) e o finado. Abaixo segue os quadros referentes aos regimes de bens que possibilitarão ao cônjuge participar na sucessão:



³⁵⁴ Para maiores esclarecimentos ver, por exemplo, CARVALHO NETO (2007, p. 137-145;151-154); COLEHO (2009, p. 258); DIAS (2008, p. 133.) e CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 173-176). Corroborando, o Enunciado 100, da III Jornada de Direito Civil aduz que “Na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”, reforçando a retirada da “culpa” nas relações pessoas, fonte o site <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao>>. Acesso em: 13 abr. 2009 às 15:39.



Nos regimes de bens acima elencados, o cônjuge viúvo não participará como herdeiro na sucessão de seu consorte. Muitos justificam³⁵⁵ que a intenção do legislador era impedir o desamparo do viúvo com o passamento de seu esposo (a), de forma que, nos regimes da Comunhão Universal de Bens, da Comunhão Parcial de Bens (sem patrimônio particular) e de Participação Final nos Aquestos (sem bens particulares), caberá a ele a metade da totalidade dos bens, ou seja, a sua própria meação no patrimônio amealhado.

A dificuldade está em justificar a não participação do cônjuge viúvo quando casado este pelo Regime da Separação ‘Obrigatória’ de Bens, a teor do inciso I, do art. 1.829 do CC, ou seja, “ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único);”, já que, não terá direito a mear o patrimônio existente só de propriedade do falecido.

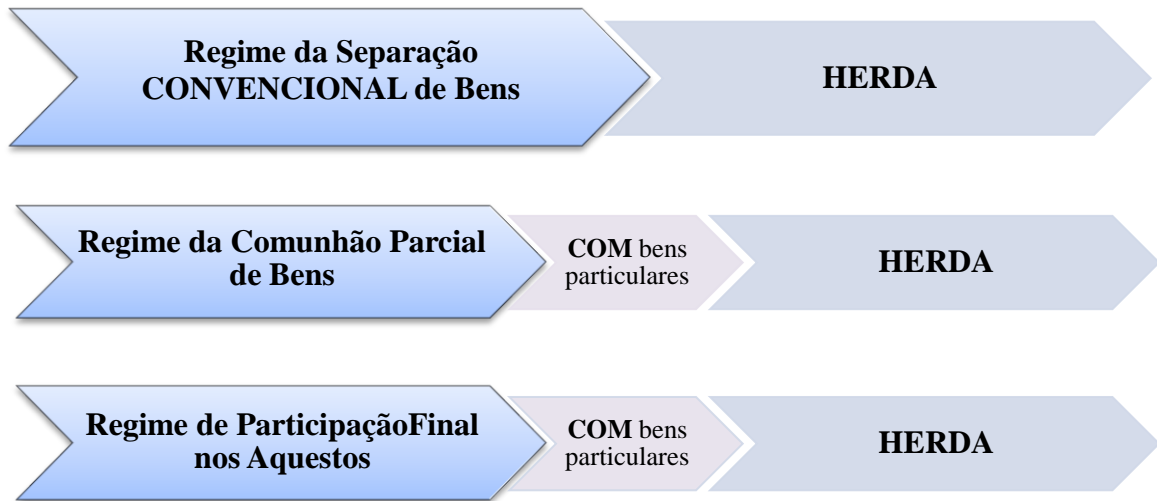
Por outra banda, muitos doutrinadores³⁵⁶ apontam que o cônjuge viúvo participará como herdeiro, se o Regime da Separação não foi o ‘Obrigatório’ e, sim o

³⁵⁵ Ver CARVALHO NETO (2007, p. 131-132); COELHO (2009, p. 261).

³⁵⁶ Ver COELHO (2009, p. 261); CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 167); CARVALHO NETO (2007, p. 129-130). No entanto, merece transcrição a posição de REALE, embora contrária a maioria dos doutrinadores e da recente jurisprudência, in TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, AI 313.414-4/1 – Barretos, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 04.11.2003, “Há quem entenda que, desse modo, o cônjuge seria herdeiro

‘Convencional’; mesmo assim, em ambos os casos o cônjuge viúvo não terá direito à meação e, a justificativa do evitar o desamparo estará desabrigada³⁵⁷ para aqueles que a lei determinou o regime de bens, consoante disposições do art. 1.641 do Código Civil³⁵⁸.

Logo, herdará se casado nos seguintes regimes de bens³⁵⁹, ressalvadas as particularidades abaixo:



necessário também na hipótese de ter casado no regime de separação de bens (art. 1.687), o que não me parece aceitável. Essa dúvida resulta do fato de ter o art. 1.829, supratranscrito, excluído o cônjuge somente no caso de “separação obrigatória”. A interpretação desse dispositivo isoladamente pode levar a uma conclusão errônea. (...) A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641. Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que – se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, inc. I (...) “. REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 61-64.

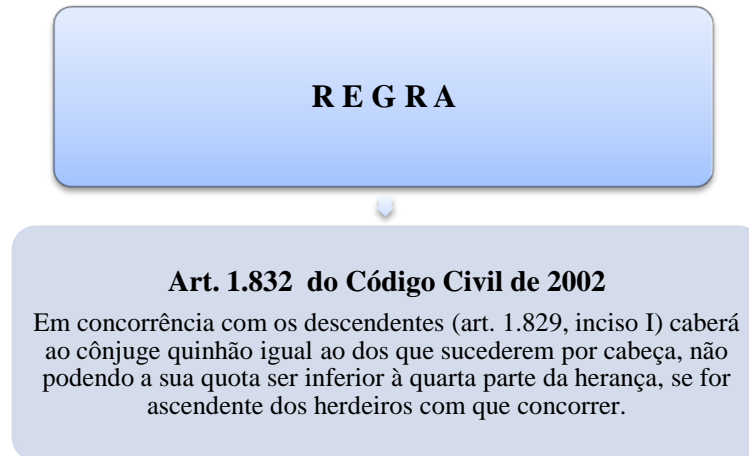
³⁵⁷ COELHO (2009, p. 261) questiona “Mas, como entender a distinção entre os regime de separação obrigatória e facultativa? Nos dois casos, os cônjuges não titulam o direito à meação, e a morte do mais rico deles poderia deixar ao desamparo o outro, tanto faz se a separação foi o regime obrigado pela lei ou escolhido pelos nubentes. Simplesmente, não se conseguem perscrutar as intenções do legislador, nalgumas exceções estabelecidas à concorrência. A propósito, veja que a remissão do art. 1.829, I, ao parágrafo único do art. 1.640 não tem nenhum sentido, já que a separação obrigatória é tratada no art. 1.641, todos do CC. É um erro material, que deve ser desconsiderado na interpretação do preceito”.

³⁵⁸ Eis a íntegra do artigo: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II- da pessoa maior de sessenta anos;

III- de todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial.” Fonte site <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>> acesso em 13 fev. 2009 às 16:53.

³⁵⁹ Cabe destacar ainda, que neste sentido foram as conclusões da III Jornada de Direito Civil, Enunciado 270, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, sob a seguinte assertiva: “O art. 1.829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casado no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”, fonte <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao>>. Acesso em: 13 abr. 2009 às 15:39.

Visto então, que se sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento, salvo impossibilidade que o viúvo não obrou com culpa e, que se casados por um dos regimes de bens acima, materializar-se-á o Direito Sucessório do cônjuge sobrevivente, o qual passará a concorrer com os descendentes do seu consorte, consoante as seguintes regras para distribuição da herança:



Analisando-se a regra posta acima e, conforme a natureza da descendência³⁶⁰, várias serão as hipóteses a considerar:

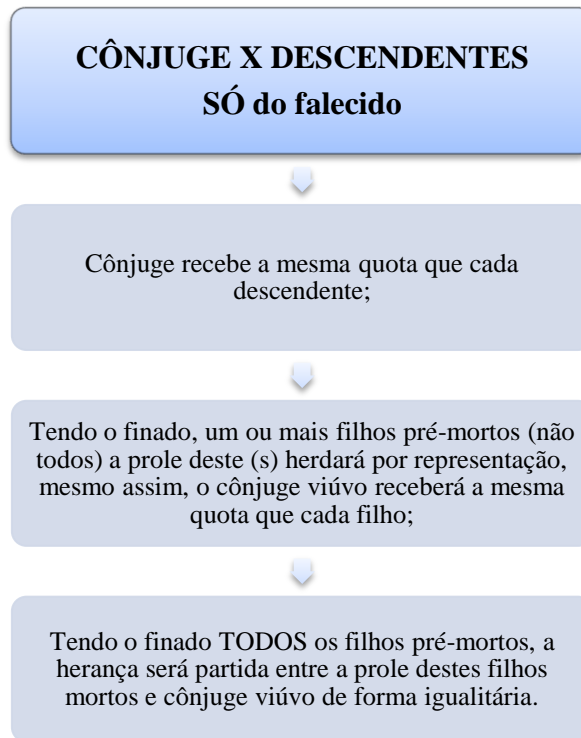
1º CASO: DESCENDENTES SÓ DO FALECIDO

O cônjuge viúvo receberá parcela idêntica a dos descendentes, haja vista que todos herdarão por cabeça ou direito próprio, por exemplo: sendo quatro os filhos do finado, a herança será partida em cinco partes iguais, ou seja, uma para cada filho e cônjuge sobrevivente; vale ressaltar, também, que se um dos filhos for pré-morto, sua prole herdará – por representação – justamente a quota parte que o filho pré morto receberia; no entanto, se todos os filhos do finado forem pré-morto, a prole deste será convocada a suceder por direito próprio ou por cabeça e, toda a herança será distribuída em parte iguais, inclusive com a parte do cônjuge viúvo³⁶¹;

³⁶⁰ Vale colacionar a regra do art. 1.833 do Código Civil, qual seja, “Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”; ou seja, nas palavras de COELHO (2009, p. 275) “na linha reta de parentesco, tanto para cima como para baixo, o direito sucessório não se limita pelo grau – ao contrário do que ocorre com o colateral, em que os parentes sucedem apenas até o quarto.”

³⁶¹ Neste sentido CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 170-172); COELHO (2009, p. 261-262).

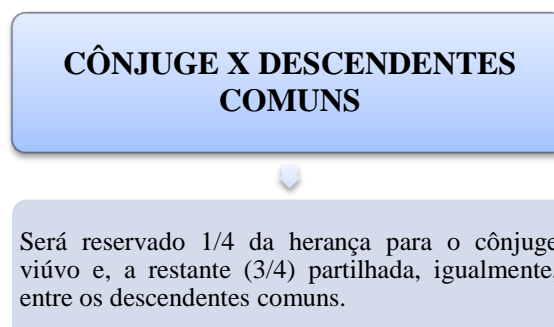
Eis o que aponta o quadro sinóptico:



2º CASO: CÔNJUGE VIÚVO CONCORRENDO COM DESCENDENTES COMUNS

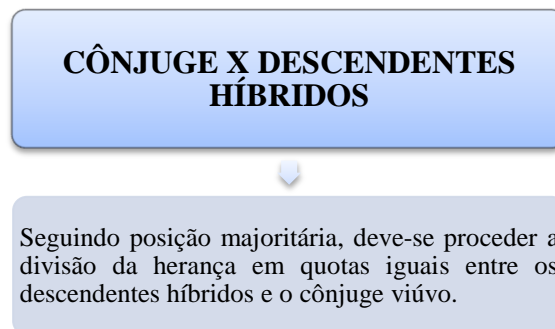
Isso quer dizer que, o cônjuge será ascendência da prole deixada pelo falecido, ou seja, mãe/pai, avô/avô, bisavô/bisavó do descendente. A partilha será efetivada mediante a reserva de 1/4 da herança do finado, a qual será destinada ao cônjuge e, a parte restante (3/4) será partida de forma igual entre os descendentes.

Veja-se o exemplo no quadro abaixo:



3º CASO: CÔNJUGE VIÚVO CONCORRENDO COM DESCENDENTES COMUNS E EXCLUSIVOS DO FALECIDO – SITUAÇÃO HÍBRIDA:

Esta é a situação de maior divergência entre os doutrinadores³⁶² – divisão da herança do cônjuge concorrente – uma vez que não há preceito legal específico para tal resolução. No entanto, a maior parte da doutrina orienta a aplicar a primeira parte do art. 1.832 do Código Civil, a qual prevê a divisão de quotas iguais entre os herdeiros e cônjuge viúvo, haja vista que a reserva de 1/4 da herança somente deverá se justificar, caso o cônjuge seja ascendente de todos os descendentes em concorrência³⁶³.



a.2) **Cônjuge**, como HERDEIRO, concorrendo com os ascendentes (2ª classe ou linha)

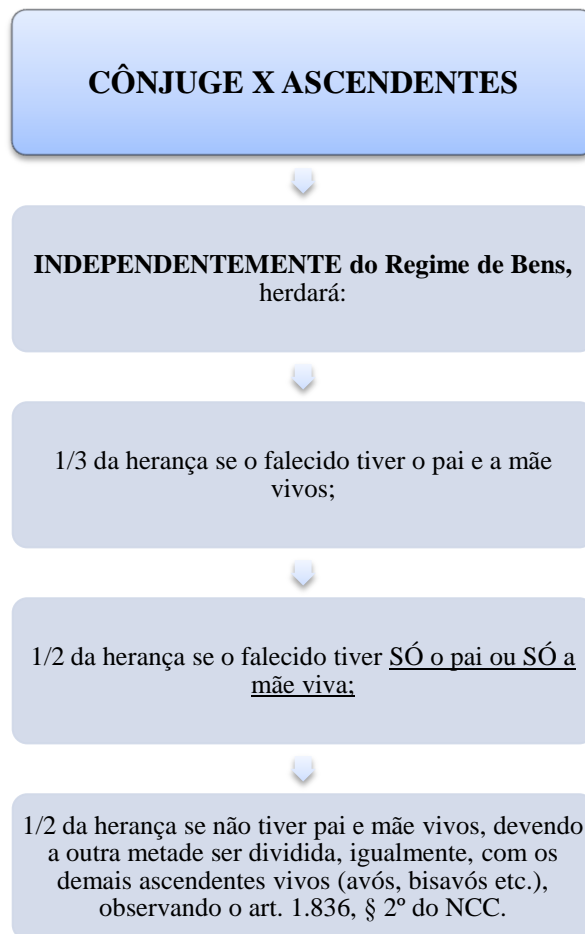
Diversamente do que ocorre na concorrência do cônjuge com os descendentes, o regime de bens adotado por ora do matrimônio entre o autor da herança e o cônjuge viúvo é fato irrelevante para a concorrência com os ascendentes; permanecerá, no entanto, o pressuposto de que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento, salvo impossibilidade que o viúvo não obrou com culpa, uma vez que este é o cerne do próprio direito sucessório do cônjuge.

Basicamente a regra para que o cônjuge perceba a sua quota hereditária é a seguinte: inexistindo descendentes do falecido, serão chamados a suceder os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, consoante disposições do art. 1.836 do Código Civil.

³⁶² Aponta CAHALI que na situação híbrida deve ser reservada a quota mínima do cônjuge, porque a lei não indicou que todos os descendentes deveriam ser comuns, bem como, traz quadro sinótico para demonstrar a divergência a respeito deste tema, elencando vários doutrinadores sobre a conduta a ser adotada; ver em CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 171;189).

³⁶³ Conforme COELHO (2009, p. 262).

No entanto, o percentual da distribuição seguirá a duas regras propriamente ditas, quais sejam: **1ª** – se o cônjuge sobrevivente concorrer com o pai e a mãe do falecido, receberá ele 1/3 da herança e os demais 2/3 serão partidos de forma pro rata entre os pais do finado; **2ª** – se o autor da herança possuir só o pai ou são a mãe ou na inexistência de pai e mãe, tiver ascendentes de grau superior (como avós, bisavós, independentemente de quantidade), ao cônjuge viúvo caberá a metade da herança e a outra será distribuída, em partes iguais, entre os ascendentes³⁶⁴. Eis a distribuição:



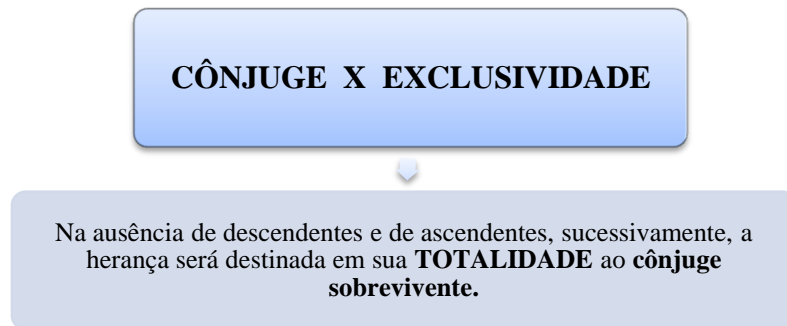
a.3) **Cônjuge** como **único HERDEIRO** (3ª classe ou linha)

Dispõe o atual Código Civil que na falta de descendentes e ascendentes do falecido, a herança será deferida, em sua integralidade, ao cônjuge que comungava da sociedade conjugal até a data do falecimento, salvo impossibilidade que não tenha obrado

³⁶⁴ Para maiores esclarecimentos ver CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 171-172) e COELHO (2009, p. 265-266).

com culpa. O art. 1.838 é auto-explicativo, não restando divergência entre a doutrina e/ou julgados quanto aplicação de tal regra. Atente-se, no entanto, que para o recebimento da herança independe o regime de bens adota entre o falecido e o cônjuge viúvo³⁶⁵.

Seguindo-se esse linha explicativa, colaciona-se o quadro sinóptico a fim de se demonstrar a distribuição da herança na ausência de descendentes e ascendentes para receberem a herança do finado:



Pelo quanto exposto, são visíveis as modificações trazidas pelo novo ordenamento civilista no que tange a posição e a valorização do cônjuge viúvo. Se é certo que tais mudanças destinam-se a evitar, ou amenizar, o desamparo, de toda ordem, com o passamento do consorte; certo também o é, a compensação àquele que em tudo contribuiu para a formação e manutenção do acervo patrimonial amealhado pelo casal.

Sustenta CARVALHO NETO³⁶⁶, reafirmando esta assertiva, que tal alteração deve-se a mera política legislativa, buscando a resguardar uma melhor posição do cônjuge viúvo diante do patrimônio amealhado durante uma vida em comunhão. Enquanto GAMA³⁶⁷ procura realçar o cerne da comunhão de um casal, destacando que tal alteração visa proporcionar maior tutela àquele que partilhou todos os momentos de alegria e tristeza, bonança e decepções, felicidades e frustrações, bem como, toda ordem de esforços para a construção de um patrimônio, material e moral com o falecido.

³⁶⁵ CAHALI (2007, p. 171-172) e, no mesmo sentido COELHO (2009, p. 266-267) e CARVALHO NETO (2007, p. 137).

³⁶⁶ CARVALHO NETO (2007, p. 124) em nota de rodapé n. 5.

³⁶⁷ GAMA, 2007, p. 99-100.

Com essa reformulação, o cônjuge viúvo passou a ser considerado herdeiro necessário do *de cuius*, posição essa há muito já defendida, inclusive por Orlando Gomes – no Anteprojeto – durante a década de sessenta³⁶⁸.

Mas quais são os reflexos dessa nova categoria alçada pelo cônjuge, ou seja, em que lhe beneficia ser agora considerado herdeiro necessário, além de concorrer com os de primeira e segunda classes preferenciais? E como fica sua condição de meeiro?

Essas são as indagações que implicam em conseqüências fundamentais em matéria de sucessão do cônjuge no atual Código Civil, despontando como maior destaque e conquista na codificação civilista, senão vejamos de forma pormenorizada:

- 1º) O cônjuge como **herdeiro necessário**: ou seja, o cônjuge passou a ser herdeiro legítimo e, também, privilegiado do falecido³⁶⁹, pois a ele coube o “direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade, representando a sua existência uma limitação à liberdade de testar”³⁷⁰;

Vale destacar também, que com essa nova posição, o cônjuge deixa de obter o usufruto vidual³⁷¹, para se tornar herdeiro, diga-se necessário, de parte da herança.

- 2º) O cônjuge como **meeiro**: independentemente das alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, restou preservada a posição de meeiro do cônjuge sobrevivente, ou seja, a sua qualidade de titular de 50% da universalidade do bens comuns;

³⁶⁸ Ver maiores detalhes no ponto anterior, intitulado “**2.1 O palco germinativo do Direito Sucessório no Brasil**”.

³⁶⁹ Nos termos do novo Código Civil, o art. 1.845 elencados as pessoas denominadas de herdeiros necessários, *in verbis*: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”, fonte site<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2009 às 17:16.

³⁷⁰ CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 46), acrescentando ainda CAHALI (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 46-47.) que “Esta classe é composta pelo cônjuge, descendentes e ascendentes do *de cuius* (CC, art. 1.845), sem limitação de grau quanto aos dois últimos (filhos, netos, bisnetos etc., pais, avós, bisavós etc.). São os sucessores que não podem ser excluídos da herança por vontade do testador, salvo em casos específicos de deserdação, previsto em lei. Se não for este o caso, o herdeiro necessário terá resguardado a sua parcela, caso o autor da herança decida fazer testamento, restringindo-se, desta forma, a extensão da parte disponível para transmissão de apenas metade do patrimônio do *de cuius*. A parte da herança que é reservada exclusivamente aos herdeiros necessários – *parte indisponível* – equivale à metade do acervo, deduzidas as dívidas e as despesas do funeral (CC, art. 1.847) – esta parte indisponível denomina-se *legítima* ou *reserva*.”

³⁷¹ Vale lembrar o que enseja usufruto vidual, para isto consultar a nota de rodapé n. 215.

Desta forma, meação não se confunde com herança, pois cada uma possui natureza e configuração próprias; enquanto a primeira exprime a titularidade da metade dos bens adquiridos por esforço comum e em perfeita consonância com o regime de bens adotado pelo casal, a segunda se opera, apenas, nos casos de sucessão *causa mortis* e, visando exprimir o conjunto de bens, o patrimônio, que alguém deixa ao falecer, o qual será destinado aos seus sucessores³⁷².

3º) O cônjuge está assegurado pelo direito **real de habitação**: em que este direito ter sido consagrado pelo Código Civil de 1916, a atual codificação civilista foi além, para conferir ao cônjuge viúvo, o direito real de habitação **independentemente** do regime de bens adotado pelo casal, consoante disposições do art. 1.831 do Código Civil.

Com isso, ao viúvo, mesmo que tenha participação efetiva na meação e/ou direito em suceder na herança, será concedido o direito de permanecer na residência do casal enquanto subsistir, sem qualquer necessidade de pagar aluguel ou indenização aos titulares desta herança. No entanto, vale ressaltar que ao viúvo é garantido o direito de habitar e utilizar a residência do casal, num prolongamento do estado anterior, não podendo este fruir do imóvel para alugá-lo ou cedê-lo, por exemplo, nem se contrair novas núpcias ou união estável.³⁷³

Por fim, cumpre registrar que muitas foram às modificações acerca do direito sucessório do cônjuge remanescente, colocando-o em posição de destaque na sucessão hereditária de seu consorte, aliás, posição essa em perfeita consonância com os novos rumos de um direito contemporâneo, o qual consagra as relações de afeto, desbiologizando e despatrimonializando-as, uma vez que a finalidade precípua é, e deve sempre ser, a Justiça. Todavia, o manejo adequado, e quiçá finalista³⁷⁴ da legislação sucessória exigirá que os operadores jurídicos comunguem e professem esse novo ‘direito’, sob pena de se transformar, ou maximizar, os processos de inventários numa verdadeira ‘bomba’ destruidora dos laços de afeto e de respeito familiar.

³⁷² A respeito da conceituação de herança, ver no início deste Capítulo os ensinamentos de BEVILÁQUA (2000, p. 57) a respeito do tema.

³⁷³ Para maiores esclarecimentos ver CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 172-173).

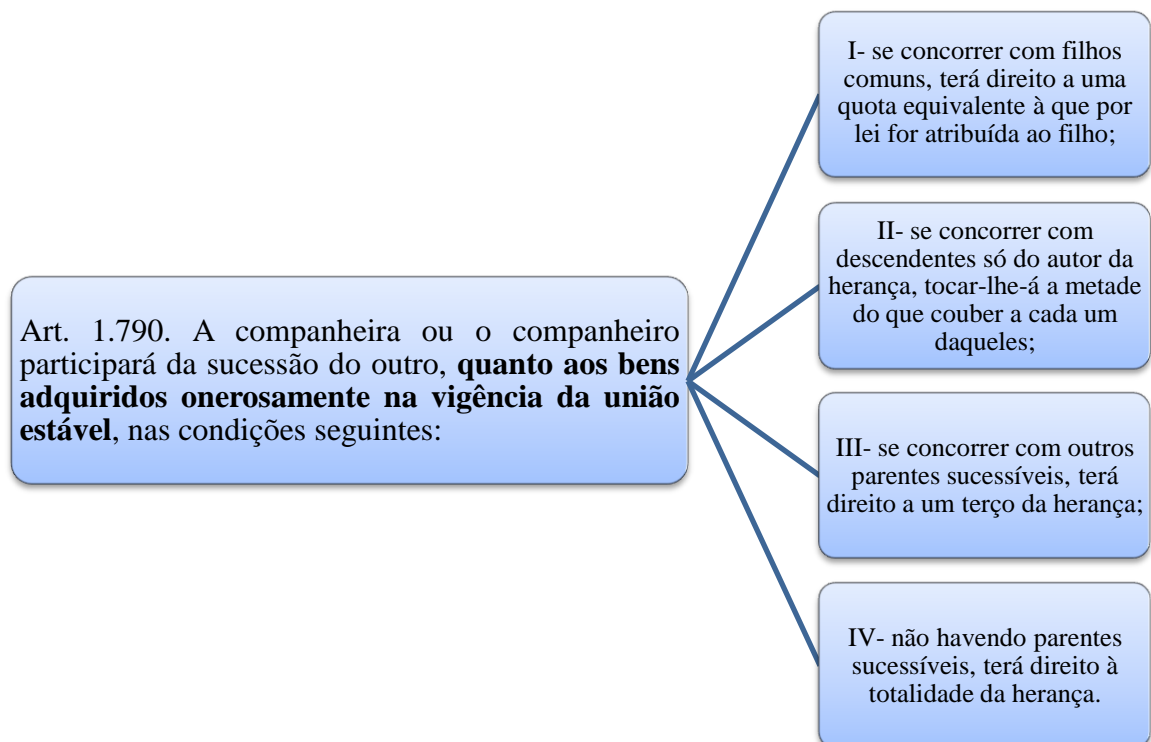
³⁷⁴ Entenda-se por finalista, a busca precípua na interpretação da lei, devendo sempre atentar para sua finalidade, a Justiça.

2.3.2 Análise do Direito Sucessório do companheiro no Código Civil de 2002

Feito, anteriormente, o mapeamento do Direito Sucessório do cônjuge, consoante disposições do novo Código Civil, neste momento, o estudo dedicar-se-á a pormenorizar as facetas do Direito Sucessório do companheiro, lançadas pela atual codificação civilista.

O Código Civil de 2002 trata, especificamente, da sucessão hereditária do companheiro no art. 1.790, artigo este inserido no bojo do Capítulo I, do Título I destinado às ‘Disposições Gerais’ de todo livro atinente ao Direito das Sucessões, de modo que o legislador não tratou da vocação hereditária do companheiro a par das regras concernente do cônjuge. Denota-se aqui, então, o primeiro registro quanto à impropriedade e o desleixo dispensado à matéria³⁷⁵, de importância ímpar, com reflexos jurídicos e sociais, que adiante se examinará.

Entretanto, não é este deslocamento o que realmente macula as regras quanto à posição e ao destaque do companheiro. Para se iniciar, prescinde se averiguar o art. 1.790 do atual Código Civil, para um estudo mais detalhado; eis a sua íntegra:



³⁷⁵ A respeito deste deslocamento, explica CARVALHO NETO (2007, p. 183) que “Isto só se explica pelo fato de que no Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescido, sem muito cuidado, em revisão no Congresso, por meio da Emenda 358 apresentada em 18 de setembro de 1984 pelo saudoso Senador Nelson Carneiro”.

Tal como se procedeu no exame da sucessão hereditária do cônjuge, analisar-se-ão, em primeira feita, quais os pressupostos para que o companheiro alcance a condição de herdeiro e, inclusive, de meeiro, passando-se, então, à almejada compreensão das regras concernentes à vocação hereditária e, após, o enfrentamento de outras nuances de destacada importância para esta pesquisa.

a)- Dos pressupostos para a sucessão hereditária do companheiro

Para que uma pessoa venha a participar na sucessão hereditária, mister se faz a existência do nexa causal entre o *de cujus* e o seu (s) herdeiro (s), como é o caso dos descendentes, dos ascendentes, dos colaterais; no entanto, ao se perseguir o Direito Sucessório das pessoas que contraíram matrimônio é imprescindível a configuração do quanto exposto no art. 1.830, conforme já analisado³⁷⁶; e quanto as pessoas que se uniram, conviveram e formaram a sua família por meio da união estável estes são os pressupostos básicos:

- A configuração da união estável ao tempo do óbito³⁷⁷;
- Que o falecimento/abertura da sucessão tenha se dado na vigência do atual Código Civil;
- A existência de bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Desta forma, preenchidos os pressupostos básicos para o reconhecimento do Direito Sucessório do companheiro, o passo seguinte é procurar evidenciar o que enseja a possível meação, ou seja, alude o art. 1.725³⁷⁸ do Código Civil de 2002 que será aplicado às relações patrimoniais, no que couber, o Regime da Comunhão Parcial de Bens, salvo se existir contrato por escrito entre os companheiros dispendo de forma contrária.

³⁷⁶ Relembrando que, é fundamental que se figure um pressuposto básico contido no art. 1.830 do Código Civil, ou seja, é condição *sine quo non* que ao tempo do falecimento não estivesse o casal separado judicialmente, muito menos divorciado, e nem separado de fatos há mais de dois anos.

³⁷⁷ Cabe ressaltar que, se a qualidade de companheiro (a) não restar cristalina e certa entre todos os sucessores, será necessário que o companheiro busque o reconhecimento judicial da existência da união estável, ação esta que deverá ser intentada sob o rito comum ordinário, e não no próprio inventário, haja vista que instaurado o litígio com os demais sucessores.

³⁷⁸ Tal artigo se encontra no Título III – DA UNIÃO ESTÁVEL, do Livro IV destinado ao Direito de Família.

Frente a isso, os bens adquiridos onerosamente e na constância da união estável, serão partilhados igualmente entre o casal, sendo desnecessária a prova de esforço comum para tal aquisição³⁷⁹.

Logo, patente é que o direito à meação preexiste à morte do autor da herança. Da mesma forma ocorrendo, ou seja, existindo a meação, se os companheiros pactuaram, por escrito, que o regime de bens entre eles adotado é o da Comunhão Universal (com a **meação** de todos os bens) ou o da Participação Final nos Aquestos (com a **meação** dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância da união)³⁸⁰. Uma vez que, no Regime da Separação de Bens, seja ela obrigatória ou convencional, não há bens comuns e só exclusivos de cada companheiro.

Feita a análise se o companheiro terá ou não meação no patrimônio, há que se analisarem as regras que sua participação como herdeiro na sucessão hereditária do *de cuius*.

a.1) **Companheiro**, como HERDEIRO, dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da União Estável

Antes de se tratar especificamente da concorrência e da exclusividade do companheiro na distribuição da herança, é de salutar importância evidenciar sob quais bens se trata a herança delimitada pelo art. 1.790 do atual Código Civil.

Já restou esclarecido, anteriormente, que o companheiro será meeiro do patrimônio amealho com o falecido, conforme as regras do pacto escrito por eles e, na inexistência deste, pelas regras atinentes ao Regime da Comunhão Parcial de Bens, a teor do art. 1.725 do Código Civil.

No entanto, os bens referidos pelo *caput* do art. 1.790 não são, necessariamente, aqueles amealhados conforme o contrato escrito pelos companheiros ou

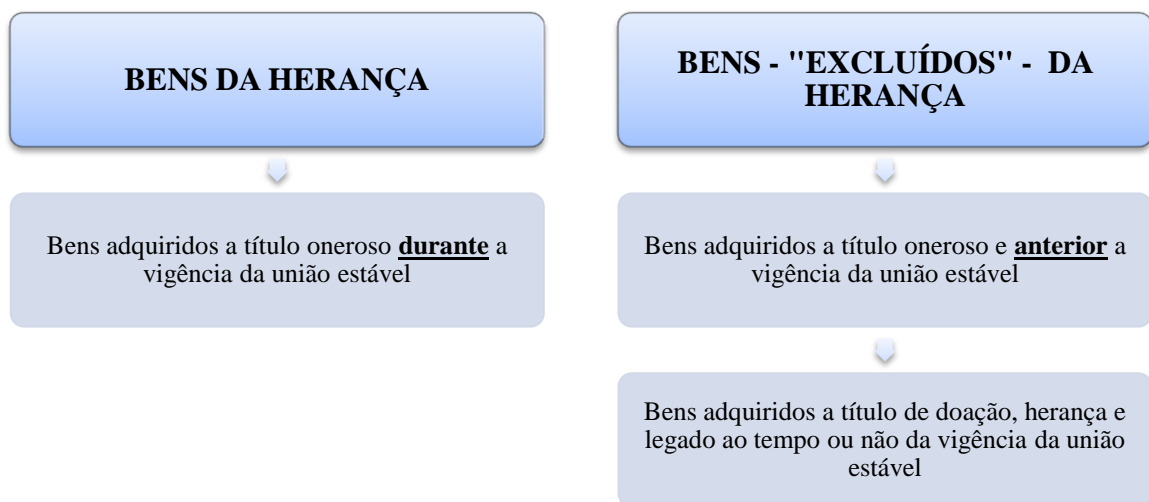
³⁷⁹ A falta de necessidade em se comprovar o esforço comum para aquisição onerosa dos bens é posição pacífica, legal e jurisprudencialmente, tanto é que constitui Enunciado – 115 – do Conselho da Justiça Feral, por exemplo. Fonte site <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao>>. Acesso em: 13 abr. 2009 às 15:39.

³⁸⁰ Ver o que dispõe a parte final do art. 1.672 do Código Civil, ou seja, “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”, fonte site <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2009 às 14:52.

regidos pelo Regime da Comunhão Parcial, justamente porque não se trata de meação e, sim dos bens que comporão a herança³⁸¹.

Assim, seguindo as disposições do *caput* do referido artigo, a herança destinada ao companheiro será composta, apenas, pelos bens adquiridos na constância da união estável, restando excluídos os demais bens do falecido; bens esses que serão objeto da herança em favor de seus descendentes, ascendentes, colaterais ou até mesmo ao Município ou ao Distrito Federal ou à União³⁸².

O quadro abaixo reluz a composição da herança destinada ao companheiro:



Pelo visto, resta evidente que o companheiro está limitado a perceber a sua quota hereditária, apenas, sob os bens adquiridos onerosamente durante a união estável³⁸³ e, como bem destaca CAHALI³⁸⁴ “para participar apenas de uma parcela da herança, e não de sua integralidade”. Tal restrição é no mínimo desproporcional, seja porque, emaranha-se com uma falsa noção de meação, seja porque se nega a concretizar os objetivos do Direito Sucessório, além, é claro, de dispensar tratamento diverso ao cônjuge

³⁸¹ Muito embora, tenha o legislador condicionado a sucessão do cônjuge ao regime de bens adotado pelo casal, a teor do que dispõe o art. 1.829, sem apartar, no entanto, quais bens serão ou não objeto da herança em favor do cônjuge viúvo.

³⁸² Para melhor esclarecimento, ver o art. 1.844 do Código Civil.

³⁸³ Salienta CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 182) que “Não é pela forma de aquisição, mas pelo acréscimo patrimonial efetivo ou real que se identifica a parcela da herança na qual participará o companheiro sobrevivente”. Desta forma, seguindo o pensamento de CAHALI ainda, consoante referência acima, se durante a convivência, o companheiro tiver adquirido onerosamente um bem, mas com recursos que detinha antes da união, este bem, não será objeto nem de meação e nem de herança do companheiro remanescente.

³⁸⁴ CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 181.

e ao companheiro em mesma situação, ferindo, sobremaneira, a função elementar a que se destina a lei civil, ora analisada.

a.2) **Companheiro, como HERDEIRO, concorrente com os descendentes**

A primeira hipótese para a convocação do companheiro será na primeira classe de preferência, concorrendo com os descendentes, pouco importado qual o regime de bens que escolhido³⁸⁵ ou determinado³⁸⁶ para esta união estável³⁸⁷. Feita a convocação, a herança, conforme parcela identificada anteriormente, será distribuída nos seguintes moldes:

1º CASO

**COMPANHEIRO X DESCEN-
DENTES COMUNS**

O companheiro receberá uma quota **IDÉNTICA** a do **descendente COMUM**

Acima, percebe-se que se o companheiro concorrer com descendentes³⁸⁸ comuns a ele e ao falecido, ou receberá a mesma quota³⁸⁹ que por cabeça ou por direito próprio foi destinada ao descendente.

2º CASO

**COMPANHEIRO X DESCEN-
DENTES EXCLUSIVOS**

O companheiro receberá a **METADE** do que couber a cada um dos descendentes

³⁸⁵ Para o caso da existência de contrato escrito.

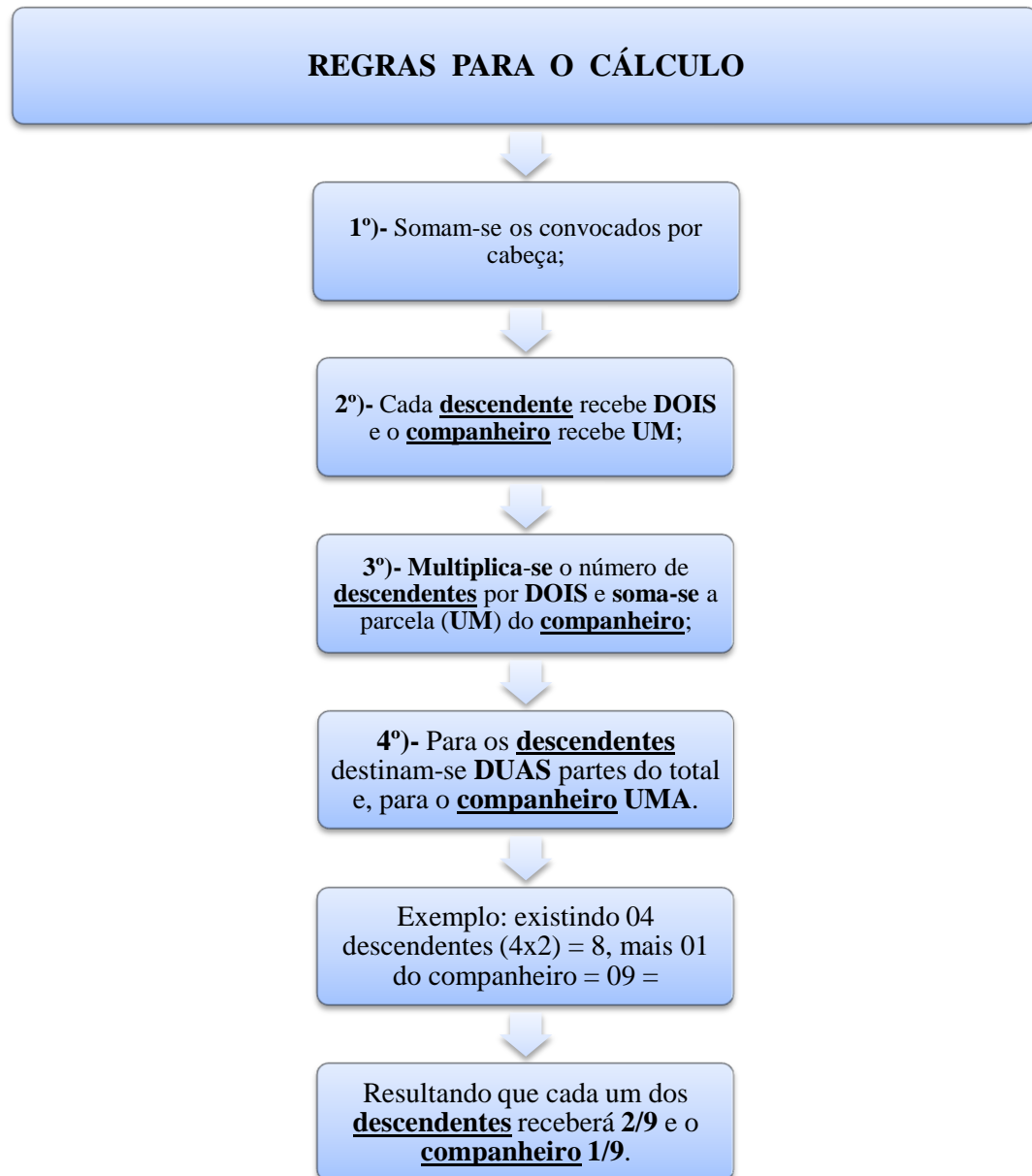
³⁸⁶ Quando os companheiros não realizaram contrato escrito optando pelo regime de bens, fato que prevalecerá o quanto disposto no art. 1.725 do Código Civil.

³⁸⁷ Para aprofundamento, ver CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 182-184).

³⁸⁸ Atenta-se que o inciso I, do art. 1.790 fala em “filho” e, não “descendente”, no entanto, inúmeros doutrinadores, v.g CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 183); COELHO (2009, p. 263-264); DIAS (2008, p. 175), consideram tal disposição mero erro formal, devendo-se, para eles, entender “filhos” como “descendentes”.

³⁸⁹ No entanto, discute-se se “esta quota” diz respeito a todos os bens que compõem a herança do falecido ou, trata-se de mais uma impropriedade, versando “esta quota” sobre a herança, objeto de partilha em favor do companheiro. Esta última hipótese é a que encontra maior respaldo, para maiores esclarecimentos ver DIAS (2008, p. 74); COELHO (2009, p. 263-264) e CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 183-185).

Já se concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, ao companheiro caberá a metade do que couber, por cabeça, a cada um daqueles. CAHALI³⁹⁰ traz proposta para realização deste cálculo, facilitando, sobremaneira, a aplicação prática no momento da distribuição³⁹¹:



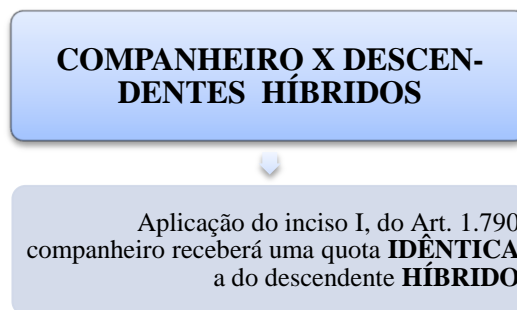
³⁹⁰ CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 184.

³⁹¹ Deve se atentar para a incidência dos artigos 1.833 e 1.834, ambos do Código Civil, que assim dispõem, respectivamente: “Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”; “Os descendentes da mãe a classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. Tal alerta é de extrema importância, pois se entre os descendentes de grau mais próximo um pré-morto, por exemplo, um dos filhos do autor da herança, os netos deste serão chamados a suceder, recebendo entre eles, a quota parte que seu pai teria direito se vivo fosse. No entanto, se todos os filhos, seguindo o exemplo, forem pré-mortos ao autor da herança, serão convocados todos os netos, os quais receberão por cabeça e, em partes iguais.

Por outra banda, em que pese a omissão no texto do art. 1.790 do Código Civil, poderá o autor da herança ter descendentes em comum com o seu companheiro e, ao mesmo tempo ter outros exclusivos seus; situação essa que vem sendo chamada de **descendência HÍBRIDA**³⁹².

Nesse caso, abrir-se-iam duas possibilidades: a primeira com a conjugação dos incisos I e II, em flagrante desigualdade na distribuição dos quinhões entre os mesmos descendentes do autor da herança; e a segunda com a aplicação do quanto determinado no inciso I, ou seja, para todos os descendentes sem qualquer distinção. Esta última é a que vem sendo consagrada, e com razão no entender desta subscritora, de forma que os descendentes, embora híbridos, receberão quotas igualitárias, sem qualquer afronta e/ou discriminação³⁹³.

3º CASO



a.3) **Companheiro**, como HERDEIRO, concorrente com os “outros parentes”

Finalizada a concorrência do companheiro com os descendentes, prevê o art. 1.790, em seu inciso III, que o companheiro poderá concorrer com outros parentes e, frente a estes terá direito a um terço da herança. Novamente, a disposição legal é falha e truncada, ou seja, quem seriam estes ‘outros parentes’? E sob quais bens é o alcance desse 1/3 da herança?

Ao que tudo indica esses ‘outros parentes’ – seguindo o quanto disposto no Capítulo I, que trata ‘Da Ordem da Vocação Hereditária’, local que deveria estar locado o artigo que trata das regras de vocação hereditária do companheiro – deverão ser os

³⁹² Apontada CARVALHO NETO (2007, p. 188) que esta denominação é de autoria de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

³⁹³ Para melhores esclarecimentos, consultar CARVALHO NETO (2007, p. 188-189); CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 184); COELHO (2009, p. 264) e DIAS (2008, p. 175-176).

ascendentes³⁹⁴ e os colaterais até o quarto grau³⁹⁵. Já o alcance do percentual de 1/3 da herança, a exemplo da impropriedade no inciso II, deve ser computado sob a ‘herança’, compreendida esta como o objeto de partilha em favor do companheiro³⁹⁶.

COMPANHEIRO X OUTROS PARENTES

O companheiro terá direito a um **1/3** da herança.

Desta forma, ao companheiro sempre caberá 1/3 da herança, pouco importando quem são e quantos são esses ‘outros parentes’, os quais sempre ficarão com o dobro dos bens adquiridos pelo casal no período da união estável.

Logo, não importa se tais parentes são os pais, os avós, os bisavós ou os colaterais do autor da herança até o 4º grau³⁹⁷. Por outro lado, pelo texto legal, não resta evidente se os ascendentes serão chamados antes dos colaterais ou se, existindo ascendentes e colaterais, todos concorrerão, em igualdade, na divisão da quota restante, ou se inexistindo ascendente, os colaterais serão chamados a concorrer com o companheiro, e a tida herança não será mais aquela referente aos aquestos, mas a integralidade da herança do falecido³⁹⁸.

De qualquer sorte, a possibilidade de se convocar, primeiramente, os ascendentes em detrimento dos colaterais de 4º grau (“convocação de exclusão”) é detalhe ou que se passa despercebido ou de divergência entre a maioria dos doutrinadores

³⁹⁴ Ao modo do art. 1.836 do Código Civil.

³⁹⁵ Em consonância com o disposto no art. 1.839 do Código Civil.

³⁹⁶ Para maiores esclarecimentos ver DIAS (2008, p. 74); COELHO (2009, p. 263-264) e CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 183-185).

³⁹⁷ Os colaterais de 4º grau são os irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos.

³⁹⁸ Esta última é a posição DIAS (2008, p. 181), sustentando que há uma ordem de exclusão neste inciso III, ou seja, deve-se entender por “outros parentes”, primeiro os ascendentes, independentemente do grau (pai, mãe, avó, avô, bisavó, bisavô etc.) concorrendo o companheiro com estes no que afeta a herança dos bens adquiridos na constância da união (ou seja, os aquestos), como prevê o caput do Art. 1.790 do Código Civil; mas na ausência de ascendentes, os colaterais serão chamados a concorrer com o companheiro, destinando-se a este 1/3 da herança total do falecido e, não, apenas, sob os aquestos.

pesquisados³⁹⁹, mas seguindo-se o quanto exposto no art. 1.790 do Código Civil, bem como, levando-se em conta as inúmeras impropriedades que o legislador dispensou ao instituto da união estável, percebe-se que o ‘espírito da lei’ era de se conferir ao companheiro a quota única de 1/3 dos bens amealhados, onerosamente, na constância da união estável, cabendo os demais parentes (é claro, aqueles que pela lei civil podem suceder), sem qualquer convocação preferencial, o restante da herança disposta no *caput* do art. 1.790.

Assim, se já contemplados os descendentes nos incisos I e II, restam, então, os ascendentes e os colaterais até 4º grau, aos quais se destinam de forma *pro rata*, o restante dos 2/3 da herança elencada no *caput* do referenciado⁴⁰⁰.

a.4) **Cônjuge como único HERDEIRO**

Sucessivamente, dispõe o inciso IV, do art. 1.790 que na ausência de parentes sucessíveis, ao companheiro será destinada a integralidade da herança. Novamente, dúvidas são suscitadas acerca da intenção do quanto disposto nesse inciso, ou seja, o que se entender por ‘integralidade da herança’?

Para uma minoria⁴⁰¹, tal inciso merece ser interpretado à luz do Princípio da Solidariedade, de forma que, deve-se readequar ao tratamento dado nas relações ou de concorrência ou de exclusividade do Direito Sucessório dos cônjuges.

Já para os outros⁴⁰², inclusive para esta pesquisadora, a interpretação desse inciso está atrelado ao quanto disposto no *caput* do art. 1.790, logo, a ‘integralidade da herança’ é a referente aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável; e, com essa segue a maioria dos doutrinadores, embora em nada satisfeitos com a tamanha desigualdade, se comparado ao cônjuge em mesma situação.

Seguindo essa linha explicativa, colaciona-se quadro sinóptico da regra aplicada, a fim de se demonstrar a distribuição da herança na ausência de descendentes e ‘outros parentes’ do autor da herança:

³⁹⁹ No primeiro caso, ver, por exemplo, COELHO (2009, p. 265-266) e CARVALHO NETO (2007, p. 190-192), já quanto às divergências, ver CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 184); DIAS (2008, p. 181) e NOGUEIRA (2007, p. 181-182).

⁴⁰⁰ Esta é a conclusão que se extrai do art. 1.790 do Código Civil.

⁴⁰¹ Ver, por exemplo, DIAS (2008, p. 133-134;181) e GAMA (2007, p. 29).

⁴⁰² Ver CARVALHO NETO (2007, p. 191); CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 184-185; 201), por exemplo.

COMPANHEIRO X EXCLUSIVIDADE

O companheiro herdará a totalidade da herança amealhada, onerosamente, na constância da união estável.

No entanto, uma conseqüência desastrosa se dá com a interpretação do inciso IV, em consonância com o *caput* do art. 1.790, ou seja, “a herança será parcialmente vacante se, mesmo havendo companheiro, não tiver o *de cujus* deixado outros herdeiros, deixando, contudo, bens anteriores à união ou adquiridos a título gratuito”⁴⁰³.

Nesta senda, ou se considera que o *caput* é o núcleo do art. 1.790, o qual contém a substância da norma e, seus incisos são os seus desdobramentos, nos quais se desenvolvem, restringem ou explicitam a regra do núcleo, aceitando diante disso, todas as conseqüências advindas que a ‘herança’ do companheiro estará sempre atrelada aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável; ou forçosamente despreza-se a sintonia entre o *caput* e os incisos do art. 1.790, porque iníquo ou inconstitucional, garantindo-se ao companheiro, em todos os momentos de flagrante desvantagem, auferir a herança em sua plenitude.

a .5) O companheiro como herdeiro necessário e o seu **direito real de habitação** e o **usufruto vidual**

Por fim, a exemplo do quanto exposto para o cônjuge, cabe aquilatar se o companheiro gozará ou não da condição de herdeiro necessário e se a ele restou assegurado, pelo atual Código Civil, o direito real de habitação, bem como, o usufruto vidual, nos termos do que dispunham as Leis 9.278/96 e 8.971/94, respectivamente.

Pela disposição literal do art. 1.845 do Código Civil, somente os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são considerados herdeiros necessários, sendo de bom alvitre, no entanto, avivar-se o que enseja, realmente, esta posição de destaque.

⁴⁰³ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim, Direito sucessório do convivente e o enriquecimento sem causa do poder público. **Consulex**, Brasília, 31.07.2003, v. 157, p. 53. Em mesmo sentido GAMA (2007, p. 28-29); COELHO (2009, 266-267).

Herdeiros necessários são herdeiros legítimos⁴⁰⁴ e privilegiados do falecido; pessoas que detinham posição de destaque na vida do autor da herança, e que na sua ausência lograram vantagens patrimoniais, justamente porque caros para aquele que já se foi.

Mas, concretamente, a noção exata de herdeiro necessário só transparece com a existência de testamento ou, se em vida o *de cujus* realizou adiantamento de legítima. Isso quer dizer que, o falecido só poderia testar ou adiantar bens que não ultrapassassem 50% (cinquenta por cento) de todo o seu patrimônio, sob pena de ferir a parte da sua herança que caberia aos seus herdeiros legítimos e privilegiados, ou seja, os herdeiros necessários ou reservatários⁴⁰⁵.

Aquilatando-se, então, o real motivo para se privilegiar estes herdeiros, não se tem justificativa plausível para se explicar a omissão do companheiro no rol do art. 1.845 do Código Civil; ou ocorreu mais uma impropriedade ao se ‘encaixar’ o companheiro na ‘colcha de retalhos’ civilista; ou realmente se trata de uma noção iníqua e preconceituosa acerca daqueles que comungam uma vida, no entanto, despedidos da ratificação de um documento público.

De qualquer forma, o companheiro não possui a condição de herdeiro necessário e, com isso está a mercê de não ter resguardada a sua parte na herança do falecido, em total desacordo do que acontece com o cônjuge⁴⁰⁶. No entanto, alguns doutrinadores⁴⁰⁷ vêm sustentando que o companheiro se encontra na condição de herdeiro necessário, em interpretação analógica ao quanto conquistado pelo cônjuge no atual Código Civil. Posição esta que carece de fundamentação jurídica sólida, uma vez que o rol dos herdeiros necessários é taxativo, muito embora, venha ferir substancialmente o Direito Sucessório e fundamental do companheiro no cerne familiar.

Já no que tange ao direito real de habitação e ao usufruto viual, o Código Civil de 2002 também silenciou, suscitando com isso, inúmeras divergências doutrinárias quanto à possibilidade de configuração ao não destes direitos⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Legítimos porque a lei assim os prevê; aqueles que não foram, apenas, escolhidos pelo autor da herança.

⁴⁰⁵ Relembrando que a parcela da herança que lhes cabe, denomina-se legítima, a indisponível, conforme dispõe o art. 1.789 do Código Civil.

⁴⁰⁶ Conforme texto legal e, a maioria dos doutrinadores, dentre eles CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 181); COELHO (2009, p. 232) e CARVALHO NETO (2007, p. 194-195).

⁴⁰⁷ Por exemplo, DIAS (2008, p. 174), além do rol de doutrinadores expostos na obra de CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 191-192).

⁴⁰⁸ Abaixo seguirão os doutrinadores que defendem ou não, a vigência deste direito aos companheiros.

Muito embora, tenha a Lei n. 9.278 de 1996⁴⁰⁹ garantido ao companheiro o direito de habitação, a codificação civilista de 2002 não o ratificou, inovando, apenas, para o cônjuge sobrevivente⁴¹⁰, pois a ele consagrou independentemente do regime de bens adotado. Todavia, doutrinadores⁴¹¹ sustentam que a Lei n. 9.278/96 não foi expressamente revogada, estando, por conseguinte, em pleno vigor o direito de habitação dos companheiros. Para outros⁴¹², a vigência se dá, porque a Lei n. 9.278/96 é norma de caráter especial, devendo prevalecer sob norma de caráter geral, ou seja, sob o atual Código Civil.

Há também aqueles que o negam porque o Código Civil de 2002, ao regular por completo a matéria sucessória dos companheiros, revogou “os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores.”⁴¹³, não podendo o intérprete, agora, estender direito para se amenizar um tratamento dispare⁴¹⁴; posição essa, que melhor fundamenta a vigência e harmonia das leis, em que pese suas desastrosas consequência neste caso específico.

Por outro vértice, a Lei n. 8.971/94⁴¹⁵ estabeleceu a participação do companheiro na sucessão de seu finado consorte, cabendo-lhe o usufruto de parte dos bens do *de cuius*, enquanto não constituísse nova união; alcançando a totalidade da herança somente diante da inexistência de descendentes e ascendentes.

Tendo em vista, então, que esta Lei se destinava a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, com a vigência do atual Código Civil, a matéria sucessória restou totalmente reformulada e, a concorrência quanto ao usufruto (incisos I e II) na antiga lei deixou de existir, primeiro porque revogada por total incompatibilidade, segundo porque perdeu totalmente a sua finalidade, ou seja, a necessidade de uma garantia assistencial, uma vez que, o companheiro também se tornou herdeiro com a nova ordem civilista⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ Em seu art. 7º, Parágrafo Único.

⁴¹⁰ Ver art. 1.831 do Código Civil.

⁴¹¹ Dentre eles, COELHO (2009, p. 274); NOGUEIRA (2007, p. 179-180); VENOSA, Sílvio de Salvo. Os direitos sucessórios na união estável. **Valor Econômico**, Seção Legislativa & Tributos, 19-21 abr. 2002; e HIRONAKA (2003, p. 427).

⁴¹² Por exemplo, DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 110.; DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 164.

⁴¹³ CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 185).

⁴¹⁴ Neste sentido CARVALHO NETO (2007, p. 193-194).

⁴¹⁵ Em seu art. 2º, inciso I e II.

⁴¹⁶ Para maiores esclarecimentos, ver CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 186-187); CARVALHO NETO (2007, p. 194).

Por tudo o que restou exposto, certo é que o Direito Sucessório brasileiro, a par das grandes transformações sociais e familiares, transmutou-se, alçando modificações há muito perseguidas por notáveis juristas e ansiadas pelo clamor de um direito contemporâneo, capaz de espelhar e proteger ao cotidiano brasileiro. No entanto, em que pese a nova posição de destaque do cônjuge, ao companheiro não restou a mesma posição e tratamento, seja por um descuido no manejo da ‘colcha de retalhos’ civilista, seja pela encravada noção maniqueísta do que enseja a família.

Destarte, nessa seara é que o estudo, no próximo capítulo, repousará; de modo que, após analisada as nuances do Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro, a hipótese que abriga o tratamento iníquo e discriminatório não restará rechaçada; urgindo, então, que o legislador corrija, imediatamente, o texto legal sob pena de obstar, jurídica e socialmente, o âmago e a importância do que realmente vem a ser a família.

CAPÍTULO 3

A BUSCA PELA CONJUGALIDADE INDEPENDENTE DA FORMA:

PROPOSTAS PARA ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Conforme aquilatado nos capítulos anteriores, inúmeras foram às transformações sociais ao longo dos séculos, especialmente aquelas atinentes à constituição e ao desenvolvimento do ser humano, ocasionado com isso vários desdobramentos, inclusive, de ordem jurídica. Palco esse fértil para infinitas discussões, críticas, controvérsias, incertezas quanto ao rumo daquilo que materializa o processo evolutivo da civilização humana, a família.

O tema deste capítulo projetar-se-á a confirmar e/ou refutar as hipóteses suscitadas por esta pesquisa, levando-se em conta sempre a problemática central – na união estável, entidade familiar constitucionalmente protegida, a sucessão hereditária é tratada de forma discriminatória pelo atual Código Civil? Logo, no transcorrer, análises e considerações serão tecidas, a fim de evidenciar possíveis óbices oriundos de um tratamento discriminatório, que em muito obsta a plenitude do que, verdadeiramente, enseja as manifestações e os contornos da família contemporânea.

Em último momento, e frente ao conjunto desta pesquisa – problema, hipóteses e objetivos – o estudo será arrematado com propostas para alterações legislativas no que tange ao Direito Sucessório dos companheiros, visando contribuir para o verdadeiro escopo da norma (a Justiça) em perfeita aderência aos fatos e aos valores sociais.

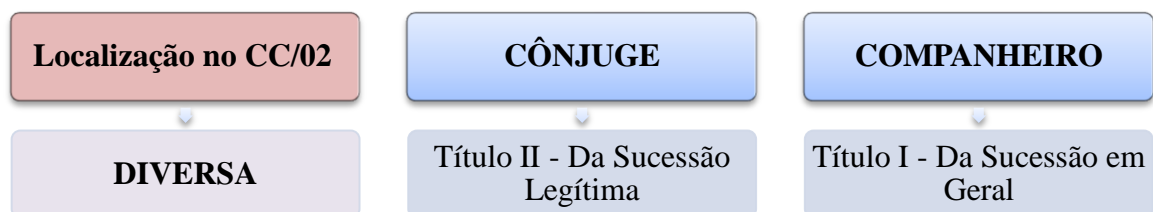
3.1 Discrepâncias e/ou Retrocessos: o Direito Sucessório do companheiro instituído pelo Código Civil de 2002

No capítulo anterior, restou amplamente demonstrado o deslinde da sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro, ficando evidente que não há paridade no tratamento de tais situações. Este ponto passará, então, a enfrentar, pormenorizado, as discrepâncias, bem como, o retrocesso que o atual Código Civil dispensou à união estável em matéria sucessória, confirmando, ao final, a totalidade das hipóteses suscitadas para esta pesquisa, que consideraram o manejo dispare entre essas sucessões *causa mortis*.

3.1.1 A localização da sucessão do cônjuge e do companheiro no atual Código Civil

O Código Civil de 2002, em sua Parte Especial, Livro V, destina-se ao tratamento do Direito das Sucessões. As disposições relativas à sucessão hereditária do companheiro, art. 1.790, foram inseridas no bojo do Capítulo I, do Título I – destinado às ‘Disposições Gerais’ de todo o livro das Sucessões; enquanto a sucessão hereditária do cônjuge foi disciplinada nos Capítulos I e II, do Título II – destinado à ‘Sucessão Legítima’⁴¹⁷.

O quadro abaixo reluz o paradoxo quanto à localização das normas:



A localização totalmente díspar denota, com evidência, que o legislador não prestou o mesmo cuidado e tratamento à sucessão hereditária do companheiro, sendo este o primeiro registro quanto à impropriedade e/ou desleixo dispensado à matéria⁴¹⁸.

3.1.2 A condição de meeiro e a posição de herdeiro necessário

⁴¹⁷ Uma breve observação no índice sistemático do atual Código Civil demonstra o quanto explanado.

⁴¹⁸ Ver nota de rodapé n. 374.

Antes de se adentrar, especificamente, no *quantum* da herança que coube ao cônjuge e ao companheiro, mister se faz evidenciar a condição e a posição que cada um alcançou com o atual Código.

a) O cônjuge

O cônjuge manteve a sua condição de **meeiro**, ou seja, independentemente da sucessão *causa mortis*, o cônjuge é detentor de parte do patrimônio do casal, a qual será averiguada de acordo com o regime de bens escolhido pelo casal.⁴¹⁹

O atual Código Civil conclamou ao cônjuge posição de destaque, tornando-o herdeiro de seu falecido consorte. Essa posição, além de ser justa com àquele que tudo partilhou, garantiu que o cônjuge seja herdeiro obrigatório do falecido, ou seja, **herdeiro necessário**, nos termos do que dispõe o art. 1.845 do Código Civil.

b) O companheiro

Da mesma forma que ocorre para o cônjuge, o direito à **meação** do companheiro preexiste à morte do autor da herança, isto porque meação não se confunde com herança.

Dessa forma, e como já exposto no capítulo anterior, se os companheiros pactuaram, por escrito, quanto aos seus bens por um determinado regime, este deverá ser preservado, existindo ou não bens em meação⁴²⁰. Mas, na ausência de contrato escrito, aplicar-se-á o quanto disposto no art. 1.725 do Código Civil, ou seja, quanto aos bens será aplicado, no que couber, o Regime da Comunhão Parcial de Bens, para se identificar o que cabe a cada um dos companheiros a título de meação⁴²¹.

Já no que tange ao direito de herança, o companheiro também conquistou o *status* de herdeiro, mas facultativo. Isto é, o companheiro, a teor do art. 1.845 do Código Civil, não é considerado herdeiro legítimo e privilegiado do falecido – **herdeiro necessário**, mas, tão somente, seu herdeiro facultativo, passível de ser excluído por disposição de última vontade, a exemplo do que ocorre com os herdeiros colaterais, uma

⁴¹⁹ Assim, por exemplo, se casados pelo Regime da Comunhão Universal de Bens, caberá ao cônjuge a metade de todo o patrimônio, salvo os excluídos, conforme o art. 1.668 do Código Civil; se casado pelo Regime da Comunhão Parcial de Bens tocar-lhe-á a metade dos bens adquiridos na constância do casamento, salvo exclusões do art. 1.659 do Código Civil; para maiores esclarecimentos, consultar os artigos 1.639 a 1.688 do Código Civil.

⁴²⁰ A respeito dos Regimes de Bens, ver artigos 1.639 e seguintes do novo Código Civil.

⁴²¹ Assim, remete-se às regras do art. 1.658 a 1.666 do Código Civil.

vez que a ele não cabe parte da legítima que é por lei reservada aos herdeiros necessários ou reservatários⁴²².

Assim, o quadro abaixo demonstra o tratamento conferido pelo atual Código Civil ao cônjuge e ao companheiro, no que cerne ao direito à meação e a condição de herdeiro necessário:

| CONDIÇÃO/POSIÇÃO | CÔNJUGE | COMPANHEIRO |
|---------------------|---------|-------------|
| Meeiro | SIM | SIM |
| Herdeiro Necessário | SIM | NÃO |

Dessa forma, não se tem justificativa plausível para se explicar a omissão do companheiro no rol dos herdeiros necessários do art. 1.845 do Código Civil; ou ocorreu mais uma impropriedade legislativa, o que custa a crer, ou realmente se trata de uma opção discriminatória àqueles que optaram por comungar uma vida fora dos ditames formais do casamento.

3.1.3 O quinhão hereditário do cônjuge e do companheiro e o direito de habitar

É no que tange à quota a ser recebida a título de herança, pelo cônjuge e pelo companheiro, que a discriminação se torna mais evidente e palpável, muito embora, a exclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários tenha consequência práticas desastrosas, caso o falecido tenha testado seus bens disponíveis⁴²³.

Em apertada síntese, três são as situações em que poderão o cônjuge e o companheiro herdar a herança do *de cujus*, salientando-se que as regras específicas para a contemplação como herdeiros estão inseridas no art. 1.829 e no art. 1.790, ambos do atual Código Civil, respectivamente:

* Em concorrência com os descendentes [**CASO 1º a 3º**];

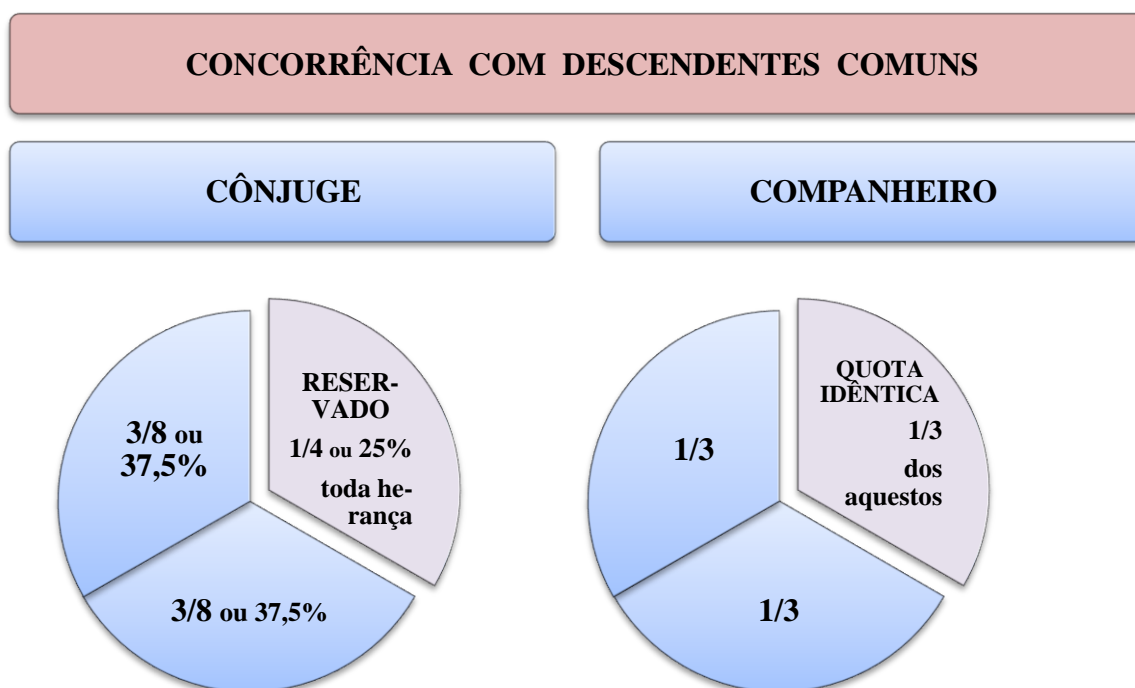
⁴²² Ver GAMA (2007, p. 131-132); CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 46-47; 181)

⁴²³ Consequência desastrosa porque o companheiro nada herdar, uma vez que, testando a parte disponível, nada sobrar para o companheiro a título de herança, somente, a parte indisponível – a legítima – aos herdeiros necessários, quais sejam, os descendentes ou ascendentes.

- * Em concorrência com os ascendentes/demais parentes [**CASO 4º**];
- * Recebendo sozinhos [**CASO 5º**].

Os quadros a seguir denotam as diferenças no recebimento da herança, ressaltando que a sucessão do cônjuge, **CASOS 1º a 3º**, estará sempre condicionada ao regime de bens eleito, como visto no capítulo anterior:

1º CASO

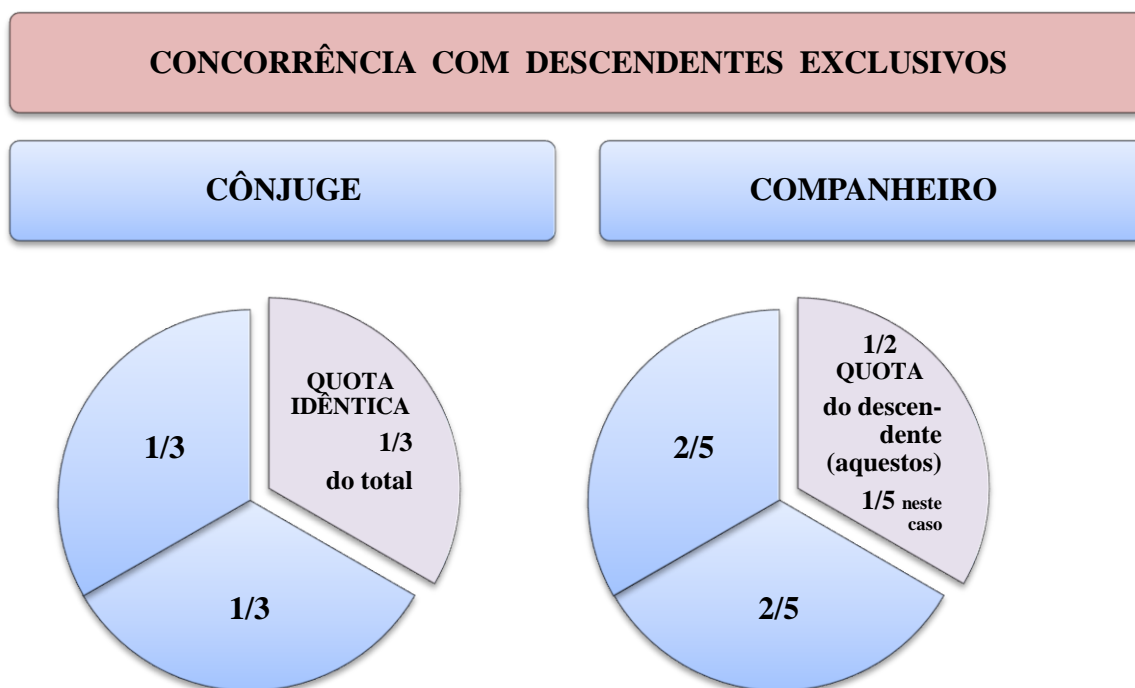


A discrepância, nesse caso, refere-se à quantidade e ao que abarca a quota ou quinhão hereditário destinado ao cônjuge e ao companheiro. Isto quer dizer que, caberá ao cônjuge quota representada por **1/4 ou 25%** de toda a herança e, aos descendentes comuns o restante (3/4), em divisão igualitária. Logo, ao companheiro caberá a mesma quota que aos demais descendentes comuns, mas esta se refere, apenas, sob os bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável, ou seja, os **aquestos**.

Percebe-se, assim, a total disparidade, no *quantum* e na extensão da herança deferida ao companheiro, pois a ele a herança tocará uma parte apenas e sob o patrimônio contraído na permanência da convivência, enquanto, ao cônjuge a herança de 25% se lançará sob todos os bens que constituem a herança *de cujus*; diversidade essa, no

quantum, injustificável dada à natureza do que uniu essas duas pessoas, seja por meio do casamento, seja pela união estável, pois o referente aqui é **a comunhão de vida** e jamais o patrimonial.

2º CASO



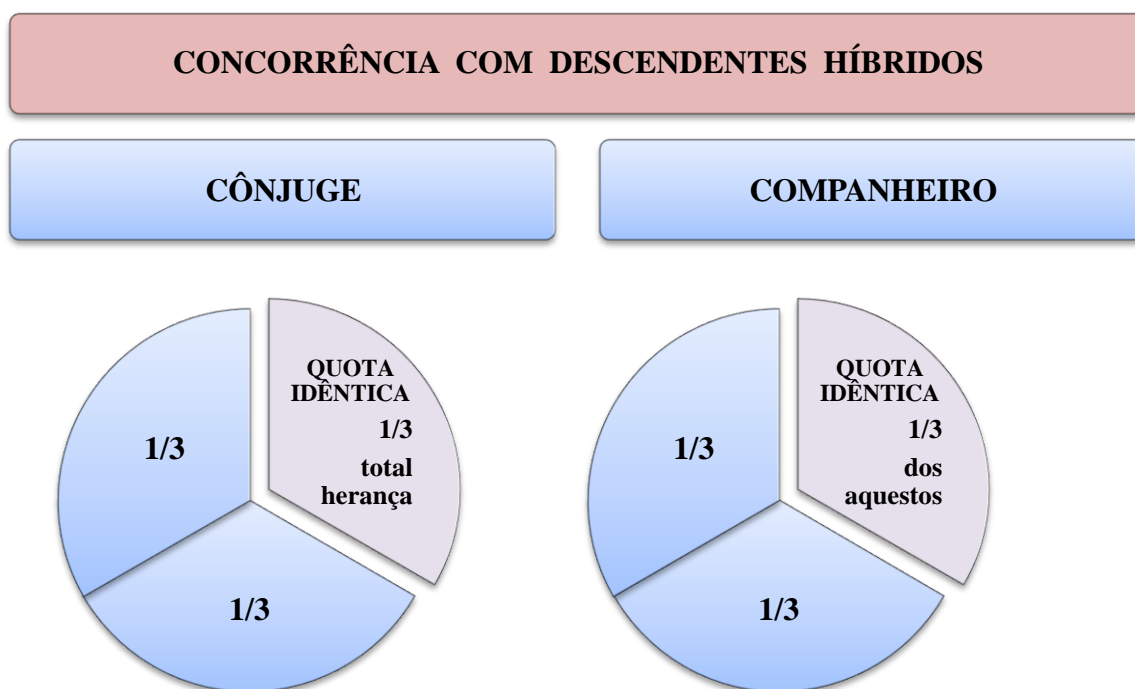
Nesse caso, há disposição totalmente desigual, seja no tocante a quantidade, seja no tocante ao que abarca a herança destinada ao cônjuge e ao companheiro. Logo, percebe-se que ao cônjuge caberá quota idêntica à destinada aos descendentes exclusivos do *de cuius*; quota essa que, também, estende-se sob todos os bens da herança.

Já ao companheiro caberá a metade da quota destinada aos descendentes exclusivos, mas essa quota refere-se, apenas, aos aquestos⁴²⁴, quais sejam os bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável – para localizar o valor exato da quota, ver ‘Regras para o Cálculo’ no capítulo anterior⁴²⁵.

⁴²⁴ Novamente a diferença inescusável, refere-se à quantidade e ao que abarca a quota ou quinhão hereditário destinado ao cônjuge e ao companheiro.

⁴²⁵ Ver no tópico 2.3.2 Análise do Direito Sucessório do companheiro no Código Civil de 2002, o item a.1) Companheiro, como HERDEIRO, dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da União Estável, seguindo modelo fornecido por CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 184).

3º CASO



Para as duas situações, não há previsão legal do *quantum* a ser destinado ao cônjuge ou ao companheiro, caso concorrerem com descendentes híbridos do falecido. Segue-se, então, a orientação majoritária da doutrina⁴²⁶, que dispõe que ao cônjuge será destinada a mesma quota que aos descendentes híbridos do falecido; e ao companheiro, também, a mesma quota destinada aos descendentes híbridos⁴²⁷. Evita-se, com isso, qualquer afronta e/ou discriminação⁴²⁸, em flagrante desigualdade na distribuição dos quinhões, entre os mesmos descendentes do autor da herança.

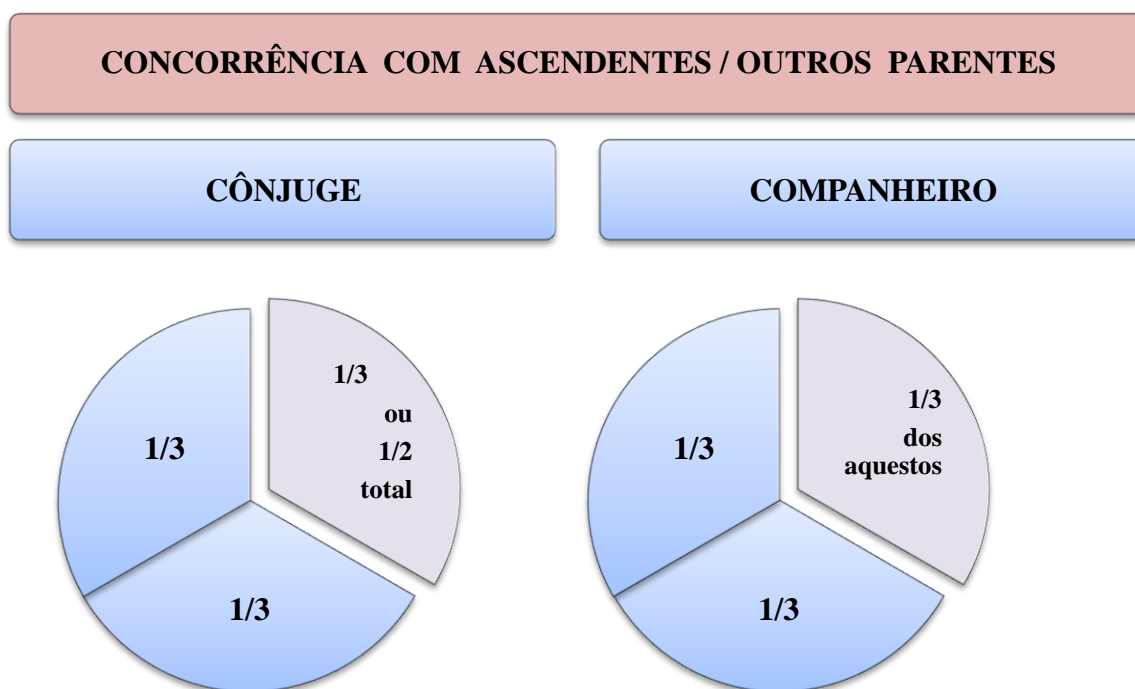
No entanto, a extensão das quotas do cônjuge e do companheiro é totalmente diversa, pois a quota do cônjuge incidirá sob a totalidade da herança e a do companheiro sob os aquestos, apenas.

⁴²⁶ Ver, por exemplo, COELHO (2009, p. 262); DIAS (2008, p. 175-176); CAHALI; HIRONAKA (2007, 171; 189), este último, CAHALI, aponta que na situação híbrida deve ser reservada a quota mínima do cônjuge, porque a lei não indicou que todos os descendentes deveriam ser comuns, bem como, traz quadro sinóptico para demonstrar a divergência a respeito deste tema, elencando vários doutrinadores sobre a conduta a ser adotada.

⁴²⁷ Ao cônjuge, aplicando-se, assim, a primeira parte do que dispõe o art. 1.832 do Código Civil, haja vista que a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança somente deverá se justificar, caso o cônjuge seja ascendente de todos os descendentes em concorrência. E ao companheiro, o que dispõe o inciso I, do art. 1.790 do Código Civil; conforme bem expõe, por exemplo, COELHO (2009, p. 262).

⁴²⁸ Para melhores esclarecimentos, consultar CARVALHO NETO (2007, p. 188-189); CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 184); COELHO (2009, p. 264) e DIAS (2008, p. 175-176).

4º CASO



Mais uma vez, a diferença injustificável se remete à quantidade, ao que abrange a quota destinada ao cônjuge e ao companheiro, e para agravar, o fato do companheiro concorrer não só com os ascendentes, mas, também, com ‘outros parentes’, em total dissonância com a última forma de concorrência do cônjuge, ou seja, com os ascendentes apenas.

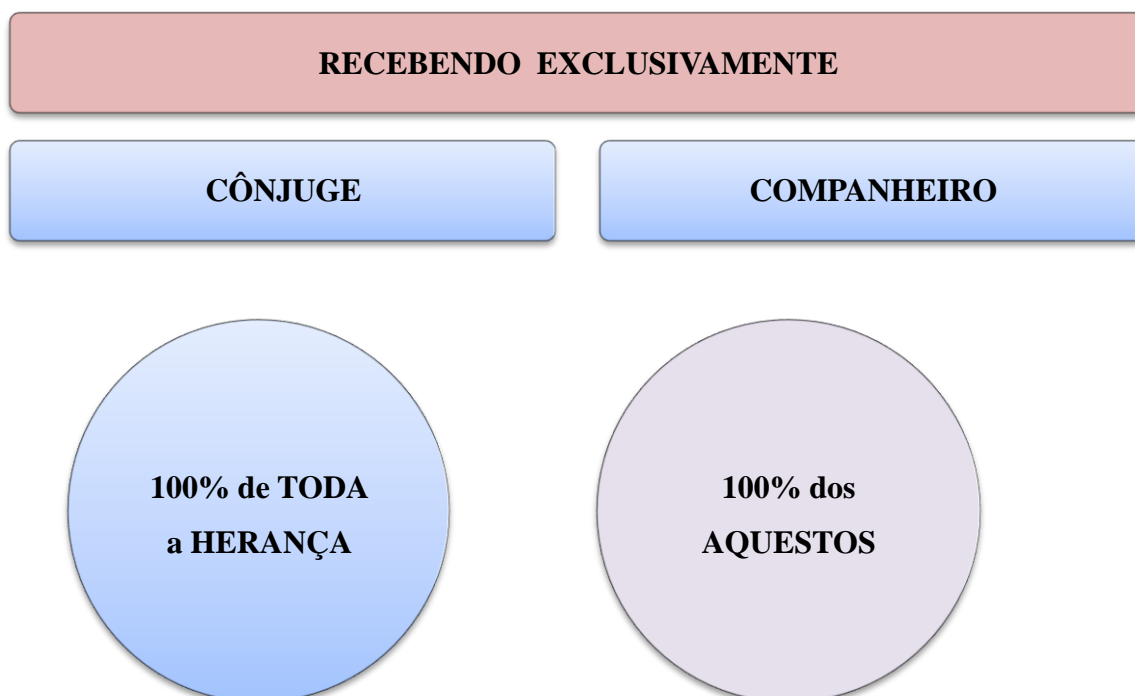
Para o cônjuge, nessa espécie de concorrência, é fato irrelevante o regime de bens adotado por ora do matrimônio, logo sempre herdará ao concorrer com os ascendentes, do seguinte modo: inexistindo descendentes serão chamados a suceder os ascendentes em concorrência com o cônjuge e, se este concorrer com o pai e a mãe do falecido, receberá ele $\frac{1}{3}$ da herança e os demais $\frac{2}{3}$ serão partidos igualmente entre os pais do finado; mas se o falecido possuir somente o pai ou somente a mãe; ou inexistindo pai e mãe vivos, mas com ascendentes de grau superior vivos (como avós, bisavós, independentemente de quantidade), estes concorrerão e ao cônjuge viúvo será destinado a metade da toda a herança e a outra será distribuída entre os ascendentes, em partes iguais.

Já ao companheiro caberá, sempre, $\frac{1}{3}$ da herança, pouco importando quem são e quantos são estes ‘outros parentes’, aos quais caberá o dobro dos bens adquiridos pelo casal no período da união estável.

Novamente, percebe-se o tratamento discriminatório dado ao companheiro, primeiro porque a sua quota ou quinhão hereditário incidirá somente sob os bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável – os aquestos; segundo porque se concorrer com os ascendentes do falecido (independentemente se for o pai e a mãe, ou somente o pai ou somente a mãe, ou se os avós ou os bisavós etc.), terá direito a 1/3 dos aquestos; terceiro porque inexistindo ascendentes, serão chamados outros parentes (colaterais) e, mesmo assim, o companheiro receberá somente 1/3 dos aquestos.

Desta forma, ao companheiro será destinado, sempre, 1/3 dos aquestos e o restante (2/3) será entregue aos ascendentes ou aos colaterais, além de outros bens, caso o *de cuius* tenha deixado patrimônio particular.

5º CASO



Nessa hipótese, na falta de ascendentes e descendentes, ao cônjuge será destinada a totalidade da herança, nos termos do que dispõe o art. 1.838 do Código Civil; enquanto, ao companheiro, inexistindo descendentes e outros parentes, será deferida a totalidade dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável, como assevera o inciso IV, do art. 1.790 do Código Civil.

A impropriedade reside, justamente, na extensão da herança; ao cônjuge a totalidade dos bens e, ao companheiro a totalidade dos aquestos. Diferença que não coaduna com os preceitos constitucionais e nem com as modificações trazidas pelo atual ordenamento civilista, em prol da valorização daquele que em tudo compartilhou com seu consorte, já que não há diferença cabal nos votos e no afeto das pessoas que formalizam ou não a sua união.

a) Do direito real de habitação e do usufruto vidual

Pelo atual Código Civil, o direito de habitar foi conferido, apenas, ao cônjuge, independentemente do regime de bens adotado. Enquanto o usufruto vidual não foi atribuído nem ao cônjuge e nem ao companheiro.

| | | |
|----------------------------------|----------------|--------------------|
| HABITAÇÃO/USUFRUTO | CÔNJUGE | COMPANHEIRO |
| Direito Real de Habitação | SIM | NÃO |
| Usufruto Vidual | NÃO | NÃO |

Transparece, mais uma vez, a diferença no trato entre as pessoas casadas e as companheiras. Qual a justificativa plausível para se destinar, somente, ao cônjuge o direito de habitar, até o fim de seus dias, na residência oficial do casal e ao companheiro não? Seria o companheiro, então, pessoa não grata ou em melhores condições que o cônjuge viúvo?

Como justificar, ainda, que a antiga Lei n. 8.971 de 1994, em seu art. 2º, incisos I e II⁴²⁹, concedeu ao companheiro o direito real de habitação e, posteriormente, o Código Civil de 2002, retrocedendo, suprimiu uma conquista, negando-lhe o privilégio que, agora, estendeu a toda e qualquer pessoa casada⁴³⁰?

⁴²⁹ Lei esta que se encontra revogada; para maiores explicações ver CAHALI ; HIRONAKA (2007, p. 185).

⁴³⁰ Conforme texto legal e, a maioria dos doutrinadores, dentre eles CAHALI; HIRONAKA (2007, p. 181); COELHO (2009, p. 232) e CARVALHO NETO (2007, p. 194-195).

Estas são, apenas, algumas indagações que palpitam e transparecem diante da total incongruência e disparate no tratamento do Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro.

A seguir, será destinado um olhar sob as consequências que tais discriminações causam nessa instituição que compõe e solidifica a pessoa humana, a família; de modo a perceber que tamanha discrepância, além de não coadunar com a base e os princípios conquistados com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não representa mais a realidade das novas famílias brasileiras.

3.2 A discriminação no instituto dos companheiros: óbices para uma nova família

Neste momento, abordar-se-ão, primeiramente, as linhas gerais sobre o âmago do tratamento discriminatório desferido ao companheiro nas últimas décadas; causa essa crucial para se compreender o porquê do quanto disseminado ao longo dos anos, até se materializar o, então, Código Civil vigente; após virão à tona os reais prejuízos que esse velho paradigma trouxe à nova família brasileira, as quais se intensificarão caso mudanças não se operarem na legislação civilista brasileira.

Certo é, que essa vetusta colônia portuguesa, até o advento da Constituição da República de 1988, somente reconhecia como família, o consórcio de pessoas que se uniam pelos laços tradicionais do casamento; entendimento esse, intimamente ligado ao Direito Romano e aos dogmas do Direito Canônico, “através da influência do Direito de Família português que por sua vez, foi constituído sob forte influência do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito Bárbaro.”⁴³¹ Assim, todas as Constituições anteriores⁴³² à atual, traziam a conjugalidade sob o manto eclesiástico e a

⁴³¹ GAMA, 2001, p. 36.

⁴³² Para espelhar tal tratamento, a Constituição outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824 trazia nas disposições gerais, as garantias dos Direitos Civil e Políticos, mas nada constava a respeito do casamento; afirmando, apenas, em seu artigo 16 que a religião oficial era a “Católica Apostólica Romana”. Já a **Constituição** Republicana de 24 de fevereiro de 1891, que teve entre seus arquitetos Rui Barbosa, apregoava a separação entre a Igreja e o Estado, além de dispor, expressamente, a respeito do casamento civil e, em seu artigo 72, parágrafo 4º, prescreveu que: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” Entretanto, nada mais foi alterado quanto ao tema. Apesar das manifestações a favor do divórcio, desde a elaboração do texto constitucional de 1891, o novo texto **constitucional de 1934** não só pôe de lado estas insistentes manifestações, como insere expressamente a indissolubilidade do casamento ao instituir em seu art. 144 que “a família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”; a respeito deste artigo, Pontes de Miranda esclareceu que: “O artigo 144 da Constituição brasileira de 1934 correspondeu à resistência do catolicismo à dissolubilidade do vínculo conjugal.”, in: MIRANDA, Pontes.

abordava como, e exclusivamente, sendo o casamento, ou seja, a única fonte para se constituir uma família.

Por outra banda, se o matrimônio era condição fundante da família, a indissolubilidade era a principal característica daquele vínculo; configurando-se, diante disso, a verdadeira causa impeditiva para que uma nova família viesse à tona, mesmo diante de um casamento despido de êxito, respeito ou ânimo para sua continuidade⁴³³.

Certo também o é que, especialmente após a década de sessenta, frente a novos hábitos⁴³⁴ e valores⁴³⁵, novas manifestações eclodiram acerca da necessidade de se alterar esta indissolubilidade⁴³⁶ e de se instituir o divórcio⁴³⁷, já que famílias extramatrimoniais existiam e se encontravam à margem, rechaçadas moral e juridicamente.

Mesmo assim, as Constituições de 24 de janeiro de 1967 e de 17 de outubro de 1969⁴³⁸ não “tiveram o ensejo de abrir mais um campo de batalha com a Igreja e a indissolubilidade continuou a existir no papel, completamente divorciada de nossa

Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.323.

⁴³³ Como bem explica GAMA (2001, p. 33) que “o matrimônio é um sacramento e sendo o matrimônio um sacramento e sujeito a indissolubilidade, todas as outras uniões entre homem e mulher fora do casamento eram uniões precárias, passíveis de pronta dissolução, apresentando-se como “concubinato”.”

⁴³⁴ Por exemplo, a mulher passou a atuar diretamente no mercado de trabalho, principalmente no período da Revolução Industrial invertendo papéis com os homens. Este fato fez desenvolver “um novo direito de família à margem da sistematização do Código Civil, que conserva o padrão de uma estrutura hierarquizada do marido obrigado a sustentar a mulher e prover à manutenção da família, assisti-la, socorrê-la, arcar com todas as despesas de educação dos filhos etc.”, In: GOMES, Orlando. **O novo direito de família.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p.10.

⁴³⁵ Exemplo disto, a emancipação da mulher, com a inserção no mercado de trabalho, o uso de métodos contraceptivos, dentre outros de conhecimento público e notório da modernidade.

⁴³⁶ PONTES DE MIRANDA (1972, p. 323) ao se manifestar acerca da indissolubilidade, afirmava que “Nenhum princípio, a priori, ou de direito natural, há, que haste à explicação da indissolubilidade. Só mesmo razão especialíssima, de ordem religiosa, poderia estatuí-la.”

⁴³⁷ Dentre os defensores do divórcio, PONTES DE MIRANDA (1972, p. 320) proclamava que “o Estado protege a família, como instituição, e, se a proteção, que se lhe recomenda o texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a Constituição de 1946, como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns ou quase todos os membros, brasileiros, oriundos de casamento não indissolúvel (e.g., do casal inglês, alemão, francês, norte-americano, português); seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado.”

⁴³⁸ Cumpre registrar, a controvérsia entre os doutrinadores, se a Constituição de 1969 tratou de uma constituição propriamente dita ou, apenas, de uma emenda à constituição de 1967. Na explicação de BASTOS, “Para uns, como visto, esta emenda é uma nova constituição, para outros não passa de mera emenda.” [...] Preferimos ficar com estes últimos, embora não se desconheça que a relevância da questão é muito pequena”, in: (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1999, p. 139.). Já SILVA discordando de BASTOS, esclarece que: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.”, in: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

realidade.⁴³⁹; o que só foi alcançado com o advento da Lei do Divórcio⁴⁴⁰, no ano de 1977.

Ademais, no que tange a indissolubilidade do casamento, dentre as teses defensivas para a instituição do divórcio naquela época, o grande anseio era para dissolver o antigo vínculo matrimonial, possibilitando por meio disso que o indivíduo contraísse novas núpcias e, aí sim, possibilitado estaria para constituir uma nova família.⁴⁴¹

Ressalta-se⁴⁴², então, que não se buscava reconhecer família sem casamento; ou havia casamento, ou não havia família. Ignorava-se a idéia de que⁴⁴³:

Ao Estado, assim, como à Igreja, compete em grau a um só tempo eminente e inabdicável reconhecer a família. Reconhecer a família, contudo, não é apenas abrir-lhe espaço nas constituições e nos códigos, para, depois, sujeitá-la a regras de organização e funcionamento. É, antes, assegurar sua faculdade de autonomia e, portanto, de auto-regramento. O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto.

E esses anseios finalmente foram atendidos e por meio de proposta do Senador Nelson Carneiro em 1977, subscrita por Accioly Filho⁴⁴⁴ e mais 158 parlamentares, foi editada a Emenda n. 9, publicada em 09 de junho de 1977 que, embora tardiamente, instituía o divórcio, retirando a indissolubilidade do texto constitucional.

⁴³⁹ Assim, a Emenda/Constituição de 1969 não afastou a influência canônica e não inovou sobre o tema ao manter o dispositivo da Constituição de 1967 em seu artigo 175 considerando o casamento indissolúvel, ao dispor: “Artigo 175 - A família constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.”, tendo como fonte o site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03.htm> Acesso em 22 abr. 2009 às 23:51. Este artigo e seu parágrafo primeiro demonstram que o aspecto familiar em sede constitucional reitera os antigos equívocos, além das mesmas idéias conservadoras, tudo em flagrante necessidade por mudanças.

⁴⁴⁰ Qual seja, a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulando os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

⁴⁴¹ Bem assevera LIMA, ao trazer à baila que “Não consigo entender a moral do desquite que, aceitando o fato da separação dos cônjuges, fecha-lhes a possibilidade de constituição legal de nova família, impondo à mulher, que tem sido a grande vítima dos defeitos da organização econômica e social, a alternativa da renúncia ascética ou a ligações clandestinas, a proscrição da sociedade.”, in: LIMA, Domingos Sávio Brando. **A nova lei do divórcio comentada**. São Joaquim da Barra: O. DIP. Editores Ltda, 1978. p. 129.

⁴⁴² Atentar para a época, ou seja, final da década de 60 e início da década de 70.

⁴⁴³ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: Couto Sérgio (coord.). **Nova realidade do direito de família**. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999. Tomo 2. p. 53.

⁴⁴⁴ Oportunas as palavras colacionadas por LIMA (1978, p. 137), ou seja, que “A estabilidade do casamento e assim da família não está a depender da indissolubilidade do vínculo. Ele depende da própria estabilidade emocional e da educação dos cônjuges, que devem estar preparados para o casamento.” Trazendo ainda, o texto da Emenda n. 9, “Art. 1º. O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. Art. 2º. A separação, de que trata o §1º do art. 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda”.

Tal Emenda foi regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – a Lei do Divórcio. Ocorre que o intuito inicial para essa inovação era para dissolver um casamento para propiciar à celebração de outro; não coadunando com os clamores da realidade fática ao final da década de setenta. Isso porque não se buscava, apenas, a dissolução do casamento do civil, mas, também, o reconhecimento de outros tipos de união afetiva – como a união entre um homem e uma mulher sem o vínculo formal do matrimônio. – como família, desejo esse há muito presente na sociedade brasileira.

E nesse ponto há que se fazer um parêntese, contextualizando o porquê do que se vislumbra hoje a respeito do quanto disciplinado juridicamente sobre a união estável, especialmente no tocante a sucessão hereditária.

Como visto no capítulo anterior, a idade mental do Código Civil de 1916 era do final do século XIX, mas especificamente do ano de 1899 e a sua essência, estava, sobremaneira, já em desacordo com aqueles dias⁴⁴⁵; impulsionando à época, correções e readequações do novo, mas já antigo Código Civil de 1916⁴⁴⁶. Dentre as revisões e atualizações destacaram-se os Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e de 1965, o Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes⁴⁴⁷ em 1963 e o Projeto de 1975.

O Projeto de Orlando Gomes, embora não tratasse especificamente da união estável, trouxe capítulo próprio à sucessão da companheira, em verdadeiro avanço para os anos sessenta, e muito similar ao que existe hoje no atual Código Civil, inclusive por tratar do Direito Sucessório em um artigo apenas, eis a íntegra daquele⁴⁴⁸:

Art. 784. Sucessão da Companheira – A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma coata equivalente à que por lei é atribuída ao filho;

⁴⁴⁵ MIRANDA, 1981, p. 85.

⁴⁴⁶ CARVALHO NETO, 2007, p. 98-111.

⁴⁴⁷ No governo de Jânio Quadros foi criado, no Ministério da Justiça, o Serviço de Reforma dos Códigos por meio do Decreto n. 51.005, de 20 de julho de 1961. Posteriormente, no governo de João Goulart o plano de reformas foi reformulado e, juristas de elevado prestígio foram contratados para a elaboração dos Anteprojetos. Orlando Gomes, em 1963, lavrou o Anteprojeto do Código Civil, tomando por bases os Códigos Cívís suíço, italiano, grego, mexicano e peruano, além da reforma do Código Civil francês; conforme CARVALHO NETO (2007, p. 114.)

⁴⁴⁸ O Anteprojeto de Orlando Gomes tratava da sucessão da companheira, não conferindo mesmo direito ao companheiro; que assim estabelecia no art. 784 do Capítulo II do Título II, do seu Anteprojeto, in: GOMES, Orlando. **Memória justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1963. p. 117-118.

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV – Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terço da herança.

No entanto, todo o trabalho realizado por Orlando Gomes não foi capaz de introduzir uma nova codificação, sendo retirado de cena pelo governo, em junho de 1966⁴⁴⁹.

Mas no ano seguinte – 1967 – uma nova comissão foi composta sob a supervisão de Miguel Real⁴⁵⁰ e após revisões, emendas e alterações, o Projeto definitivo foi apresentado ao governo⁴⁵¹, que o enviou ao Congresso Nacional em 10 de junho de 1975 e, somente em 1983 foi aprovado na Câmara dos Deputados.

Após quase uma década – ano de 1991 – o Projeto foi desarquivado, competindo a Miguel Reale e a José Carlos Moreira Alves a reestruturação dele⁴⁵². O qual foi aprovado pelo Senado no ano de 1997; e após readequações da Câmara, “às alterações constitucionais e legais promulgadas desde a sua apresentação em 1975”⁴⁵³, finalmente o aprovou em 20 de novembro de 2001.

Então, pelo Presidente da República foi sancionado em 10 de janeiro de 2002 – Lei n. 10.406/2002 – e publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002, entrando em vigor um ano após.⁴⁵⁴

Em sendo assim, aflorara o ponto crucial para se aquilatar o porquê do tratamento dispensado ao companheiro, especialmente no que afeta a matéria sucessória:

⁴⁴⁹ Por meio da Mensagem 393, de 21 de junho de 1966 como bem explica CARVALHO NETO (2007, p. 115-116).

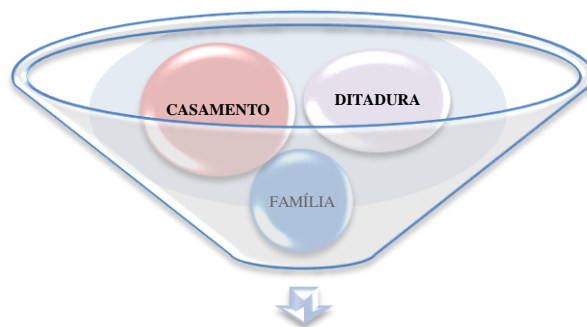
⁴⁵⁰ Competindo a Torquato Castro a parte atinente ao Direito das Sucessões, CARVALHO NETO (2007, p. 120).

⁴⁵¹ De Ernesto Geisel, conforme explicação de CARVALHO NETO (2007, p. 120).

⁴⁵² Sob a “relatoria do Senador Josaphat Marinho”; CARVALHO NETO (2007, p. 121).

⁴⁵³ Ao voltar à Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 1997, o Projeto já estava em tramitação há mais de três legislaturas, prescindindo, então, de uma revisão para readequá-lo “[...] às alterações constitucionais e legais promulgadas desde a sua apresentação em 1975.”, para ser discutido finalmente na Câmara dos Deputados. CARVALHO NETO (2007, p. 121).

⁴⁵⁴ CARVALHO NETO (2007, p. 121-122) e, em mesmo sentido GAMA (2007, p. xvii-xix).



PARADIGMA NAS REFORMAS

O paradigma brasileiro acerca da família, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, era aquele fundado no casamento tradicional, regido sob o manto patriarcal⁴⁵⁵ e sacro, onde reinava a desigualdade entre os cônjuges e os filhos.

A conservação desse paradigma ao longo do século XX, ora se deu pela mentalidade e postura dos nossos legisladores e representantes que também exerciam seu ‘poder patriarcal’, estendendo-o ao cenário político brasileiro, ora pela necessidade em se coibir avanços ‘libertadores’⁴⁵⁶ que destoassem ou comprometessem a ordem social, nas assombrosas décadas do regime militar⁴⁵⁷, tanto é, que os avanços suscitados no Anteprojeto de Orlando Gomes, a exemplo dos direitos sucessórios conferidos à companheiros, foram prontamente refutados pelo governo no ano de 1966⁴⁵⁸, o qual compôs nova Comissão, em 1967, para realização de um outro Anteprojeto de Código Civil⁴⁵⁹.

A par de tudo isso, torna-se mais real perceber o porquê a dissolução do casamento pelo divórcio, perseguida naquela época (especialmente anos 60 e 70), possuía a

⁴⁵⁵ SOARES (2004, p. 113) traduz bem as características da família patriarcal, “Em resumo, a família patriarcal caracteriza-se pela autoridade máxima conferida ao chefe da família, o qual exerce poder, mais ou menos absoluto, sobre a mulher, filhos, agregados e escravos”., considerando ele, ainda, que tais raízes foram lançadas com a vinda e o modelo trazidos pelos colonizadores portugueses.

⁴⁵⁶ Por exemplo, o Movimento Feminino que lutava pela emancipação da mulher, o movimento estudantil etc. Por outra banda, alude SOARES (2004, p. 83) que “nessa época, o Brasil era palco de movimento social e operário, que se encontrava em consonância com as grandes reivindicações políticas, econômicas e trabalhistas européias, e os conflitos interimperialistas, em meio ao cenário da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), quando então se chocavam diferentes ideologias, tais como o anarquismo, a social democracia e o socialismo.”

⁴⁵⁷ SOARES (2004, p. 83-84; 113-128), oportunidade em que expõe o marco da ditadura no ordenamento jurídico brasileiro, além de faz uma grande reflexão acerca do modelo de família patriarcal brasileira, contextualizando-a, inclusive, no cenário do poder político que aqui reinou no século passado.

⁴⁵⁸ Como já visto anteriormente, retirado por meio da Mensagem 393, de 21 de junho de 1966, in: CARVALHO NETO (2007, p. 115-116).

⁴⁵⁹ Ver nota de rodapé de n. 450 e 451.

finalidade precípua de se celebrar um novo casamento e, com isso, legalizar a união marginalizada.

Na mesma esteira, ver que a essência dos Projetos (Anteprojeto de Orlando Gomes – 1965⁴⁶⁰ e, Projeto de 1975⁴⁶¹) para reestruturação da ordem civil brasileira era a mesma que buscava a dissolução do casamento pelo divórcio, ou seja, não se almejava a uma família sem casamento, isso tudo em um verdadeiro hiato entre a norma e a ordem social⁴⁶².

A fim de se corroborar com o quanto exposto, colacionam-se algumas das diretrizes elencadas na Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, posteriormente, veiculadas por meio da Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975⁴⁶³. Oportuno, ainda, destacar que nas ‘Exposições’ do Ministro, resta esclarecido que o trabalho realizado por Miguel Reale, na feitura do Anteprojeto de 1975, obedeceu “a plano previamente aprovado pelo este Ministério”⁴⁶⁴, que foi encaminhada ao, então, ao Presidente da República Ernesto Geisel:

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessíveis para adaptações da lei à experiência social e econômica.

[...]

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

⁴⁶⁰ É de bom alvitre, no entanto, contextualizar, no tempo, o início e o fim dos trabalhos de Orlando Gomes, ou seja, iniciou-se no governo de Jânio Quadros que foi confiada a Orlando Gomes o preparo do Anteprojeto de Código Civil, mais especificamente no ano de 1961; quando da renúncia deste presidente, o novo governo, sob a presidência de João Goulart, novamente confiou os trabalhos do Anteprojeto a Orlando Gomes, trabalho que restou silenciado pelo regime militar; in: SOARES (2004, p. 79-80).

⁴⁶¹ Projeto de Lei n. 634/75, elaborado por comissão de juristas sob a supervisão de Miguel Reale, in: CARLI, Vilma Maria Inocência. **Inovações e Normas Consolidadas no Novo Código Civil**. Campinas: ME Editora, 2004. p. 25.

⁴⁶² Em que pese os avanços que Orlando Gomes procurou trazer em seu Anteprojeto, mas que de pronto não foi aceito pelo governo, em 1966, ver nota de rodapé n. 449 e 457.

⁴⁶³ Era o Ministro, Armando Falcão. Quanto a totalidade das diretrizes, bem como, da Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975 ver BRASIL. **Novo Código Civil**. Organizador Senador Neuto de Conto. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e publicações, 2007. p. 17-21.

⁴⁶⁴ Conforme BRASIL (2007, p. 17).

Por derradeiro, finaliza o Ministro⁴⁶⁵, ao encaminhar a Exposição de Motivos ao Presidente, que “Com o Projeto do Código Civil, a Política legislativa, traçada pelo Governo de Vossa Excelência, atinge o seu ponto culminante, por tratar-se, efetivamente, do diploma legal básico, cuja reforma condiciona todas as demais”. Transparecendo, também, com isto, que a ‘política legislativa’ restou, também, traçada pelo regime militar.

Logo, resta evidente, que a atual codificação civilista é fruto do Projeto de 1975, por conseguinte, o paradigma que este possuía acerca de família restou plasmado no Código Civil de 2002 e, com isso, ora reproduz situações sociais e/ou jurídicas há muito distanciadas da realidade fática e do Estado Democrático de Direito⁴⁶⁶, ora macula princípios, direitos e garantias já consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente, no tocante ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao das Famílias Plurais.

Nesse último palco é que se passará a examinar a necessidade de se transcender o velho paradigma acerca da família brasileira, para, então, possibilitar o abrigo de um novo paradigma, inaugurado com a Constituição da República de 1988 e, que há mais de vinte anos reclama consolidação efetiva no ordenamento infraconstitucional.

3.2.1 A urgência na constitucionalização do Direito das Famílias

⁴⁶⁵ Novamente o Ministro Armando Falcão, manifestando-se nos termos da citação adiante. Para maiores visualizações, consultar BRASIL (2007, p. 17).

⁴⁶⁶ Princípio democrático que se encontra disposto no art. 1º da Constituição da República de 1988. Neste sentido, SILVA complementa: "A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza, há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício." In: SILVA (1998, p. 123-124). Não resta dúvida, então, que tal princípio possui o condão de limitar a ação do Estado frente aos ditames da lei e aos direitos da sociedade, especialmente, porque age o Estado segundo à lei, jungido à lei, além de visar ao bem estar social, uma vez que, numa democracia todo poder emana do povo, portanto, quem o “assume”, realiza-o em nome deste, conforme BASTOS (1999, p. 156). Já SILVA (1998, p. 125) complementa ao dizer que: “É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei (...) significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social”.

É de cediço conhecimento, jurídico e social, que nenhum ramo do direito foi tão profundamente modificado quanto o Direito da Família ocidental ao longo das últimas cinco décadas⁴⁶⁷. Novos valores foram introduzidos na sociedade e o aspecto patrimonial distanciou-se do cerne, perdendo espaço para as relações de afeto, de solidariedade, de cooperação, de união, de respeito, de confiança, de amor, dentre outros que foram capazes de suplantar a hierarquia e a preocupação, essencialmente, patrimonialista.

Ademais, dentre os principais fatores que desencadearam essas mudanças, o fator econômico destacou-se, e ainda se destaca, haja vista que “a evolução econômica trouxe, também, a evolução social e, via de consequência, a alteração na concepção de família”⁴⁶⁸.

Bem se sabe, por outra banda, que o sistema jurídico “é dinâmico e o ordenamento jurídico, incompleto, mutável e prospectivo”⁴⁶⁹, justamente porque é constituído por normas, fatos e valores, os quais estão em constantes adaptações às vicissitudes de uma sociedade.

Nesse contexto está inserido o palco da trajetória da família no seio do ordenamento jurídico brasileiro, onde as flagrantes mutações e anseios sociais deflagraram urgência por uma mudança, por uma nova ordem política e jurídica nacionais.

Com propriedade DINIZ⁴⁷⁰ esclarece que

a evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida.

Aos poucos, operou-se no Brasil, que se encontrava desde 31 de março de 1964 sob o regime militar, a abertura para o processo de (re) democratização⁴⁷¹;

⁴⁶⁷ Visão esta que coaduna com a de OLIVEIRA (2002, p. 77).

⁴⁶⁸ Ressalta OLIVEIRA (2002, p. 80) que o fator econômico merece destaque, além de ter sido o catalisador de outros fatores que desencadearam as mudanças sociais. Destaque porque foi na Revolução Industrial, “que gerou as grandes concentrações urbanas e a inserção da mulher no mercado de trabalho”, in: OLIVEIRA (2002, p. 78).

⁴⁶⁹ OLIVEIRA, 2002, p. 76.

⁴⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 395.

⁴⁷¹ Ver OLIVEIRA (2002, p72-74).

inaugurando-se, após vinte e um anos de ditadura, uma nova fase para a vida política brasileira, a ‘Nova República’ como chama OLIVEIRA⁴⁷².

O nascimento dessa estava umbilicalmente atrelado a uma nova ordem constitucional, já que cada “círculo social corresponde o seu tipo de direito, o seu sistema”⁴⁷³ e, especialmente, porque as Constituições da República de 1967 e de 1969 representavam um verdadeiro descompasso “com os fatos sociais e os sentidos axiológicos conferidos pelos seus destinatários.”⁴⁷⁴ Diante desse quadro, no ano de 1985 foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte, sob a presidência do Deputado Federal Ulisses Guimarães, com o fito de gestar a nova ordem constitucional, a qual foi promulgada em 05 de outubro de 1988⁴⁷⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi desenvolvida para ser um instrumento de concretização da ordem democrática em prol da sociedade brasileira⁴⁷⁶, à luz de um Estado que não se estrutura e nem se justifica por si mesmo, mas em função e em razão dos indivíduos que o compõe⁴⁷⁷.

Por outro vértice, o tratamento lançado à família nesse contexto não pode ser tido como uma consequência dos novos ditames constitucionais, mas sim o abrigo constitucional ou a constitucionalização dada aos fatos e aos valores que já estavam embebidos e propagados no seio da sociedade brasileira. Albergou-se, então, “no plano constitucional o que já se tinha desenvolvido no plano sociológico da família”⁴⁷⁸.

Nesta senda, percebe-se que o manto constitucional abrigou aqueles que justificam a sua própria existência; destinado à base de toda sociedade tratamento específico que, assim, dispõe *in verbis*⁴⁷⁹:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

⁴⁷² Para melhores esclarecimentos, ver OLIVEIRA (2002, p. 71-76).

⁴⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. 7, p. 170.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, 2002, p. 83.

⁴⁷⁵ Ver OLIVEIRA (2002, p. 75-76);

⁴⁷⁶ Exemplo disto alude OLIVEIRA (2002, p. 90), e que “Na atual Constituição Federal, primeiro são fixados os direitos e garantias fundamentais para só depois serem traçadas as estruturas do Estado, dando amostra evidente de que este é um instrumento para concretização de uma ordem democrática a serviço da sociedade”.

⁴⁷⁷ Segundo OLIVEIRA (2002, p. 91).

⁴⁷⁸ OLIVEIRA, 2002, p. 91.

⁴⁷⁹ O Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social, trata da família. Artigo colacionado do site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.htm>. Acesso em: 22 abr. 2009 às 23:51.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

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

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

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

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

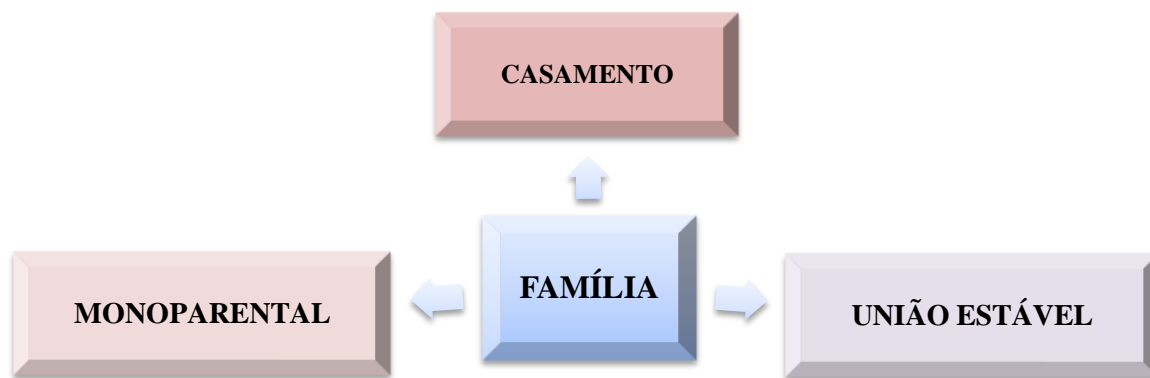
Com esse novo modelo e proteção, procurou-se eliminar os nefastos efeitos que o antigo paradigma exercia sob a família brasileira, de modo que, com a nova Constituição emergiu a possibilidade de edificar uma sociedade mais justa, tratando seus indivíduos e a sua base de forma legítima, igualitária e, especialmente dignificando a toda e qualquer pessoa⁴⁸⁰.

Dessa forma, a Constituição da República de 1988 possibilitou legitimar as mudanças que se operaram no conceito de família aos longos dos tempos; sepultando a família tradicional para se emanar uma nova família, a democrática⁴⁸¹, sedimentada sob a égide da dignidade, liberdade e igualdade⁴⁸², além de estar em plena sintonia com o arquétipo da modernidade, acolhendo, com isto, novas formas para sua constituição⁴⁸³:

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, 2002, p. 81-85.

⁴⁸¹ Democrática porque se trata de uma família consolidada pelos princípios constitucionais trazidos pela Constituição da República de 1988, com bem explica OLIVEIRA (2002, p. 84-86; 223). Enquanto GOMES, ainda enaltece que “a tendência para a *re-privatização do direito de família*, que vem manifestando como uma seqüela da redemocratização dos países que foram contaminados pelo vírus totalitário, reforça a posição dos adversários da *autonomia*, sem desconhecimento do fenômeno da emigração, para o *direito constitucional*, dos preceitos primários do direito privado.”, in: GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: forense, 1983. p.179

⁴⁸² Em consonância com o exposto por LÔBO, ou seja, que “A família moderna parte de dois princípios básicos, de conteúdo mutante segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade e a igualdade” E prossegue para explicar que “a família é concebida com base nos princípios da liberdade e igualdade: igualdade total entre os cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento; liberdade de constituir e extinguir reação conjugal; liberdade de assentada na garantia da integridade física,



Logo, a família contemporânea e constitucional brasileira não possui mais um único ventre, esse passou a ser plural e, hoje, pode ser formada tanto pelo matrimônio, como pela união estável ou, ainda, pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁴⁸⁴; sendo aquela formada pela união estável o ponto central do objeto ora em estudo.

Os fatos e as nuances anteriormente expostos, justificam uma das maiores conquistas para o Direito de Família, qual seja, a promulgação da Constituição da República de 1988 e, com ela o fenômeno hoje qualificado como a constitucionalização do Direito das Famílias⁴⁸⁵, em outras palavras, a “a elevação das relações familiares ao texto constitucional”⁴⁸⁶.

E no condão da constitucionalização do Direito das Famílias⁴⁸⁷, tem-se como consequência certa e inevitável que o ordenamento infraconstitucional, ao dispor sobre a família, deverá se subordinar aos ditames constitucionais, e com ele comungando de tal maneira, que irradiará os novos contornos da família contemporânea⁴⁸⁸.

mental e moral; liberdade de fixar o número de filhos; liberdade de se planejar. Extinguem-se de vez os resíduos de família patriarcal, rompendo-se a organização hierárquica tradicional”. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 54.

⁴⁸³ Para maiores explicações ver OLIVEIRA (2002, p. 81).

⁴⁸⁴ Para maiores informações sobre as espécies de família, ver OLIVEIRA (2002, p. 130-222).

⁴⁸⁵ OLIVEIRA (2002, p. 223) no discorrer de sua obra, refere-se à constitucionalização do Direito de Família, no entanto, esta subscritora optou por chamar tal constitucionalização de **Direito das Famílias**, coadunando com o sentido “plural” que a nova família possui.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, 2002, p. 223.

⁴⁸⁷ Acresce OLIVEIRA (2002, p. 224-225) que “A constitucionalização do Direito de Família trouxe como consequência a intervenção na família. Todavia, ele ocorreu na medida do essencialmente necessário. Essa “intervenção”, em vez de a “escravizar”, foi sua fonte de “libertação”. À importância da família para o Estado, não se seguiu uma ingerência indevida em seu interior. De maneira contrária, o Estado desempenha papel de auxílio paralelo às várias espécies de família”.

⁴⁸⁸ OLIVEIRA, 2002, p. 224-226.

Por conseguinte, é vedado à codificação civilista, ao disciplinar matérias afetas à família, desrespeitar e/ou confrontar os princípios fundantes da nova ordem constitucional, merecendo aqui destaque o da Dignidade da Pessoa Humana⁴⁸⁹, além, de outros princípios constitucionais e específicos⁴⁹⁰ que sustentam e nutrem as novas estruturas da família brasileira⁴⁹¹.

Mesmo assim, o Código Civil de 2002 não se encontra nessa sintonia com os preceitos constitucionais da família, especialmente no que tange ao Direito Sucessório daquela constituída por meio da união estável. Descompasso esse, identificado nos itens “2.31 e 2.3.2” do capítulo anterior e, amplamente assinalado no item “3.1” deste capítulo.

Tais discrepâncias e retrocessos em desfavor da pessoa companheira superam o simples talho em seu quinhão hereditário e a usurpação do direito em habitar a sua própria residência. Marcam, verdadeiramente, a união estável como uma união de inferior quilate; talvez um ‘estágio probatório’, uma ‘vivência mais descompromissada’, ou um ‘namorado’, enfim, um enlace que está à margem do que realmente vem a ser uma família legítima e bem amparada; paradigma final esse, que há mais de 20 anos foi sepultado com pela Carta Cidadã de 1988.

Em sendo assim, há que se eliminar, jurídica e socialmente, toda e qualquer forma de despeito ao outro, mormente, quando se tratar da estrutura fundante do ser humano, especialmente, em um país que reconheceu, há muito, várias formas para se iniciar uma vida em comum.

⁴⁸⁹ Como já ventilado no Capítulo 1, o Constituinte de 1988 introduziu, à guisa da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de outras ordens constitucionais, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, clonando o que já ocorria em outros países, como a “Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, elas Constituições de Portugal e da Espanha”, como aponta SARLET (2008, p. 65). Com isto, emerge um novo paradigma, reconhecendo que o indivíduo há de constituir o objetivo central da ordem jurídica, como bem salienta GAMA (2001, p. 43-44).

⁴⁹⁰ São princípios constitucionais do novo Direito das Famílias, dentre outros implícitos: “proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput*, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I, e art. 226, 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, 5º, CF); dignidade da pessoas humana e paternidade responsável ((art. 226, § 5º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de famílias (art. 226, § 8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º 7º, CF); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF)”, conforme anota OLIVEIRA (2002, p. 273).

⁴⁹¹ OLIVEIRA (2002, p. 272-274)

3.3 Propostas para alterações legislativas no Direito Sucessório dos companheiros

Nesse diapasão é que o estudo prosseguirá, em seu primeiro momento, com o fito de se demonstrar a urgente necessidade de alterar o Código Civil de 2002, especialmente no tocante ao Direito Sucessório do companheiro.

Ademais, se tais alterações são imperiosas, ao se prolongar no tempo as atuais disposições civilistas maiores serão os danos, uma vez que tamanhas discrepâncias e retrocessos impedem que a pessoa humana que forma a família companheira, consagrada constitucionalmente, venha à tona com a dignidade, o respeito e a felicidade que merece, ao lado de tantas outras formadas pelo matrimônio e pela comunhão monoparental; daí porque ter a meta de se finalizar o trabalho sob a ótica de se dignificar a pessoa humana na reinvenção das entidades familiares.

Logo é de fácil conclusão a necessidade de se alterar a atual codificação civilista, especialmente para eliminar o ultrapassado paradigma que ainda persiste na seara do Direito Sucessório do companheiro, marginalizando a esta forma de família.

No entanto, cabe antes evidenciar, em que pese posicionamentos contrários⁴⁹², que há igualdade entre as formas de entidade familiar, não havendo primazia do casamento sob qualquer uma delas, especialmente porque a Constituição da República de 1988 assegurou a liberdade na escolha das relações existenciais e afetivas, destinando idêntico tratamento, e dignificador, às pessoas humanas que se unem para compor uma família⁴⁹³.

A partir de tal assertiva, não se busca afirmar que casamento é união estável ou vice e versa, pois bem se sabe que a forma material para suas constituições são diversas, no entanto, a essência ou o *animus* não, pois o elemento propulsor é o mesmo; é aquele que conduz duas pessoas a se unirem, sob o compromisso da afetividade⁴⁹⁴, da

⁴⁹² Cabe registrar que há doutrinadores, dentre eles GAMA (2007, p. 132), LEITE (2005, p. 51), DINIZ (2002, p. 109) os quais consideram a existência de hierarquização entre as entidades familiares, dispostas no art. 226 da Constituição da República de 1988, justificando isto, por conter na parte final do enunciado do § 3º, do art. 226, da Constituição da República o seguinte pronunciamento: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”, fonte no site <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 24 abr. 2009 às 14:41.

⁴⁹³ Neste sentido, para exemplificar, NOGUEIRA (2007, p. 186-188).

⁴⁹⁴ Característica esta, tida como o “fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;” segundo LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e cidadania** – o novo CCB e a *vacatio legis*. (Coord.) Belo horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p.91.

estabilidade⁴⁹⁵, da ajuda mútua e da ostensibilidade⁴⁹⁶, na comunhão de uma vida; dessa forma, o desejo e o comprometimento evidenciado para o matrimônio é o mesmo que habita a união estável.

Logo é inadmissível qualquer diferença de tratamento com base na forma em que se constitui uma família, pois a Carta Magna garante a mesma proteção e tratamento a qualquer espécie de entidade familiar⁴⁹⁷.

a)- As alterações no Código Civil de 2002

Primando pela disposição didática, que permitirá melhor compreensão sobre as justificativas para a reforma, abaixo seguirão as propostas, consoantes as discrepâncias e/ou retrocessos entalhados em cada artigo da codificação civilista, buscando, com isto, tratar a sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro de forma igualitária.

a .1) **Art. 1.790:** a primeira providência é a revogação total do artigo destinado a regular a sucessão hereditária do companheiro, pois inconstitucional⁴⁹⁸:

Primeiro: flagrante a disparidade com o tratamento dado à sucessão hereditária do cônjuge, como amplamente visto no capítulo anterior e no início deste;

Segundo: porque condiciona a quota ou o quinhão hereditário do companheiro a uma herança composta, somente, pelos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável, chamados de aquestos. Com isso, macula-se o que realmente abarca o patrimônio constituído pela herança do falecido, além de ferir, sobremaneira, o Direito Sucessório do companheiro quando comparado ao do cônjuge.

⁴⁹⁵ Como menciona LÔBO (2002, p. 91) “excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;”.

⁴⁹⁶ “pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.”, nas palavras de LÔBO (2002, p. 91).

⁴⁹⁷ Em mesmo sentido, NOGUEIRA (2007, p. 186-188) e CARVALHO NETO (2007, p. 204), por exemplo.

⁴⁹⁸ Neste sentido, também, é a proposta de HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Equalização “cônjuge e companheiro” no direito sucessório. **Boletim IBFAM**, Belo Horizonte: IBDFAM, set.-out. 2003, v. 22, p. 6. E de CARVALHO NETO (2007, p. 204).

a .2) Alteração nos artigos **1.789, 1.829, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838 e 1.839**, nos seguintes termos:

Primeiro: excluir do inciso I, do art. 1.829, o condicionamento do regime de bens para o recebimento da herança, pelos seguintes motivos:

1º A natureza do regime de bens não se confunde com a do Direito das Sucessões, isto é, enquanto o regime de bens destina-se a regular, em vida, a partilha ou a administração do patrimônio amealhado pelo casal, a sucessão destina-se a dar continuidade da personalidade do defunto na pessoa de seus herdeiros, espelhando, com isso a coesão da família e a solidariedade entre seus membros⁴⁹⁹;

2º O que justifica o recebimento da herança pelo consorte, jamais deverá estar atrelado ao regime de bens eleito e eventual direito à meação, mas, sim, a necessidade de salvaguardar aquele que em tudo contribuiu para a constituição de uma vida em comum, inclusive, o acervo patrimonial amealhado pelo casal⁵⁰⁰;

3º Por último, a maximização desse tumulto processual, e conseqüente ‘arma’ desagregadora, tanto que o art. 1.829 assegura ao cônjuge, concorrendo com os descendentes, receber herança sob todos os bens do falecido, e é justamente neste último ponto que o impasse se formará, caso os operadores jurídicos não despertem para seu verdadeiro compromisso profissional/vocacional, ou seja, que com o passar dos anos em um casamento, torna-se muito difícil separar quais bens são particulares (quais foram subrogados, por exemplo) e, essa busca litigiosa em um inventário gerará uma infinita confusão e/ou rixa processual, além de danos pessoais incalculáveis, com a desagregação e a ruptura dos laços familiares. Logo, torna-se imprescindível que o Direito Sucessório não esteja mais atrelado ao regime de bens, evitando, assim, que se confunda a herança com a meação.

Segundo: após exclusão do regime de bens da ordem da vocação hereditária, a alteração deverá incluir o companheiro ao lado do cônjuge na sucessão legítima – artigos elencados anteriormente – como forma de destinar a ambos o mesmo

⁴⁹⁹ Neste sentido BEVILÁQUA (2000, p. 52-54); ver, também, nota de rodapé n. 370.

⁵⁰⁰ Neste sentido, GAMA (2007, p. 99-100).

tratamento, inclusive quanto ao direito real de habitação, previsto no art. 1.831 do Código Civil.

a . 3) Alterar o **art. 1.845:** para incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários, pois não há como conferir tal privilégio ao cônjuge e negá-lo ao companheiro⁵⁰¹;

a .4) Alterar o **art. 1.846** e , por consequência o **art. 1.789:**

Tal alteração possui a finalidade de aumentar a legítima destinada aos herdeiros necessários ou reservatários de 50 % para **75%** (setenta e cinco por cento) da herança, haja vista, que com a justa inclusão do cônjuge (e quiçá do companheiro no futuro) no rol dos herdeiros necessários, e diante da nova concorrência entre o cônjuge (e quiçá do companheiro no futuro) e os descendentes; e/ ou do cônjuge (e quiçá do companheiro no futuro) com os ascendentes, o quinhão hereditário destinado a cada um, sofre considerável diminuição.

Assim, feito o registro, não exaustivo, das propostas para as alterações legislativas – que visam o tratamento igualitário da sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro – este estudo será finalizado com algumas ponderações acerca da ‘essência da pessoa humana’ e do Princípio da Dignidade no contexto da família e de sua normatização, especialmente, porque busca espelhar o cerne da transformação ocorrida no que se entende por pessoa humana, concepções essas fundamentais para a leitura do que enseja o Princípio ‘dignificante’, bem como, para efetivar as almejadas alterações na codificação civilista.

3.3.1 A dignidade da pessoa humana na reinvenção das entidades familiares

Ao se relembrar a existência da espécie humana nos últimos 150 anos⁵⁰², como numa peça teatral em três atos, reluz com perfeição no primeiro a Era Industrial,

⁵⁰¹ Para maiores esclarecimentos, ver no capítulo anterior as consequências advindas com a inclusão nesta nova posição de destaque, especialmente, na nota de rodapé n. 368 e 369.

particularmente caracterizada pela produção em massa; no segundo a Era da Informação, banhada pela insaciável curiosidade e pela velocidade nas informações; mas o que se dizer do último ato? Estaria ele exibindo, ainda, a Era da Fúria⁵⁰³ ou construindo, nos bastidores, uma nova busca?

Discorre-se muito sobre as tendências econômicas e políticas, especialmente aquelas de ordem nacional e até mesmo internacional, mas o que se tem, efetivamente, falado e feito a respeito do ser humano? Esse este tido na acepção de pessoa humana?

Por vezes, bem se sabe, a atenção é deslocada, exclusivamente, aos acontecimentos macros da vida, tidos, em boa parte, como imperativos da afamada aldeia global, cujas posturas denotam àqueles que conquistaram o ‘merecido’ prestígio e *status*; mas sobre o ‘próprio ser’, o que se pode sentir, dizer e realizar? Descartá-lo de imediato? Pois traduz coisas de lunáticos, românticos e visionários de uma nova era de religiões e/ou re-ligações?

Talvez resida aí o câncer existencial; a recusa causada pelo medo do contato com a própria essência, com o *habitat* e com a verdadeira busca e, não a crise da família, que muitos, ainda, cediçamente insistem em reafirmar.⁵⁰⁴

E é no contexto da vida e da essência da pessoa humana, da sua família e da sua, conseqüente, sociedade que se extrai o tão aclamado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Mas será possível traduzi-lo tão, somente, para o universo jurídico? Ao que tudo indica, e como se verá adiante, esse princípio não se destina, apenas, aos instrumentos do Direito, mas, também, a concretização de uma existência plena.

Como já visto no primeiro capítulo, é indissociável a noção de dignidade e condição humana, haja vista, que a ausência ou destruição de uma, implicaria, inevitavelmente, na extirpação da outra, isso porque a dignidade representa um valor intrínseco da condição humana⁵⁰⁵.

⁵⁰² Cediço que nesse ínterim, passou-se duma sociedade agrária para uma de operários fabris e, hoje, quiçá compomos uma sociedade de trabalhadores do conhecimento.

⁵⁰³ Ver nota de rodapé n. 150, conforme HONORÉ (2006, p. 21-25).

⁵⁰⁴ Não há como se desconectar a pessoa da família e estas da sociedade. É da primeira que o corpo familiar é composto e, da comunhão destes que se assenta a sociedade. Logo, o universo do indivíduo traduz-se na família e vice e versa, posto que, a pessoa nasce, cresce e se desenvolve sob os cuidados de outras pessoas, as quais também constituem um outro universo em particular.

⁵⁰⁵ SARLET, 2008, p. 27.

Bem se sabe, no entanto, que a utilização da expressão ‘dignidade da pessoa humana’ no universo jurídico é fato histórico recente⁵⁰⁶, mas divisor de águas para os tempos atuais⁵⁰⁷. Todavia, o ponto nevrálgico se refere ao que realmente abarca o conteúdo da daquela expressão⁵⁰⁸.

Partindo-se do pressuposto que a pessoa humana é o bem, e a dignidade o seu valor ou a sua projeção, eclodem, hoje, duas concepções diversas acerca da pessoa humana que dará suporte à idéia de dignidade. De um lado, impera a concepção insular e de outro aponta a concepção de uma nova ética, fundada na vida e no amor⁵⁰⁹.

Para a **concepção insular**, originada no racionalismo iluminista⁵¹⁰, o ser humano é o centro da razão e da vontade, o ser supremo, pois somente ele, na natureza, é tido como racional e autoconsciente. Já para a **concepção da vida e do amor**, o ser humano não impera, mas faz parte da própria natureza; destaca-se, no entanto, pela capacidade que possui de sair de si para reconhecer no outro um igual; ser apto ao diálogo com o próximo e possuir uma vocação aberta para o amor, como entrega espiritual a outrem⁵¹¹.

⁵⁰⁶ Como já enfatizado na nota de rodapé n. 170, ao que tudo indica, surgiu pela primeira vez, neste contexto, no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, sendo que esta trata-se da ONU, ou seja, a Organização das Nações Unidas é uma instituição internacional formada por 192 Estados soberanos, fundada após a 2ª Guerra Mundial, em 26 de junho de 1945, para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos. Os membros são unidos em torno da Carta da ONU, um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional. Fonte o site <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php>. Acesso em: 28 jan. 2009 às 04:49.

⁵⁰⁷ Tempo limitado este, considerando a remota origem da noção de dignidade, conforme destaca SARLET (2008, p. 66). Para exemplificar, a valorização do ser humano dado no discurso de Giovanni Picco, em 1486, intitulado A Dignidade do Homem, in: MIRANDOLA ([19--]. p. 13-14).

⁵⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.128.

⁵⁰⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM: Del Rey, 2002. p. 331-334.

⁵¹⁰ Resumindo o homem a um complexo carnal evoluído e detentor duma “inteligência suprema”, assimilando-o à simples matéria, num paradigma de biologização ou de homem-máquina como denominou LA METTRIE [A expressão homem-máquina é fruto da obra escrita pelo médico Julien Offray de La Mettrie, em 1748, em que radicaliza o pensamento de Descartes, levando as idéias deste (animais eram máquinas, por não terem alma) ao extremo, sustentando que “os homens eram em tudo próximos dos animais, conjunto de engrenagens puramente materiais, sem nenhuma substância espiritual, como pretendia Descartes”, in: NOVAES, Adauto. (Org.) **O Homem-Máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003., p. 38.], a razão em si para “predominar” neste planeta? Um sentimento profundo parece refutar a visão racional e reductionista. Uma voz interior quer eclodir, para que a humanidade escute e vivencie a unidade do ser; corpo e alma, numa simbiose perfeita e harmônica, capaz de (re)arranjar os mecanismos deste corpo carnal à sutileza da alma, ambos em perfeito equilíbrio com o todo, unos na busca pela verdadeira razão da existência.

⁵¹¹ AZEVEDO, 2002, p. 331.

Percebe-se, assim, que se para a concepção insular⁵¹² o entendimento de pessoa humana – a quem se dirige a dignidade – é traduzido pela autonomia individual ou pela autodeterminação⁵¹³, para a concepção da vida e do amor⁵¹⁴ a pessoa humana revela-se na qualidade da essência do ser vivo, ente este dialógico e “chamado à transcendência”⁵¹⁵.

Atenta-se, então, para a importância de se compreender a pessoa ou o ser humano sob uma ou outra concepção, pois a partir desse entendimento é que se ligará o que vem a ser a dignidade para o arquétipo formado acerca da pessoa humana; e como bem salienta AZEVEDO⁵¹⁶, “Todo ‘valor’ é a projeção de um bem *para alguém*; no caso, a pessoa humana é o *bem*, a dignidade o seu *valor*, isto é, a sua projeção”.

Entretanto, como já mencionado, em dias atuais ainda predomina a concepção insular, representando por assim dizer, que é a razão, a vontade e a autoconsciência que determinam a sua primazia no centro de tudo, fechando-a numa verdadeira “autonomia individual”⁵¹⁷ e, negando, por conseguinte, a verdadeira comunhão e interação de tudo o que existe no universo, inclusive, a noção de ser humano como uma célula de um organismo macro, e com este deve orquestrar a ciranda harmônica da existência atual e futura.

Visando, então, destilar essa noção reducionista, porque é incapaz de espelhar e revelar a verdadeira natureza da pessoa humana, e só aprisiona a dignidade desta na condição material ou patrimonial de vida⁵¹⁸, é que desponta a elevação da pessoa humana na concepção da vida e do amor.

⁵¹² Explica AZEVEDO (2002, p. 331) que na dualidade da concepção insular da pessoa humana, o “homem e natureza não se encontram, estão em níveis diversos; são respectivamente sujeito e objeto. O homem, ‘rei da criação’, vê e *pensa* a natureza. Somente o homem é racional e capaz de querer. O homem é radicalmente diferente dos demais seres; somente ele é autoconsciente. A natureza é fato bruto, isto é, sem valor em si”.

⁵¹³ O que pode ser percebido desde a época de MIRÀNDOLA, ([19--], p. 38), como já visto no primeiro Capítulo, é que “O homem, na verdade, é reconhecido e consagrado, com plenitude de direitos, por ser, efetivamente, um portentoso milagre. [...] é um ser inacabado. Ele se modela definitivamente pelo uso que fizer de sua liberdade de escolha.”.

⁵¹⁴ Por outro vértice, demonstra AZEVEDO (2002, p. 331) que a concepção do amor e da vida é monista, ou seja, “entre homem e natureza, há um *continuum*; o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um *crescendo* de complexidade, e o homem é o último elo da cadeia. A **natureza** como um todo é um *bem*; a vida, o seu *valor*”.

⁵¹⁵ AZEVEDO, 2002, p. 331.

⁵¹⁶ AZEVEDO, 2002, p. 330.

⁵¹⁷ Conforme AZEVEDO (2002, p. 333).

⁵¹⁸ AZEVEDO, 2002, p. 339. Para reforçar o quanto exposto, ou seja, que o valor (dignidade) atribuído à pessoa humana sob a concepção reducionista da condição ou “qualidade de vida”, colaciona-se as explicações de CUNHA no seguinte sentido: “Para o Direito civil, portanto, a pessoa humana apenas é

Isso porque o Princípio da Dignidade fundamenta-se na pessoa ou ser humano e, se a pessoa é o bem e a dignidade o seu valor, não pode tal valoração ser reduzida a mera condição material de vida, sob pena de reduzir, tanto o bem, quanto o seu valor⁵¹⁹.

De outra forma, a concepção da vida e do amor percebe a pessoa humana como um ‘participante especial do fluxo vital’⁵²⁰, um ente altero por natureza e, aberta à transcendência, ou seja, a capacidade de amar, como entrega espiritual a outrem⁵²¹.

E é sob o aporte da concepção da vida e do amor que o constitucional Princípio da Dignidade deve abrigar o conceito de pessoa humana, porque além de traduzir o quanto exposto anteriormente, possui como pressuposto uma condição objetiva, a vida. E, nesta senda, se a pessoa humana é o bem e a dignidade o seu valor ou a sua projeção, tem-se como certo que o pressuposto da pessoa humana (o bem da vida) é dignificado (valor) pela intangibilidade⁵²².

Partindo-se dessa ótica, a vida assume a condição para a existência da pessoa humana, logo, a maior projeção sob este bem repousa em salvaguardar a vida. E por conseqüência do respeito à vida, a dignidade dará base jurídica à exigência do respeito à integridade, seja ela física, psíquica ou moral, bem como às condições mínimas para o seu exercício nos aspectos materiais⁵²³. Sob a mesma vereda ainda, a dignidade determinará o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens⁵²⁴.

Ademais, não é forçoso afirmar, que pessoa humana sob concepção da vida e do amor foi concebida pela Constituição da República de 1988, como explicita o seu Preâmbulo, nos seguintes trechos: “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar [...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

relevante enquanto ente dotado de patrimônio, abrindo-se o caminho à subsunção da idéia de pessoa, enquanto categoria jurídica, naquela de patrimônio.” In: CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 22.

⁵¹⁹ AZEVEDO, 2002, p. 339.

⁵²⁰ AZEVEDO, 2002, p. 331.

⁵²¹ Para maiores explicações, ver AZEVEDO (2002, p. 331-334).

⁵²² AZEVEDO, 2002, p. 339.

⁵²³ Para maiores esclarecimentos, consultar AZEVEDO (2002, p. 339-340).

⁵²⁴ AZEVEDO (2002, p. 347), destacando ainda, que o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens está intimamente relacionado com os “direitos de personalidade”, tais como: o direito à identidade, especialmente o direito ao nome; o direito à liberdade; o direito à igualdade e o direito à intimidade, in: AZEVEDO (2002, p. 347-349).

justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**⁵²⁵, pluralista e sem preconceitos⁵²⁶.

Sobressalta daí, a menção a uma sociedade fraterna⁵²⁷, isso porque, representa dizer que a sociedade brasileira é, também, caracterizada pela irmandade de suas pessoas e, que dentre os objetivos fundamentais da sua República consagra-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁵²⁸.

Logo, a sociedade fraterna, plural e sem preconceito dedicar-se-á a cumprir um dos seus fundamentais objetivos, a construção da uma existência livre, justa e solidária.

O quanto exposto coaduna com a dignidade advinda da concepção de pessoa humana à luz da vida e do amor, a qual garantirá a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento legítimo do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil⁵²⁹.

Nesta senda, não há mais como se admitir o ultraje cometido pela legislação infraconstitucional, nessa hipótese o atual Código Civil, ao tutelar as relações familiares, como é o caso da sucessão hereditária do companheiro, de forma divorciada dos alicerces e das diretrizes constitucionais. Especialmente, quando reproduz uma visão paradigmática reducionista da família brasileira, expondo a pessoa ou o ser humano em posição de desigualdade, porque optou em constituir o seu recôndito existencial de forma material diversa da do casamento.

⁵²⁵ Sem negrito no original.

⁵²⁶ Fonte o site <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 25 abr. 2009 às 07:45.

⁵²⁷ Cabe aqui destacar, que, embora incipiente, a Fraternidade está sendo consagrada como categoria jurídica. Para maior contato com o “Princípio Esquecido”, ou seja, da Fraternidade consultar a obra BAGGIO, Antônio Maria. (Coord.) **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. 200p.

⁵²⁸ Para corroborar com este último trecho, consultar o art. 3º e inciso I, da Constituição da República de 1988.

⁵²⁹ Esta última parte foi plasmada do art. 1º e de seu inciso III da Constituição da República de 1988, ou seja, “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana;”, fonte no site <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em 25 abr. 2009 às 08:12.

CONCLUSÕES

Como verificado no desenvolvimento desta dissertação, para se tecer considerações acerca da união estável, como um dos novos modelos de entidade familiar, é imprescindível contextualizá-la, historicamente, com um recorte apropriado, pois ela compõe a evolução da instituição mais complexa da vida humana, a família.

Fato inconteste que se destaca, então, é que a família está sempre em constante movimento, apta e à mercê das mutações, mas se harmonizando, inclusive, com o próprio desenvolvimento daquilo que se percebe na sociedade, em um exato contexto de tempo e local.

Por outro vértice, no bojo dessas profundas transformações que a modernidade trouxe à baila, certas foram as mudanças nas relações sociais, políticas, econômicas e, inclusive, naquelas que afetaram, e ainda afetam diretamente às relações pessoais e familiares, brotando nestas a ânsia por uma nova forma de se conviver e comungar a vida, e com isso, proporcionar e garantir a sonhada vida digna e feliz.

Trata-se, assim, da reinvenção da família, seja ela fundada por um documento formal entre os nubentes ou pelos votos tácitos dos companheiros, mas em ambas deve brotar a convicção livre e sincera das pessoas que desejam, verdadeiramente, comungar a mesma existência.

Ademais, restou certo que a forma materializadora para o início de uma família poderá ser diversa, mas o seu *animus* jamais, pois tanto no matrimônio como na união estável deve preponderar o afã por uma comungar uma expressão plena, pautada não simplesmente em valores e conquistas patrimoniais, mas sim, em existenciais e afetivos capazes de sustentarem a comunhão de vida.

E apesar das dificuldades que a legislação possui em acompanhar às alterações decorrentes das constantes transformações da vida cotidiana, cumpre registrar que o tratamento dispare dado pelo atual Código Civil ao Direito Sucessório dos companheiros não retrata, apenas, a marcha lenta da norma em relação ao fato social, mas reproduz a imagem de um paradigma enraizado na concepção de alguns legisladores e, de seus aparatos doutrinários.

Por isso urgência que a nova ordem constitucional, introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, rompa, de vez, com o velho paradigma da família tradicional, para trazer à baila um novo modelo de entidade familiar, pautado em uma nova concepção de ser humano, com novas estruturas, constituições, princípios e, também, atores.

Nessa nova compreensão da pessoa e da sua família é que as normas infraconstitucionais deverão se guiadas e, principalmente, concebidas. E é por isso, que o Direito Sucessório dos companheiros merece profundo reparo, seja porque o atual Código Civil não converge com as etapas transformadoras da estrutura familiar brasileira, seja porque não comunga com os princípios e normas da vigente Constituição.

E no que toca, especificamente, às desigualdades e ao explícito retrocesso dado pelo atual Código Civil à sucessão hereditária dos companheiros, destacam-se as seguintes alterações legislativas: a revogação total do art. 1.790, pois ofende, sensivelmente, as normas e os princípios constitucionais com sua flagrante inconstitucionalidade material; a exclusão do inciso I, do art. 1.829, a fim de que desapareça o condicionamento do regime de bens para o recebimento da herança, eliminado com isso, a confusão entre meação e herança, e as alterações dos art. 1.845 e 1.831 para incluir o companheiro no rol de herdeiros necessários e conceder a ele o direito real de habitação, respectivamente.

Entretanto, até que efetivamente seja declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790 e conseqüente revogação, além de outras alterações, como vistas e sugeridas anteriormente, o atual Código Civil permanecerá em vigor, produzindo seus efeitos, já que a presunção de constitucionalidade da norma é a regra. Desta forma, sugere-se para o intérprete e o operador do direito ajustarem os referidos artigos aos princípios e às regras constitucionais que deveriam estar inseridos em seus textos e que, no entanto, não estão.

Em sendo assim, resta evidente que a postura da codificação civilista de 2002 desapropria da pessoa e da família constituída por meio da união estável uma projeção maior – a dignidade, conferindo a ela uma posição, hierarquicamente, inferior ao casamento; ceifando, também, com isso, o seu processo de repersonalização. Motivo este que justifica a urgência para que as alterações legislativas ocorram, fazendo emergir a nova concepção da pessoa ou do ser humano, que optou por comungar a vida por meio da união estável, consagrando-a a uma posição epicêntrica e valorativa; caminho único de se adequar, também, à nova realidade político-jurídica que inaugurou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Manual de direito de família**. São Paulo: Tribuna da Justiça, 1978. 565p.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. 308p.

ALMEDIA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **A alterabilidade do nome dos filhos pelo descumprimento do poder familiar mútuo**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 09 maio 2008 às 21:45.

ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. **Iniciação à Antropologia: Por onde caminha a humanidade?** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 191p.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A constitucionalização do direito de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 24 abr.2008 às 10:11.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: Cejup, 1986. 306p.

_____. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 89, n. 773, p. 11-37, mar. 2000. p. 26.

_____. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001. 700p.

_____. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 661p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Família e cidadania** – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM: Del Rey, 2002. 329-351p.

BAGGIO, Antônio Maria. (Coord.) **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2208. 200p.

BARBOZA, Heloísa Helena. Família – casamento – união estável: conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. n. 1. Rio de Janeiro, 1993. 123-137p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. 502p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 3, 634p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Campinas: Red Livros, 2001. 424p.

_____. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000. 451p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. 263p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 805p.

_____. _____. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BORGHI, Hélio. **União estável**: formação, eficácia e dissolução. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 331p.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Organizador Senador Neuto de Conto. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e publicações, 2007. 340p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º abr. 2008 às 08:05.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. in: WELTER, Belmiro Pedro (Coord.) **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 255-278p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 35**. Acidente de trabalho. Disponível em<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2008 às 07:45.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 380**. Sociedade de fato e a partilha pelo esforço comum. Disponível em<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2008 às 07:51.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 382**. Vida em comum. Disponível em<<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2008 às 08:25.

CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no código civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 367p.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 432p.

CAIO MÁRIO, Da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5, 302p.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **Inovações e Normas Consolidadas no Novo Código Civil**. Campinas: ME Editora, 2004. 272p.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007. 224p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.522 p.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri: Manole, 2004. 257p.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2003. 236p.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann; *et al.*; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.) **Direitos**

fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 11-28p.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro (Coord.) **Direitos fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 373-401p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família; sucessões.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, 337p.

COUTINHO, Adalcy Rachid; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 429p.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 2, 585 p.

_____. **Curso de Direito Romano.** 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1973. 425p.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana:** o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 115p.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. 164p.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1984. 352p.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Direito de família e o novo Código Civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 295p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 608p.

_____. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 656p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* **Comentários ao Código Civil brasileiro:** do direito de família – direito patrimonial. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 15, 637p.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 8. ed. São Paulo:

Saraiva, 1995. 594p.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. v. 6, 2002. 435 p.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. 20. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. 174p.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. 210p.

ERICEIRA, João Batista. **Pequenos ensaios do direito de família**. São Luíz: ALMED, 1981. 79p.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 359p.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007. 95p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a. 630p.

_____. **Direito de família brasileiro: Introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001b. 252p.

_____. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1.040 p.

_____. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 323p.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Revista Juristas**, Disponível em <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008 às 23:47.

GOMES, Orlando. **Memória justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1963. 220p.

_____. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 514p.

_____. **Novos temas de direito civil.** Rio de Janeiro: forense, 1983. 346p.

_____. **O novo direito de família.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. 376p.

_____. Sucessões. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 321p.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Direito sucessório do convivente e o enriquecimento sem causa do poder público. **Consulex**, Brasília, 31.07.2003, v. 157, 53p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2003. 427p.

_____. Equalização “cônjuge e companheiro” no direito sucessório. **Boletim IBFAM**, Belo Horizonte: IBDFAM, set.-out. 2003, v. 22, p. 6

HONORÉ, Carl. **Devagar.** 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. 350 p.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991. 270p.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 253p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, 525p.

LEITE, Heloisa Maria Daltro. **O novo código civil: livro IV do direito de família.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. 565p.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. **A nova lei do divórcio comentada.** São Joaquim da Barra: O. Dip. Editores, 1978. 458p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) **O direito de família e a Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989. 53-81p.

_____. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio**

legis. Belo horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. 89-107p.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003. 142p.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **União Estável – Concubinato: repercussões jurídico-patrimoniais**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997. 189p.

MELLO, Cláudio Ari, *et al.*; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320p.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. IV**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. 648p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 7, 597p.

_____. _____. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. I, 589p.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 2001. v. II, 426p.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 2001. v. III, 596p.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 417 p.

MIRÀNDOLA, Pico Della. **A Dignidade do Homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, [19--]. 93p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 6, 333p.

_____. _____. 17. ed. Paulo: Saraiva, 1978. v. 2, 340p.

_____. _____. 28. ed. Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, 341p.

_____. _____. 34. ed. Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, 344p.

_____. **Curso de direito civil:** direito de família. 37. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01.

MOURA, Mário de Aguiar. **Concubinato.** 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1980. 440 p.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Juristas.** Disponível em <<http://www.juristas.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008 às 23:58.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões:** comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 234p.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. 4. ed. **Tratado de direito das sucessões.** São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1, 580p.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **O concubinato e a Constituição atual.** 3 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. 231p.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 384p.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia Jurídica:** orientações metodológicas para o trabalho de conclusão do curso. Porto Alegre: Síntese, 1999. 127p.

_____._____.3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. 157 p.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária.** revista e atualizada. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996. 748p.

_____. **Evolução do processo civil brasileiro:** desde as origens até o advento do novo milênio. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 419p.

PAULO, Aparecida de Castro Rangel; PAULO FILHO, Pedro. **Novo direito de família.** Campinas: Bookseller, 2003. v. 2, 418p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, 302p.

_____._____. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VI, 236p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil e legislação correlatas da família**. 2. ed. Porto Alegre: Sínteses, 2003. 527p.

_____. **Concubinato e União Estável**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 220p.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 215p.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **Ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 591p.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. Atualizado por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. 497 p.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003. 61-64p.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 308p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 6, 432p.

_____. _____. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. VI, 444p.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6. ed. italiana por Paolo Capitanio, atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, 616p.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 1999. v. II, 822p.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 1999. v. III, 860p.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **A emancipação sócio-jurídica da mulher**. São Paulo: Juriscredi. [entre 1975 e 1985]. 454p.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. 174p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152p.

_____. _____. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416p.

SEGALEN, Martine. **Sociologia da Família**. Trad. Ana Santos Silva. Lisboa: Terramar, 1996. 337p.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1.500p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 928 p.

SOARES, Orlando. **Direito de família: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Rio de Janeiro, 2004. 712p.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 438p.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999. 381p.

VARELA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987. 454p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001. v. 5, 386p.

_____. Os direitos sucessórios na união estável. **Valor Econômico**, Seção Legislativa & Tributos, 19-21p. abr. 2002.

VELOSO, Zeno. **União estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência**. Belém: Cejup, 1997. 160p.

_____; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, 449p.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil – direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 2, 246p.

VILLELA, João Baptista. Concubinato e Sociedade de Fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 623, 18-26p. 1987.

_____. Repensando o direito de família. In: Couto Sérgio (Coord.). **Nova realidade do direito de família**. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999. Tomo 2. p. 53.