

FACER FACULDADES – UNIDADE DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

DANILO GOMES DA SILVA

**CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO
E SUAS FACES NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Rubiataba - GO
2014



FACER FACULDADES - UNIDADE DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

DANILO GOMES DA SILVA

CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO
E SUAS FACES NO DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada como avaliação do rendimento na disciplina de Monografia Jurídica do curso de Direito da Facer Faculdades - Unidade de Rubiataba, sob orientação do Professor Mestrando Samuel Balduino.

De acordo



Professor Mestrando Samuel Balduino

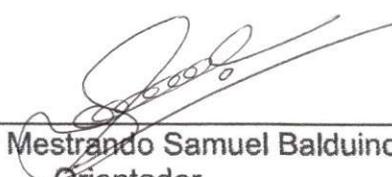
5-0514705

Tombo n°:	20466
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	25.05.15

Rubiataba - GO
2014

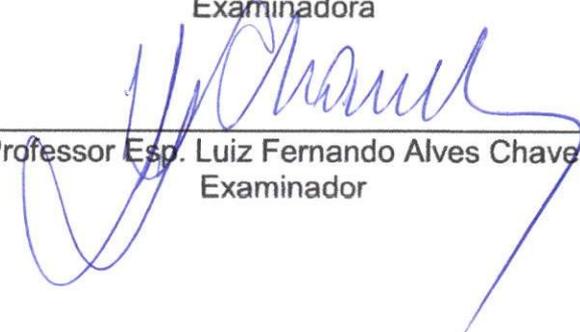
Este documento corresponde à versão final da monografia intitulada **CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO E SUAS FACES NO DIREITO SUCESSÓRIO** e apresentada por **DANILO GOMES DA SILVA** à Banca Examinadora do curso de Direito da **FACER FACULDADES – UNIDADE DE RUBIATABA**, tendo sido considerado aprovado.

BANCA EXAMINADORA



Professor Mestrando Samuel Balduino
Orientador

Professora Esp. Nalin R. R. Almeida da Cunha
Examinadora



Professor Esp. Luiz Fernando Alves Chaves
Examinador

“Dedico esse trabalho em memória ao meu falecido pai, Ailton Gomes, que se estivesse entre nós estaria muito orgulhoso por mais essa conquista”.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

Aos meus familiares que estiveram sempre me apoiando.

Agradeço especialmente a minha esposa, Érika Gomes, e a minha mãe, Vanilda Gomes, pela atenção, paciência e carinho, me apoiando e incentivando para que tudo desse certo, pelo apoio e confiança que depositam em mim, por serem meu amparo e acreditarem na minha capacidade, por estarem torcendo pelo meu sucesso e sempre me incentivarem para o alcance deste sonho.

RESUMO

A sucessão, segundo o Código Civil em seu artigo 9º, pressupõe a morte, podendo ela ser natural ou presumida. O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento. Essa transferência visa não somente promover a continuidade patrimonial da família, não é somente manter os bens na família, mas principalmente garantir a proteção, coesão e perpetuidade da mesma. E é diante desse vasto campo de relações sucessórias, que este trabalho apresenta as que estão presentes no casamento, na união estável e no concubinato, como se evidenciam cada um deles, suas semelhanças e contrariedades, e demonstrando se há inconstitucionalidade nas diferenças existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão. Casamento. União Estável e Concubinato.

ABSTRACT

The succession, according to the Civil Code in Article 9 thereof, requires the death, it may be natural or presumed. The law of succession becomes the set of rules governing the transfer of one's heritage, after his death, the heir, by virtue of law or will. This transfer aims to not only promote equity continuity of the family, is not only to keep the goods in the family, but mainly ensure protection, cohesion and perpetuity of the same. And it is on this vast field of succession relations, this work presents that are present in marriage, common-law marriage and cohabitation, as evidence each of them, their similarities and setbacks, and demonstrating that there is unconstitutional on the differences.

KEYWORD: Succession. Marriage. Stable Union and Concubinage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO	12
2.1 Conceitos Relevantes	12
2.1.1 Casamento	14
2.1.2 União Estável.....	14
2.1.3 Concubinato.....	14
2.2 Requisitos Básicos.....	15
2.2.1 Casamento	15
2.2.2 União Estável.....	16
2.2.3 Concubinato.....	18
2.3 Diferenças entre União Estável e Concubinato	18
2.4 Direito Sucessório nas entidades familiares.....	20
3 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO: DISPOSITIVOS LEGAIS E SUCESSÃO	23
3.1 Constituição Federal	23
3.2 Lei n. 8.560, de 29 de Dezembro de 1992	25
3.3 Provimento n. 494 de 28 de Maio de 1993.....	26
3.4 Lei n. 8.971, de 29 de Dezembro de 1994	26
3.5 Lei n. 9.278, de 10 de Maio de 1996.....	27
3.6 Direitos e Deveres dos Companheiros.....	28
3.7 Sucessão na União Estável	29
3.8 Caso Concreto.....	30
4 A SUCESSÃO NA ENTIDADE FAMILIAR: CASAMENTO	33
4.1 A sucessão e sua abertura	33
4.2 Sucessão Legítima	34
4.3 O cônjuge como sucessor.....	35
4.4 Concorrência com os descendentes	36
4.5 Concorrência com os ascendentes	40
4.6 Cônjuge como único sucessor	41
5 DIFERENÇAS DE TRATAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE.....	42
5.1 FAMILIAS CONSTITUCIONAIS E INCONSTITUCIONAIS	42
5.2 INCONSTITUCIONALIDADES NO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL	43

5.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL QUANTO A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL	46
5.6 DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NO CONCUBINATO	48
6 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho visa apresentar as diferentes faces do direito sucessório nas seguintes entidades familiares: casamento, união estável e concubinato. Diante do vasto campo de relações sucessórias, esse trabalho se propõe a mostrar quais delas estão presentes no casamento, na união estável e no concubinato, como se evidenciam cada um deles, suas semelhanças e contrariedades, e demonstrando se há inconstitucionalidade nas diferenças existentes.

O objetivo é analisar os diferentes tratamentos dados aos entes familiares: casamento, união estável e concubinato no direito sucessório; assim como a possibilidade de sua constitucionalidade.

Será desenvolvido através de pesquisa documental, que é a técnica realizada a partir da análise de documentos, sejam eles contemporâneos ou antigos, assim como pesquisa bibliográfica para se estabelecer uma fundamentação teórica do objeto desse estudo. O material a ser utilizado será explorado a fim de detectar teorias e conceitos acerca do problema estudado, utilizando uma metodologia comparativa das teorias de doutrinadores conceituados, tais como Diniz e Coelho. A metodologia comparativa será realizada com o intuito de enriquecer o estudo.

A entidade familiar surgiu juntamente com a criação do homem e isso é evidenciado no texto bíblico, quando Deus criou a mulher para ser sua companheira (Genesis 2:18). É devido a essa tradição religiosa que o casamento passou a ser valorizado. A igreja católica, na idade média, incutiu na memória da sociedade que quaisquer relações estabelecidas fora desse círculo familiar eram pecaminosas e desaprovadas por Deus. Diante dessa cultura e realidade, muitas das leis foram desenvolvidas. Por esse motivo as relações familiares há muito são focos de estudos e análises, devido a sua importância social, suas várias modalidades e extensões.

Essa realidade tradicional, desde então, tem sido modificada, principalmente depois da Revolução de 1960 onde vários jovens da classe média passaram a entender o casamento de maneira mais liberal, sem a necessidade de quaisquer formalidades. Inicialmente essa mudança de mentalidade causou espanto na sociedade, porém essa estranheza não durou muito tempo, logo o Código Civil reconheceu essa relação e ainda garantiu benefícios no direito sucessório.

Para o Código Civil a sucessão pressupõe a morte, O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento. Essa transferência visa garantir a continuidade patrimonial da família, e isso não se restringe a manter os bens na família, mas principalmente garantir a proteção, coesão e perpetuidade da mesma.

O direito sucessório atual garante essa proteção aos cônjuges e aos companheiros, porém não ao concubino (também tido como amante). Por causa disso, esse trabalho se propõe a discutir e analisar nessa relação os direitos sucessórios dos parceiros, seja ele cônjuge, companheira ou concubina.

Inicialmente são analisados no capítulo I os conceitos dessas entidades familiares: casamento, união estável e concubinato, assim como sua evolução histórica e seus requisitos básicos para sua constituição. Por conseguinte, estuda-se as principais diferenças entre a união estável e o concubinato.

No capítulo II, aborda-se os dispositivos legais que fundamentam tanto a união estável quanto o concubinato, leis criadas especificamente no intuito de garantir proteção ao companheiro / concubino após a morte o de cujus. Em seguida são analisados os direitos e deveres do companheiro, assim como a aplicação da sucessão na união estável e no concubinato. O Código Civil de 2002 estabeleceu algumas diferenciações no tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro. De modo geral o companheiro tem direito à meação com intuito de não prejudicar o companheiro vivo (Artigo 1725), mas no que diz respeito à herança, os direitos se limitam àqueles bens adquiridos durante a união estável, isso de acordo com o artigo 1790 do C.C. de 2002. E o concubino como possui elementos que a impede de ter proteção legal, não detêm deveres nem tão pouco direitos, estando assim, à margem do ordenamento jurídico e não possuindo previsão legal no direito sucessório, apesar de já surgirem algumas jurisprudências que beneficiam o concubino nos casos de desconhecimento da situação impeditiva do companheiro. Finalizando este capítulo é apresentado um caso concreto de reconhecimento de União Estável

O Capítulo III se desenvolve analisando o direito sucessório no casamento. O cônjuge, além da meação, concorre com os descendentes como sucessor na primeira ordem da vocação hereditária.

É diante dessa diferenciação de tratamento sucessório que o presente trabalho se desenvolve, e também levanta as possíveis questões de inconstitucionalidade presente em alguns artigos do Código Civil, propondo uma reflexão sobre o conceito de família.

2 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

2.1 Conceitos Relevantes

Para iniciar esse estudo analisar-se-á o conceito das palavras casamento, união estável e concubinato, assim como sua evolução para, enfim, perceber como é desenvolvido direito sucessório em cada um desses entes familiares, uma vez que tais conceitos são de extrema relevância para o entendimento do direito sucessório.

O princípio da entidade familiar é algo que surgiu desde a criação do homem, quando no Jardim do Éden, Deus criou a mulher para ser sua companheira e auxiliadora (Genesis 2:18). Desde então o vínculo estabelecido entre duas pessoas, que pressupõe intimidade e a coabitação, passou a ser valorizado por todos. O casamento, então, passou a ser o ente familiar mais valorizado e respeitado. Na Idade Média se condenavam os que não se enquadravam no modelo de casamento estabelecido e até eram separados da comunhão da igreja, por viverem em pecado e fornicação, já que não haviam contraído o matrimônio.

No entanto, o requisito que antes era necessário e obrigatório, como o reconhecimento governamental, religioso e social, começou a ser modificado. Para Coelho¹, foi a partir da Revolução de 1960, que muitos jovens da classe média passaram a constituir famílias, porém sem se casarem. Segundo ele,

Não havia impedimento ao casamento deles; poderiam casar-se, se quisessem; mas não queriam. O casamento era visto por eles como apenas uma folha de papel, absolutamente dispensável quando percebia a essência da relação conjugal no afeto, respeito mútuo e companheirismo. O matrimônio não garantia minimamente esses fatores essenciais da comunhão da vida, e podia até mesmo atrapalhá-los.

De início essa novidade causou estranheza em toda a sociedade, mas logo se acostumaram. Então, por conseguinte, outro ente começou a surgir: o concubinato. Esse termo vem do latim e significa a junção de *concu*, que quer dizer coito ou cópula carnal; e *binatus*, que quer dizer com alguém, ou seja, a união de pessoas com o fito do prazer meramente carnal. Juridicamente falando é uma

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 139

união formalizada pelas relações não eventuais entre o homem e a mulher, sendo que os sujeitos estão impedidos de contrair casamento civil, mas que constituem uma união, no entanto é uma relação reprovada moralmente. Esse tipo de entidade familiar está prevista no artigo 1.727 do Código Civil. O status desse tipo de relação é de meros "amantes".

No que diz respeito à sucessão nesses entes, o Código Civil em seu artigo 9º, pressupõe a morte, podendo ela ser natural ou presumida, porém comprovada em registro público da declaração de óbito ou de sentença que declare a ausência ou morte presumida. A doutrinadora Diniz² define o direito de sucessões da seguinte maneira:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.

Essa transferência mencionada por Diniz visa não somente promover a continuidade patrimonial da família, não é somente manter os bens na família, mas principalmente garantir a proteção, coesão e perpetuidade da mesma. Seguindo esse pensamento Coelho³ declara que o direito de sucessões:

[...] disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após a morte. Melhor dizendo, contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação do patrimônio de pessoa falecida. Sua matéria, portanto, é a transmissão *causa mortis*.

No entanto, essa transmissão, citada por Ulhoa, se torna um processo muito complexo devido à multiplicidade das relações estabelecidas e também da vontade da pessoa física titular dos bens a serem transmitidos. Essa complexidade está exposta na relação de sujeitos passivos que a legislação estabelece, se dividindo em legatários e herdeiros, esse último se subdividindo em testamentário e legítimo. Os herdeiros legítimos podem ser classificados em necessários e

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2006, p. 99

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 245

facultativos. Sendo assim, primeiramente, entenderemos os entes familiares, para em seguida analisar os sujeitos e tratamentos dados pelo direito sucessório.

2.1.1 Casamento

Nesse trabalho partir-se-á da perspectiva de que o casamento é o padrão e ideal, definido pela ideologia corrente. É tido como o ato que institui plena comunhão de vida de duas pessoas, pacífica a concupiscência, legaliza as relações sexuais e as une em compromissos recíprocos de fidelidade, respeito e assistência mútua, bem como nos relativos à criação e educação dos filhos⁴.

2.1.2 União Estável

A partir do Código Civil de 1916 houve uma divisão do concubinato por parte dos doutrinadores em concubinato puro e impuro e, mais posteriormente, o concubinato puro passou a ser chamado de União Estável. Essa relação foi constitucionalmente definida e por isso passou a ter algumas diferenciações no tratamento sucessório.

Entende-se por concubinato puro aquela união realizada entre homem e mulher livres e desimpedidos, ou seja, não comprometidos por deveres matrimoniais ou tendo outra relação concubinária, sendo essa união pública e duradoura. Já o concubinato impuro são as relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou legalmente impedidos de se casar⁵.

2.1.3 Concubinado

O vocábulo concubinato era entendido como sendo mancebia, amasiamento, abarregamento, do verbo concumbo, cujo sentido é o de dormir com outra pessoa, copular, deitar-se com, repousar, descansar, ter relação carnal, estar na cama. O concubinato impuro se divide em adúltero, que é aquele ocorrido

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 34

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2006, p. 372

quando um dos concubinos for casado, e o incestuoso, quando um dos concubinos tem parentesco próximo para com o outro⁶.

2.2 Requisitos Básicos

2.2.1 Casamento

Para que se possa constituir casamento são necessários alguns requisitos básicos, tais como: capacidade, desimpedimentos e as causas suspensivas, todos devidamente previstos no Código Civil⁷.

A capacidade faz menção à idade núbil e à maioridade, que civilmente se inicia aos 18 anos. Até os 16 anos, a pessoa é absolutamente incapaz, a vontade dos pais basta, os quais o representam em todas as questões. A partir dos 16 anos, a pessoa é relativamente incapaz, onde apesar da necessidade de assistência dos pais, não se pode mais fazer negócios jurídicos em seu nome (art. 1.634, V, CC). No que diz respeito à capacidade para casamento, o Código Civil prevê em seu artigo 1.517 e 1.520, a necessidade de autorização dos pais ou representante e excepcionalmente para evitar imposição de pena criminal ou em caso de gravidez.

Porém, para constituir matrimônio, não basta ter idade núbil, é necessário que não haja impedimentos. Esses impedimentos visam evitar uniões que possam, de algum modo, ameaçar a ordem pública. Esses impedimentos estão previstos no artigo 1.521 do CC. e são:

Art. 1.521. Não podem casar:

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

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 2005, p. 533.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 44

As causas suspensivas são as que impedem a livre escolha, pelos nubentes, do regime de bens do casamento. Segundo o Código Civil são quatro as hipóteses de suspensão, as quais obrigam os nubentes ao regime de separação de bens, conforme o artigo 1.641, I, CC, que são: das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de sessenta anos; da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

2.2.2 União Estável

Existem também alguns requisitos básicos que caracterizam a União Estável, como por exemplo, a diversidade de sexo, pois atualmente a lei não regula a união entre pessoas de mesmo sexo, a continuidade das relações sexuais, pois isso mostra uma solidez da relação, a ausência de algum impedimento do artigo 1.521 do novo Código Civil de 2002, notoriedade de afeições recíprocas.

Tem que ser público o afeto existente nessa relação, fidelidade, requisito bastante importante na união estável, haja vista que relação com várias pessoas está fora do conceito proposto por vários doutrinadores e, por último, a coabitação orienta que os dois têm que morar sobre o mesmo teto. Sendo respeitados esses requisitos, fica bastante clara a existência de União Estável. Para ficar mais claro o que seja a união estável, tenta-se explicar todos os requisitos presentes nesse tipo de união.

Um deles é a diversidade de sexo, pois quando ocorre união entre pessoas do mesmo sexo, haverá tão-somente uma sociedade de fato, sendo também exigível convivência duradoura e continuidade das relações sexuais. A ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os companheiros, podendo ser caracterizada a união estável de pessoa separada judicialmente, haja vista que a separação põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens é outro requisito.

Pode-se citar, ainda, a notoriedade de afeições recíprocas, que não pode ser confundida com publicidade, pois a ligação entre os companheiros há de ser

notória, entretanto discreta, podendo ser sabida somente entre o grupo de amigos de seu círculo de vivência, pessoas que poderão atestar a veracidade da relação. Companheiros devem ter uma relação como se fossem marido e mulher, sendo aplicável a teoria da aparência, revelando o interesse de constituir família, traduzida por uma comunhão de vida e de interesses. Assim como a honorabilidade, sendo esse requisito bastante sério, pois tem que haver uma união respeitável entre homem e mulher, protegida pelo afeto entre os companheiros.

A fidelidade ou lealdade entre os companheiros, também merece atenção, pois assim fica clara a intenção dos companheiros em ter a vida em comum, sobre a aparência de posse do estado de casado, haja vista que quando um companheiro não é fiel com outro demonstra que não há nesse caso intenção de se casar por parte do companheiro traidor. E também existe a questão da coabitação, pois uma vez que a União Estável deve ter aparência de casamento, mas existe assim a possibilidade de pessoas terem esse tipo de união e não estarem morando sobre o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara a dos casados civilmente, por isso fez bem nosso código civil em seu artigo 1.724 em não contemplar esse dever.

Existe outro requisito que faz parte da caracterização da União Estável e que mostra o verdadeiro sentido dessa palavra. Para esses doutrinadores a mulher tem que ter dependência econômica em relação ao homem, mas pode haver união estável quando a mulher não dependa economicamente do seu companheiro, por ter meios próprios de subsistência, também pode existir dependência econômica sem que haja união estável. Fala-se, também, na compenetração das famílias, havendo relação de liberdade entre os companheiros e os familiares um do outro, mas a não proximidade entre as famílias não caracteriza a inexistência de união estável. A criação e educação dos filhos deve ser papel solidário dos companheiros, fazendo com que um auxilie na criação do filho do outro como se pai fosse. Existe ainda um contrato pelo qual homem e mulher convencionam viver sob o mesmo teto, estipulando normas em relação à questão moral e econômica, manifestando também a intenção de se unir, criando uma sociedade de fato, sendo necessário também o auxílio com seu esforço e recursos, ao encontro de seus mútuos interesses. Esse tipo de contrato é bastante semelhante com o contrato firmado entre pessoas que se casam, fazendo com que seja a união estável uma relação de quase casamento.

Esse conceito da palavra União Estável e seus requisitos, apesar de serem apresentados pelos doutrinadores mais modernos tais como Diniz⁸ e Venosa⁹ foi criado respeitando e seguindo os mesmos passos dos legisladores mais antigos, pois antigamente já eram usados vários desses preceitos para regular a União Estável que, naquele tempo era conhecida como concubinato.

2.2.3 Concubinato

Por ser uma relação sem previsão legal e na informalidade, não há requisitos preestabelecidos para a ocorrência da mesma, somente o fato de ter, necessariamente, a existência de um dos impedimentos para o casamento.

As raras menções feitas pelo legislador que elaborou o Código Civil de 1916 no que diz respeito ao concubinato, mostra que o mesmo tinha uma preocupação em proteger a família legítima, haja vista que o mesmo nunca reconheceu a união de fato como entidade familiar.

2.3 Diferenças entre União Estável e Concubinato

Muitos têm uma visão errada do que vem a ser concubinato e também o que vem a ser união estável, porém uma coisa é óbvia: não são a mesma coisa, haja vista que a primeira diferença é que a união estável tem proteção do Estado e o concubinato não tem o mesmo reconhecimento por parte de nossos legisladores.

Para se entender o concubinato é necessário esclarecer as duas espécies que designam essa palavra, pois existe o concubinato puro e impuro, sendo o puro a atual união estável e o impuro, o dito concubinato que subsiste fora da norma constitucional e legal.

O concubinato puro acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente ou de fato, por mais de um ano, desde que respeitada outra união estável. A união estável também é a união entre pessoas de sexo diferente, que são reconhecidos pelo Estado e por ele protegido, dando aos envolvidos direitos adquiridos durante essa relação.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2005.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 2005.

Já o concubinato impuro acontece se for adúlterino, incestuoso ou desleal, como por exemplo, um homem casado que mantém uma relação de concubinação com outra mulher fora do casamento. O concubinato impuro é a união entre homem e mulher que vivem juntos, mas que possuem motivos que os impedem de se casar; não é uma relação reconhecida por lei, e, também, os envolvidos não possuem direitos reconhecidos pelo Estado. É uma relação não eventual entre homem e mulher, impedidos de se casarem. É uma relação ilegítima, mas nem por isso está desprotegida por nossos legisladores.

Uma diferença básica entre esses dois institutos é que no concubinato os envolvidos são chamados de amantes, enquanto na união estável os mesmos são denominados companheiros. Os amantes são impedidos de se casarem por serem casados com outra pessoa, fazendo com que essa relação seja extra-oficial, paralela ao casamento ou a união estável. Já a união estável é constituída por pessoas que vivem juntas publicamente, que podem se casar quando quiserem, ou seja, vivem como se casados fossem. Possuem uma relação estável, duradoura e tem o intuito de formar uma família.

Para deixar bastante clara essa diferença fica nítido que a união estável é caracterizada como a união do homem e da mulher, à margem do casamento, de caráter estável, duradouro, com o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que esteja sob uma presumida fidelidade entre ambos.

Talvez seja a fidelidade o mais importante elemento para configuração da união estável, pois ao provar esse requisito, fica bastante clara a intenção dos companheiros de constituir família, objetivo indispensável nesse tipo de relação.

O concubinato atualmente, em nossa lei civil, em seu artigo 1727, é utilizado para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que desrespeitam o dever de fidelidade, ou seja, relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de se casarem.

Viver uma relação de concubinato não significa que os amantes não têm direitos patrimoniais um para com ou outro, pois recentes decisões mostram que desde que provado que houve cooperação entre os amantes na constituição dessa relação há sim direitos adquiridos entre os amantes no que tange a esfera patrimonial.

Em um certo caso, o amante foi condenado a pagar pensão alimentícia à sua amante por serviços prestados, mesmo sendo casado, isso mostra que o fato de

ser casado não prejudica os direitos da amante, haja vista que a mesma contribuiu para a aquisição dos bens de seu amante, mesmo ele sendo casado no período em que os dois mantiveram relação fora do casamento.

Caso recentemente julgado em Minas Gerais mostra que uma viúva foi condenada a destinar parte do patrimônio do inventário para pagar pensão alimentícia á amante do seu falecido marido.

Com a morte do amante, a concubina ingressou em seu inventário postulando uma pensão por serviços prestados ao falecido, durante a relação íntima que existiu entre eles, enquanto o finado era casado com a viúva, assim a viúva foi condenada a pagar a ex-amante do *de cujus* a quantia de três salários mínimos mensais, pelo prazo que durou a relação dos amantes, ou seja vinte e sete anos.

Mesmo existindo esses casos, não significa que em todas as relações de concubinato terá o amante direitos patrimoniais uns para com os outros, pois esses casos são exceções, haja vista que o simples fato de manter relação fora do casamento não confere aos amantes direitos sobre os bens do outro. Isso acontece somente quando provado sua contribuição na aquisição desses bens, ou serviços prestados ao outro.

Fica claro, então, que não só o casamento oficial e a união estável geram direitos patrimoniais às partes. Os relacionamentos concubinários não são uma simples aventura amorosa, mesmo sendo as decisões raras; existem, sim, vários casos em que os direitos dessa natureza são protegidos pelo Estado, apesar das inúmeras diferenças entre o concubinato e união estável.

2.4 Direito Sucessório nas entidades familiares

Tendo como ponto de partida o conceito de Direito das Sucessões como o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, em virtude de lei ou testamento e o Código Civil, no artigo 1829 temos a sucessão do cônjuge estabelecida nos seguintes termos:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se no regime da

comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

- II- Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III- Ao cônjuge sobrevivente;
- IV- Aos colaterais.

Na ausência de descendentes e ascendentes, o artigo 1838, garante ao cônjuge a sucessão por inteiro da herança, sendo herdeiro necessário, único e universal. Esses artigos visam garantir a proteção ao consorte, desde que comprovado que não estavam separados judicialmente nem de fato há mais de dois anos, contados a partir da data da sucessão. E por reconhecer sua grande participação na formação daquele patrimônio, ao cônjuge é concedido o direito de, além de metade dos bens comuns, a concorrência com os descendentes e ascendentes nos bens particulares.

A Constituição de 1988 passou a reconhecer a união estável, no paragrafo 3º artigo 226. Por isso o companheiro / companheira, também passou a ser reconhecido no Código Civil e ter garantida a sua proteção no artigo 1790:

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

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

É perceptível a diferenciação feita pelo Código Civil à família fundada no patrimônio e a constituída por união estável. Coelho¹⁰ desaprova essa diferenciação ao afirmar que:

A mesmíssima contribuição que se presume seja dada por um cônjuge também provem daquele que convive em regime de união estável. Não há diferença nenhuma sob o ponto de vista da maior ou menor importância da contribuição para a construção e manutenção do patrimônio de alguém, se a relação de conjugalidade em que está envolvido funda-se na

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 276.

matrimônio ou na convivência duradoura, pública e destinada à constituição de família.

Já o concubinato quando se interpreta o artigo 1727 do Código Civil de 2002, que define concubinato como “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, entende-se que possui elementos que a impede de ter proteção legal, não detendo deveres, porém também não angariando direitos, estando assim, à margem do ordenamento jurídico, surgindo apenas quando influírem em outros institutos já consolidados. No entanto, vários julgados interpretam de maneira diferente, uma vez que no campo familiar, nada mais natural que tal instituto seja regido pelas normas do direito de família. No próximo capítulo analisar-se-á os entes da união estável e concubinato, assim como seus direitos, sujeitos participantes desse processo e seus dispositivos legais.

3 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO: DISPOSITIVOS LEGAIS E SUCESSÃO

3.1 Constituição Federal

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, mesmo diante de um enorme preconceito existente contra a mulher, o legislador foi bastante corajoso ao incluir em alguns artigos os direitos existentes nas relações extraconjugais. O artigo 5º da Constituição Federal demonstra isso ao estabelecer que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade nos termos seguintes:
I-homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição;

Percebe-se que até para regular a situação da mulher perante a Constituição, houve certo preconceito com a mesma, pois o legislador já havia no *caput* do artigo 5º conferido igualdade entre homem e mulher, quando disse que todos são iguais perante a lei, portanto não precisaria colocar no inciso I que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, fica bastante claro que a sociedade ainda está caminhando com passos lentos para reconhecer os direitos das mulheres como sendo paritários aos direitos dos homens.

Essas repetições encontradas facilmente na legislação mostram que é considerável a dificuldade do próprio legislador em fixar os direitos femininos no seio da sociedade, principalmente no que preceitua sobre a união estável. Para Bastos¹¹, a respeito do artigo 5º, I, da CF de 1988 apenas foi dado maior ênfase na nova redação:

Somente a constituição poderia desigualar homem e mulher, e não a lei menor. Entretanto, e de se observar que a constituição só cria posições de vantagem em favor da mulher; a aposentadoria com menor tempo de serviço, benefícios nas relações de trabalho... Finalmente, cumpre registrar que

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2000

mesmo a igualdade assim categoricamente assegurada há de ceder diante daquelas situações em que a realidade esta a impor a exclusividade de um dos sexos¹².

Ainda de acordo com a Constituição de 1988, o artigo 226 em seus parágrafos 3º e 4º, regulou a união estável como se fosse entidade familiar, como também o fez relativamente à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A própria Carta Magna estatui que a família continua sendo a base da sociedade, independente de casamento. Mesmo assim, a CF não promoveu uma equiparação entre esses dois institutos denominados casamento e união estável, apesar do afastamento do direito das obrigações e da migração do julgamento pela Vara de Família.

Convém ainda ressaltar que a união que merece proteção da justiça é a que se reveste de solidez e estabilidade, não esquecendo que o casamento continua sendo o instituto básico, pois a CF determina ao legislador que facilite a conversão da União Estável em Casamento (art. 226, § 3º).

A Carta Magna brasileira mostrou uma enorme sensibilidade quando trouxe no artigo citado acima uma dilatação em relação ao conceito de família, trazendo uma proteção de igualdade à sociedade conjugal decorrente do casamento, como também às entidades familiares, assim consideradas as uniões estáveis e as comunidades entre qualquer dos pais e filhos. Essa amplitude do conceito é bastante importante, haja vista que a família é a base da sociedade, sendo necessária essa receber a proteção do Estado. Mostrando ser a união estável uma família dentro da sociedade.

O que antes era denominado de concubinato puro passou a ser chamado de União Estável e foi integrado no campo de direito de família, mas continuou sendo o casamento o objetivo final de nossos legisladores, pois a lei deve facilitar a conversão desse tipo de união em casamento.

Com a regulação da Constituição Federal de 1988, a família nascida fora do casamento, surgida na união estável entre homem e mulher, ganhou novo *status* dentro do direito brasileiro, mas, mesmo assim, ainda continuou sendo o mesmo alvo de várias injustiças por parte de nossos legisladores, que só em 1994 e,

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2000, p. 21

posteriormente, em 1996 criaram leis especiais para dar à união estável e seus envolvidos uma maior proteção.

A Constituição Federal de 1988 procurou trazer para a sociedade uma visão mais moderna, dando à família um conceito mais amplo, pois introduziu um termo mais generalizado do que é uma família, colocando esse vocábulo como sendo uma entidade familiar, englobando dentro dessa palavra, além da relação decorrente do casamento, também a relação de união estável entre homem e mulher, dando assim legitimidade a esse novo instituto até então marginalizado pela lei.

Para se ter uma ideia da evolução dada pelos nossos legisladores à união estável, foi criado em 1991 no campo da previdência social, a lei que regula os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213, de 1991, art.16, I, com redação dada pela Lei 9.032, de 28 de abril de 1995), bem como seu regulamento (Dec. 3.048, de 06 de maio de 1999, art.16, I), que permite a inclusão da companheira ou do companheiro na categoria de beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, dando aos companheiros tratamento igual ao dado para o cônjuge, até mesmo em concorrência com os filhos, na forma da lei. Existem alguns casos que mesmo sem ser escrita como beneficiária, os companheiros tem o direito de receber a pensão e concorrer com os filhos menores de seu companheiro, a menos que este determine ao contrário.

3.2 Lei n. 8.560, de 29 de Dezembro de 1992

O objetivo dessa lei foi regulamentar a situação dos filhos havidos fora do casamento, para que estes não fossem prejudicados por atos que iriam afetá-los futuramente perante a sociedade. Essa lei obriga os pais a registrar os filhos que são gerados fora do casamento como se fossem filhos tidos dentro do próprio casório, pois para o legislador não poderiam aqueles ser afetados por litígios acontecidos por atos de total responsabilidade de seus pais.

Também mostra quais os passos devem ser seguidos em uma investigação de paternidade, quando houver dificuldades para identificar ou registrar a criança. Todos os atos praticados para reconhecer a paternidade são feitos respeitando a integridade dos envolvidos, pois o juiz pode, quando necessário

decretar, segredo de justiça, com o objetivo de proteger as partes. Também depois de confirmada a paternidade, é necessário fixar os alimentos necessários ao qual necessite o registrando.

3.3 Provimento n. 494 de 28 de Maio de 1993

Esse provimento foi regulado pelo Ato 11/93, sendo bastante parecido com a citada acima, mas traz algumas providências necessárias às mudanças acontecidas dia-dia no âmbito do direito, pois regula também a filiação havida fora do casamento, juntamente com a adoção, que é um instituto que não será aqui objeto de estudo, mas tem bastante relevância o seu esclarecimento perante a sociedade.

3.4 Lei n. 8.971, de 29 de Dezembro de 1994

No ano de 1994, foi editada a Lei 8.971, que procurou disciplinar o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, sem definir, contudo, a moldura do instituto união estável, o que veio acontecer apenas com a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, ao dispor como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Ao ler o artigo 1º e o parágrafo único da Lei. 8.971, percebe-se que os legisladores começaram a tratar o homem e a mulher de maneira igual, pois segundo tal norma, são ambos possuidores do mesmo direito em relação aos alimentos.

Já o artigo 2º especifica em quais condições os companheiros participarão da sucessão, procurando proteger os direitos de ambos os companheiros após a perda do de *cujus*. Com o artigo 3º não é diferente, pois esse diz que quando um dos companheiros colabora com a formação do patrimônio do outro, este tem direito à metade dos bens.

Uma crítica que cabe a essa lei foi a colocação do requisito dos cinco anos de duração da união, como sendo um ponto primordial para sua caracterização, ou seja, para o legislador esse tempo tem que ser respeitado ou não

pode um dos companheiros lutar por seus direitos, mesmo que, durante quatro anos com sua companheira, construam juntos um império. Mas só pelo fato de se ter uma lei específica que reconhecia a união estável e alguns direitos dos companheiros já era possível prever que brevemente por clamor da sociedade seria dado aos mesmos os efetivos direitos como se casados fossem, pois mesmo com a existência do Código Civil de 2002, percebe-se que ainda falta algo para equiparar esse tipo de união ao casamento.

3.5 Lei n. 9.278, de 10 de Maio de 1996

O artigo primeiro dessa lei foi feito com base no artigo 226 e seu § 3º da Constituição Federal, onde é reconhecida a união estável por parte do Estado, como sendo uma entidade familiar. A própria lei equipara a união estável com o casamento, pois os direitos e deveres são praticamente os mesmos para ambos, mas nem por isso deixa o legislador de colocar também nessa lei que o principal objetivo ainda continua sendo o instituto do casamento, escrita no § 8º da norma.

Procura ainda proteger os direitos dos companheiros no artigo 5º, quando diz que os bens adquiridos com esforço comum durante a união são considerados patrimônio das duas partes, mas respeita os bens possuídos anteriores à união e ainda coloca os mesmos como sendo administrados por ambos os companheiros. Todos esses fatos são ocorridos quando não há contrato que estipule o contrário.

Ainda existe nessa mesma lei uma preocupação no momento da dissolução dessa união, pois o legislador deixa bastante claro, quando diz que um companheiro será obrigado a prestar auxílio ao outro se este estiver necessitando, a título de alimentos. Também protege o direito de coabitação quando ocorre a morte de um dos companheiros até que o sobrevivente se case ou constitua nova união estável. Mas também facilita a conversão dessa união em casamento a qualquer tempo por vontade das partes, para isso é necessário o requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Dispõe essa mesma lei que os dissídios em relação à união estável serão resolvidos na Vara de Família e respeitando o segredo de justiça com intuito de proteger os envolvidos.

3.6 Direitos e Deveres dos Companheiros

O artigo 1724 do Código Civil impõe um conjunto de deveres aos companheiros que participam da relação de fato. A norma é bem clara quando preceitua que os companheiros deverão um ao outro lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, mostrando assim que esses são os mesmos deveres outorgados dos cônjuges.

Já a Lei 9.278/96 referenciada anteriormente apresenta uma série de deveres decorrentes da união estável, onde determina essa norma que são direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I- Respeito e consideração mútua;
- II- Assistência moral e material recíproca;
- III- Guarda, sustento e educação dos filhos comuns;

O dever de lealdade citado acima visa impedir que os companheiros mantenham outra relação junto a já existente, ou seja, não pode haver relação fora da união estável, pretendendo assim manter a união monogâmica em nossa sociedade.

Já o dever de assistência tem duas espécies, que se faz necessária saber, que é a material e a imaterial. A assistência material significa auxílio econômico entre as partes, prestação de alimentos de acordo com a necessidade e condição de ambos, ou seja, esse tipo de assistência passa a ser prestada ao companheiro, a título de alimentos, de acordo com o artigo 1694 do Código Civil.

Orienta o artigo 1694 que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive necessidades educacionais.

Quanto à assistência imaterial, consiste nos deveres de respeito, a preservação dos direitos de personalidade como a vida, integridade física e psíquica, honra, liberdade e segredo, sem os quais, os outros direitos perderiam o sentido para o indivíduo. Lembrando que esse tipo de assistência é um dever moral acima de tudo, pois um dos requisitos básicos a ser respeitado na união estável para que seja visto perante a sociedade como uma família e não como um casal que vive à margem da lei.

Já no que diz respeito aos filhos, os conviventes devem tê-los sob sua guarda, ou seja, o sustento dos mesmos deve ser feito de maneira igualitária entre os companheiros para que seus descendentes tenham da melhor maneira possível uma vida digna, em que possam usufruir da melhor forma suas atividades educacionais, com saúde e também com alimentação necessária a seu sustento.

Se um dos companheiros violar um dos requisitos inerentes à união estável, poderá o mesmo perder o direito em relação aos alimentos, mesmo que tenha ele necessidades para seu sustento, pois os direitos dos companheiros se traduzem no respeito ao direito do outro. Assim, se um dos companheiros desrespeita os direitos do outro deve sim ser considerado como ato ilícito e arcar com as consequências estipuladas em lei, que ordena que o lesante esteja sujeito ao pagamento de indenização ao companheiro ofendido como se casado fosse, artigo 927 do Novo Código Civil, concernente a obrigação de reparar o dano.

Foi criada, também, com intuito de proteger os direitos dos companheiros a Súmula 380 que serve como apoio para as partes no momento da dissolução da sociedade de fato, pois a mesma regula que quando comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio que foram adquiridos pelo esforço comum.

Os direitos conquistados pelos companheiros foram muitos, mas sebe-se que existe, ainda, muito preconceito por parte da sociedade, pois ainda busca-se um maior aperfeiçoamento da lei para que os direitos e deveres de quem vive em união estável não sejam vistos como humanos que são marginalizados pela norma e nossa sociedade.

Para se ter os direitos garantidos pela lei, é preciso que os companheiros sigam os deveres estipulados pelo ordenamento jurídico de nosso país, pois ao seguir essa linha de raciocínio, o companheiro estará respeitando os direitos do outro e garantindo os seus.

3.7 Sucessão na União Estável

No que tange à sucessão na união estável, o Novo Código Civil preserva a meação, onde a mesma não se confunde com herança, com intuito de não prejudicar o companheiro vivo. (Artigo 1725). Em relação à herança, os direitos se

limitam àqueles bens adquiridos durante a união estável, isso de acordo com o artigo 1790 do C.C. de 2002.

O Novo Código Civil, além de restringir o direito hereditário em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, impôs ao companheiro que sobreviveu concorrer com os descendentes, ascendentes e até mesmo com os colaterais do *de cujus*.

Esse novo código foi um retrocesso para a união estável de acordo com a doutrina, pois retirou o direito real de habitação e o usufruto, que eram previstos nas leis anteriores que regulavam a convivência fora do matrimônio.

Também houve um retrocesso maior no que diz respeito à herança deixada pelo *de cujus*, que anteriormente na falta de descendentes e ascendentes, recebia o companheiro toda a herança deixada pelo falecido, mas de acordo com o novo diploma, somente terá direito o companheiro sobrevivente à herança adquirida por ambos durante a união estável, mostrando assim uma grande perda em relação à Lei 8.971 de 1994.

3.8 Caso Concreto

Para deixar bem claro, achou-se por bem, apresentar uma sentença de um processo de reconhecimento de União Estável, como numerosas lides que envolvem questões de companheiros que vivem juntos fora do casamento. Muitos não têm noção dos prejuízos que essa informalidade pode causar, pois no momento da dissolução, poucos sabem de seus direitos, também não se pode deixar de lado as questões ocorridas após a morte de um desses companheiros que, inevitavelmente, causa bastante transtorno ao companheiro sobrevivente.

Usado para embasar o estudo, foi procurado minuciosamente um caso concreto com intuito de deixar bem claro a existência da possibilidade de reconhecimento dessa entidade familiar que é a união estável.

O exemplo se trata de uma ação declaratória de reconhecimento de união estável combinada com partilha de bens, que é essa ação é cabível para esses casos especificamente. Tal ação foi proposta pelo advogado na vara de família da Comarca de Rubiataba-GO. Sendo esse o primeiro passo a ser dado para que a mesma fizesse parte do espólio do *de cujus*.

ATA DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO
Processo nº: 201104759858 Requerente: CLEONICE MACHADO DA SILVA Requerido(a) : DIVINO GOMES DOS SANTOS Natureza : Reconhecimento de Sociedade de Fato
Aos vinte e cinco dias do mês de setembro do ano de dois mil e quatorze (25.09.2014), às 09h09min, na sala de audiências do Fórum da Comarca de Rubiataba, Estado de Goiás, onde se encontrava presente a MMª Juíza de Direito Dra. ROBERTA WOLPP GONÇALVES, comigo Secretária de Audiências que, ao final deste termo se nomeia e o rubrica. pregoadas as partes, verificou-se a presença da parte autora Cleonice Machado da Silva, acompanhada de seu advogado Dr. PEDRO HENRIQUE DUTRA, OAB/GO nº 33.201. Presente a Dra. LEIDIANE DE MORAIS E SILVA, OAB/GO nº 27.972. Presente a Dra. ANIELLE CRISTINE DE PAULA IZARIAS SILVA, OAB/GO nº 35.694. Presente o requerido Divino Gomes dos Santos. Aberta a audiência, constatou-se a ausência do advogado da parte requerida Dr. Samuel Balduino Pires da Silva, bem como não foi comprovado nos autos impedimento a justificar sua ausência. Por sua vez o requerido constituiu para o ato o Dr. RONALDO PIRES PEREIRA DE ANDRADE, OAB/GO nº 21.054. O advogado da parte demandada pugnou por juntada de substabelecimento. As partes em audiência reconheceram a união estável que perdurou do ano de 2001 a 2011. Dada a palavra ao procurador da parte autora este pugnou pelo reconhecimento da união estável e prosseguimento do processo em relação a partilha dos bens, dispensando por sua vez as testemunhas outrora arroladas. Em seguida, a MMª juíza tentou conciliar as partes, não obtendo êxito em relação a partilha dos bens. Ato contínuo a MMª Juíza proferiu a seguinte DECISÃO: "Tendo em vista que não há controvérsia sobre a união estável, homologo, para que surta os efeitos legais e jurídicos o acordo em relação à convivência e reconheço a união estável entre o casal Cleonice Machado da Silva e Divino Gomes dos Santos, entre os períodos de 2001 à 2011. Por sua vez, não havendo acordo em relação à partilha e não havendo mais provas a serem produzidas em audiências em relação a esse fato, concedo as partes o prazo sucessivo de 10(dez) dias para as alegações finais a serem apresentadas em memoriais e conjuntamente. No mesmo prazo deve ser acostado aos autos procuração do requerido conferindo poderes ao Dr. Ronaldo Pires Pereira de Andrade. Junte-se a procuração apresentada em audiência pela parte autora. Publicado em audiência, dou os presentes por intimados. Cumpra-se". Nada mais havendo, determinou a MMª Juíza que se encerrasse a presente. Eu _____ (Gisele Gurgel Barbosa), digitei e subscrevo. Roberta Wolpp Gonçalves Juíza de Direito

Como evidenciou-se no caso citado, a magistrada entendeu, por bem, reconhecer e dissolver a união estável dos litigantes, deixando a partilha para ser decidida após a apresentação dos memoriais. Apesar de ser uma entidade familiar

muito comum em meio a sociedade e ter aceitabilidade geral, o entendimento quanto aos direitos dos companheiros ainda é muito limitado. Por esse motivo, somente a partir das inovações conquistadas pela promulgação da Constituição de 1988 que o judiciário passou a ser acionado para solucionar questões desse âmbito.

4 A SUCESSÃO NA ENTIDADE FAMILIAR: CASAMENTO

4.1 A sucessão e sua abertura

O termo sucessão faz menção ao fato de uma pessoa inserir-se em uma relação jurídica que provêm de uma outra pessoa. Para Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira a "sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão ou aquisição de bens, ou de direitos patrimoniais"¹³. Na acepção jurídica e segundo o entendimento de Vasco e de Lopes, tem-se que o vocábulo apresenta:

a) Um sentido amplo, aplicando a todos os modos derivados de aquisição do domínio, de maneira que indicaria o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão *inter vivos*, pois o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, tomando uns o lugar dos outros em relação ao bem vendido ou doado.¹⁴

b) Um sentido estrito, designando a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *mortis causa* que, no conceito subjetivo, vem a ser o direito em virtude do qual a herança é devolvida a alguém, ou, por outras palavras, é o direito que por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do de cujus que ficaram, com seus encargos e direitos.¹⁵

É o acontecimento da morte, o cerne do direito sucessório, é ela que transforma em direito aquilo que antes era expectativa. É ela que determina a abertura da sucessão, pois sem o óbito do *de cujus* não há herança de pessoa viva. É após o falecimento que transmite-se a propriedade e a posse dos bens do *de cujus* aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários que estejam vivos naquele momento. Essa abertura encontra-se devidamente prevista no art. 1.784 do Código Civil.

O óbito que é pré-requisito à abertura da sucessão é aquele devidamente provado, no plano biológico, através dos recursos empregados pela Medicina Legal,

¹³ Itabaiana de Oliveira, *Tratado de direito das sucessões*. 1952, v1, p. 52

¹⁴ Op. cit. p. 52-3 e José Lopes de Oliveira, *Sucessões*, 1972, p.18

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2006, p. 16.

e no plano jurídico, através da certidão obtida pelo oficial do Registro Civil, extraída do Livro do Registro de Óbito (Lei nº 6.015/73, artigos 77 a 88; CF, artigo 5º, LXXVI, b). A morte deve ser rigorosamente provada, a fim de que não haja qualquer dúvida quanto à sua ocorrência.

Após o óbito os herdeiros adquirem imediatamente “a posse e propriedade dos bens que constituem o acervo hereditário, sem necessidade de praticar qualquer ato ou requerer ao magistrado a imissão na posse (CF, art. 5º, XXX)”¹⁶. O patrimônio não fica, em nenhum momento, acéfalo, pois até a morte o sujeito das relações era o de cujus e com o óbito os herdeiros assumem a titularidade jurídica.

Faz-se necessário também que o herdeiro sobreviva ao defunto. Sendo assim, se o herdeiro falecer logo em seguida, transmite-se aos seus sucessores os bens adquiridos, mesmo que tenha morrido na ignorância de que herdara tal patrimônio.

4.2 Sucessão Legítima

Declarado, então, o falecimento e constatado a inexistência de testamento, os bens do patrimônio são destinados exclusivamente aos herdeiros legítimos conforme consta no artigo 1.788 do Código Civil: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Pois bem, entendido o conceito de sucessão e como ocorre, é preciso identificar quem são os herdeiros legítimos, e isso é claramente exposto pelo Código Civil ao estabelecer a ordem da vocação hereditária em seu artigo 1829.

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2006, p. 28

- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Mesmo tendo o dispositivo expondo com tanta clareza a ordem da vocação hereditária, Ulhoa¹⁷ afirma que o mesmo não se basta, devido à complexidade do tema. No entanto esse trabalho não se deterá a esse aspecto. Este centraliza os estudos na sucessão do aplicada somente ao cônjuge, a fim de entender a diferença da aplicação do direito civil nas variadas entidades familiares (casamento, união estável e concubinato).

4.3 O cônjuge como sucessor

Ao longo da história do direito das sucessões é possível perceber uma valorização do personagem do cônjuge no que diz respeito à vocação hereditária no sentido de que ganha maior participação na sucessão. Essa afirmação também é defendida por Fábio Ulhoa que diz:

(...) até 1970, sucedia em quarto lugar, depois dos parentes colaterais até o décimo grau (isto é, depois de tios-bisavôs, sobrinhos-bisnetos e primos longínquos); naquele ano, com a Lei Feliciano Pena, o cônjuge passou a ter preferência sobre os colaterais; o Código Beviláqua, em 1916, não alterou essa ordem, mantendo o cônjuge na terceira classe, atrás dos filhos e, não havendo, dos pais do falecido (Beviláqua, 1898:181/192); o Código Reale, em 2003, promoveu-o à primeira e segunda classe de familiares sucessíveis, em concorrência respectivamente com os descendentes e ascendentes.¹⁸

Essa valorização é devida ao entendimento de que o cônjuge contribui de maneira indiscutivelmente mais consistente para a formação do patrimônio do falecido que os descendentes e ascendentes. Isso é reforçado pelo disposto no artigo 1.830 do Código Civil, de maneira que se já estiver separado judicialmente do cônjuge ou de fato por dois anos ou mais, torna-se inviável afirmar que tenha ocorrido alguma contribuição ao patrimônio.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 276

¹⁸ Op. Cit. p. 276.

O cônjuge concorre com os descendentes como sucessor na primeira ordem da vocação hereditária, porém muito se discute entre os doutrinadores sobre as mudanças e inovadoras que o Código de Reale proporcionou e sobre as várias interpretações possíveis ao texto legal. Porém, de maneira geral, essa concorrência, segundo Ulhoa¹⁹, varia segundo dois critérios básicos: o regime de bens do casamento e a natureza da descendência do falecido.

Quanto ao regime de casamento, a lei estabelece que o cônjuge que optou pelo regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória não concorre com os descendentes do de cujus. Já os que optaram pelo regime de comunhão parcial de bens haverá concorrência somente sobre os bens particulares do falecido (arts. 1.641 e 1.829, I, CC). E quanto à natureza da descendência, esse aspecto será abordado no próximo item onde se tratará da concorrência do cônjuge com os descendentes.

Ainda, sobre esse assunto, é importante destacar que a herança do cônjuge poderá ocorrer, segundo o Código Civil nos arts. 1.829, I, II, III, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837 e 1.838 e segundo o entendimento de Maria Helena Diniz, por: sucessão legitimária e por sucessão legal ou legítima.

A sucessão legitimária é, segundo entendimento de Diniz²⁰, é aquela em que o cônjuge como herdeiro necessário privilegiado, conforme os arts. 1.845, 1.789 e 1.846 do Código Civil, tem direito, desde que preenchidos alguns requisitos, à metade dos bens da herança, que é a legítima. O cônjuge será herdeiro necessário na ausência de descendentes e ascendentes. (CC, art. 1.838).

A sucessão legal ou legítima é aquela deferida por lei, que ocorre quando o de cujus falece sem testamento; quando o testamento caduca ou é ineficaz; quando há herdeiro necessário, obrigando à redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória.

4.4 Concorrência com os descendentes

Somente com o advento do novo Código Civil que passou a existir o sistema de concorrência, visto que antes ao cônjuge sobrevivente era conferido o direito ao usufruto dos bens. Mas o novo Código o substituiu pela concorrência.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 277-278

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2006, p. 123

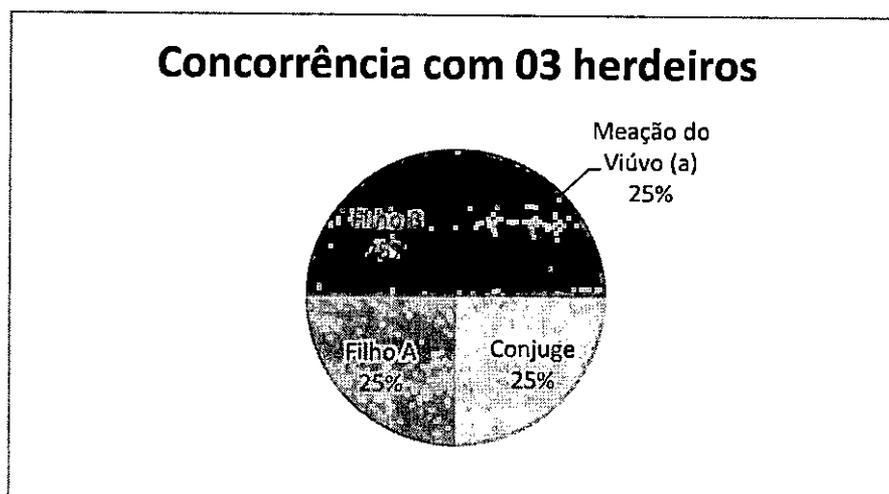
No que diz respeito à concorrência com descendentes do mesmo grau, entende-se, seguindo o pensamento de Ulhoa²¹ que: se houver até três descendentes, a concorrência do cônjuge é por cabeça, conforme art. 1.831, primeira parte, CC, sendo assim receberá porção igual à dos descendentes. Se na descendência, houver filhos exclusivos do falecido, a sucessão continuará por cabeça, independente da quantidade de herdeiros existentes, recebendo, dessa maneira, porção invariavelmente igual. Na situação em que a concorrência se der com filhos comuns, ou seja, descendente dos dois, a lei garante ao cônjuge a porção correspondente a um quarto da herança, e os outros três quartos serão igualmente repartido aos demais sucessores. E no caso em que ocorrer a concorrência híbrida, ou seja, existirem filhos comuns e exclusivos do falecido, ainda não há consenso entre os doutrinadores, podendo ser aplicada a primeira parte do artigo 1.832 do CC, repartindo a herança por cabeça, uma vez que a reserva da quarta parte ao cônjuge só tem validade nos casos de concorrência exclusivamente com descendentes comuns.

Na concorrência com outros parentes sucessíveis, tais como os colaterais até o 4º grau, estes receberão dois terços da herança de maneira que não fiquem em posição superior à do cônjuge.

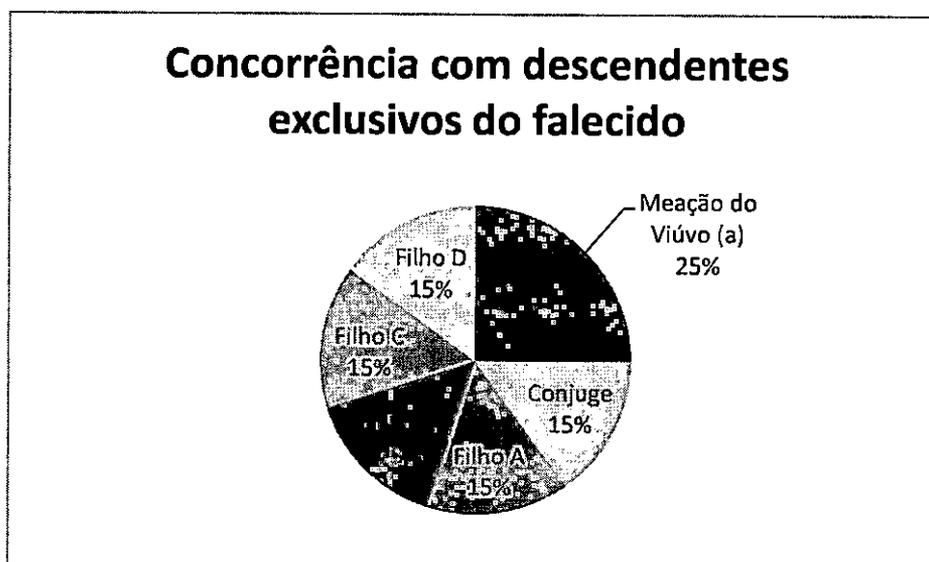
Visando exemplificar as divisões estabelecidas nessa concorrência e a posição doutrinária defendida nesse trabalho, seguem alguns gráficos:

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 280

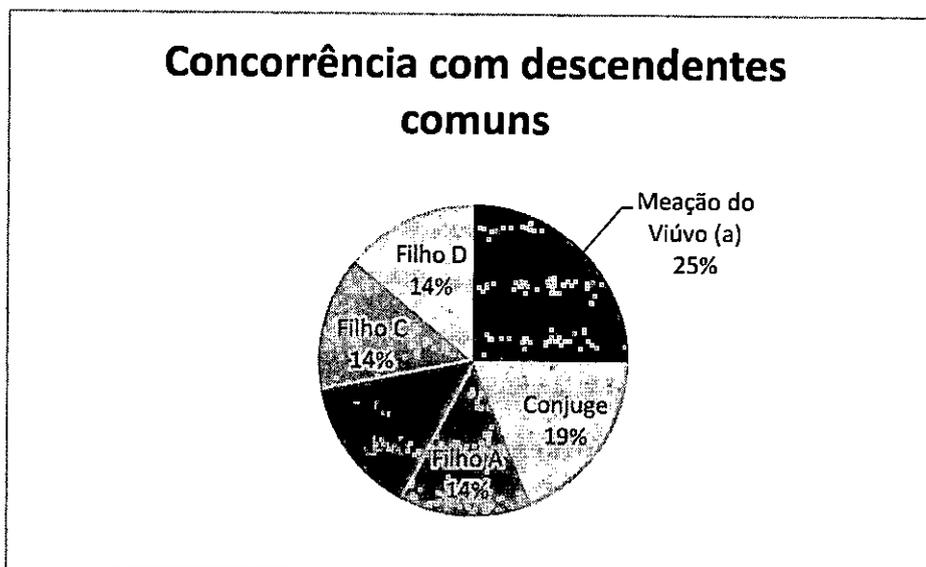
- a) Regime de comunhão parcial de bens com bens particulares do falecido, havendo nesse caso somente três herdeiros:



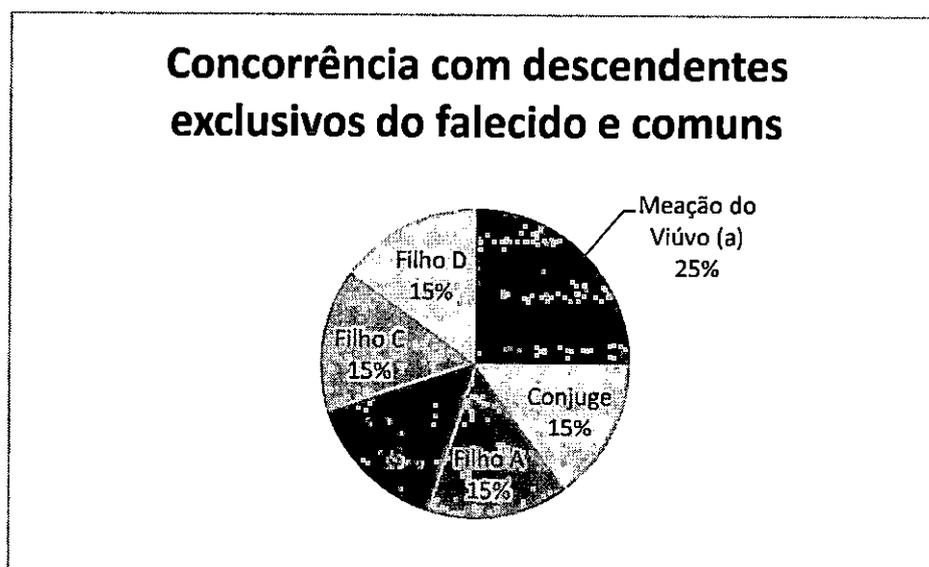
- b) Regime de comunhão parcial de bens com bens particulares do falecido, havendo nesse caso quatro filhos exclusivos do falecido:



- c) Regime de comunhão parcial de bens com bens particulares do falecido, havendo nesse caso quatro filhos comuns:



- d) Regime de comunhão parcial de bens com bens particulares do falecido, havendo nesse caso quatro filhos, sendo dois exclusivos do falecido e dois comuns :



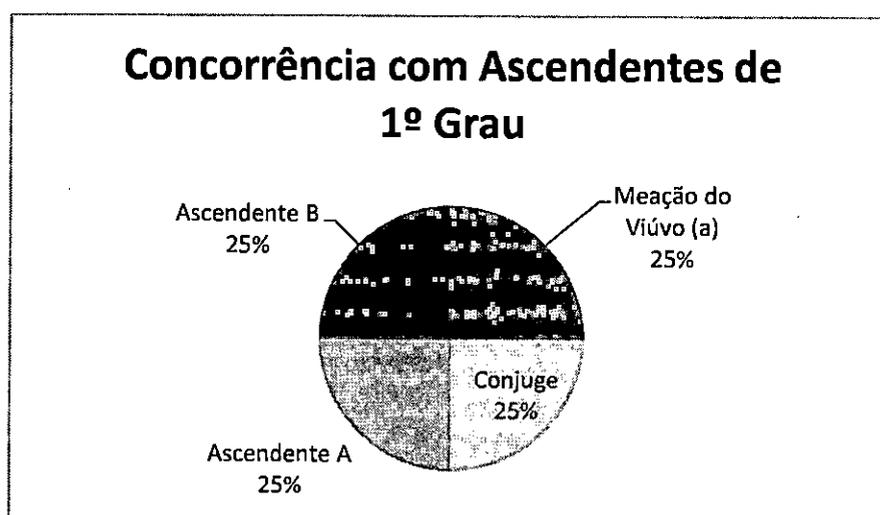
4.5 Concorrência com os ascendentes

Quando a concorrência acontecer com ascendentes do falecido, o regime de casamento se torna irrelevante, uma vez que não alterará o direito sucessório do viúvo ou viúva. A única situação a se observar é se os ascendentes de primeiro grau (pai e mãe) ainda o são vivos. Observada essa situação, segue-se a seguinte divisão, segundo Ulhoa²²:

(...) se o concurso se verifica entre o cônjuge sobrevivente e dois ascendentes de primeiro grau do falecido (isto é, seu pai e sua mãe), o cônjuge terá direito a um terço da herança. De outro lado, se a concorrência ocorre com um só ascendente de primeiro grau (isto é, pai ou mãe do falecido) ou com ascendentes de grau superior (um, dois, três ou quatro avós, um bisavô, etc), o cônjuge terá sempre direito à metade da herança (CC, art. 1.837).

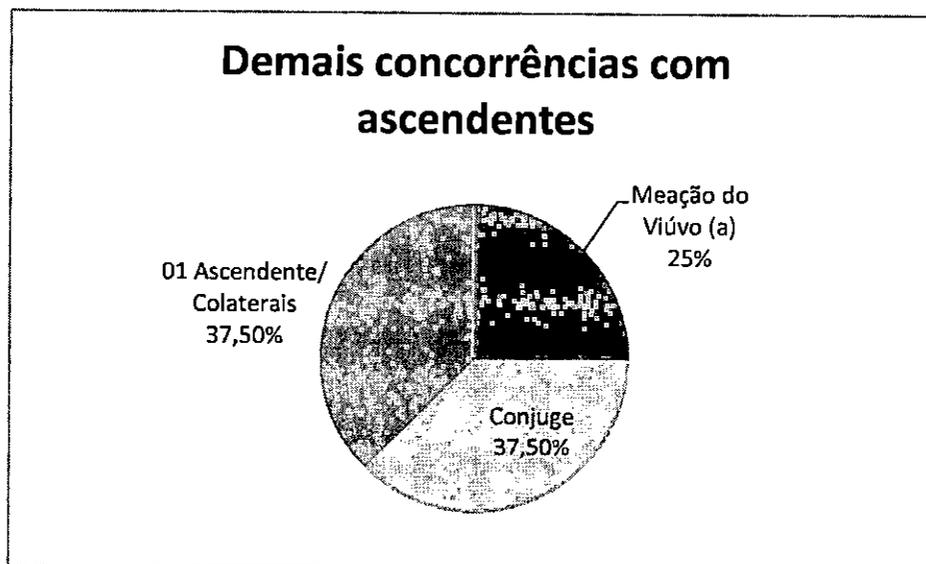
Sendo assim, somente nos casos de dois ascendentes de primeiro grau vivos, que o cônjuge terá direito a um terço da herança, nos demais casos de concorrência com ascendentes o cônjuge fará jus à metade da herança. Exemplificando:

a) Concorrência com ascendente de primeiro grau (pai ou mãe), sendo nesse caso vivos os dois:



²² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 2012, p. 280

b) Concorrência com ascendente de primeiro grau (pai ou mãe), sendo nesse caso vivo apenas um deles:



4.6 Cônjuge como único sucessor

Além da concorrência com existem também os casos em que o cônjuge é o único sucessor na ordem de vocação hereditária. Nesses casos, específicos o cônjuge sucede o falecido na totalidade da herança (CC, art. 1.838).

5 DIFERENÇAS DE TRATAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

5.1 Famílias Constitucionais e Inconstitucionais

Para entender as diferenças de tratamento dos entes familiares no direito sucessório e até mesmo analisar possíveis inconstitucionalidades é necessário entender a divisão que a Constituição faz dos tipos de família. No artigo 226 da Constituição são elencadas as famílias constitucionalmente reconhecidas, que são aquelas instituídas pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental.

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

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

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

Todas as demais entidades formadas de maneira estranha à mencionada pela Constituição são chamadas de famílias inconstitucionais, uma vez que não se encaixa no perfil constitucional pré-estabelecido. Nesse caso pode-se, de acordo com o Ulhoa, citar as famílias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.

Entre as famílias constitucionais e as não constitucionais, a diferença diz respeito unicamente à possibilidade de a lei ordinária estabelecer restrições específicas. (...) Não haverá nenhuma inconstitucionalidade nessa diferenciação, porque a parceria entre as pessoas do mesmo sexo é uma família não constitucional.²³

A primeira diferenciação de tratamento encontra-se nessa divisão de tipo de família.²⁴ Onde as famílias constitucionais possuem um tipo de tratamento e as

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Família e Sucessões*. 2012, p. 27

²⁴ Op. cit. 2012, p. 27.

não constitucionais outro. Não há, porém, inconstitucionalidade nesse tratamento uma vez que um dos princípios da própria Carta Magna é o da isonomia, onde se devem tratar os iguais com igualdade e os desiguais na proporção da sua desigualdade.

5.2 Inconstitucionalidades no Direito sucessório do Código Civil

Por muito tempo, a única forma de união afetiva aceita era o casamento e isso é herança histórica de dogmas religiosos que foram totalmente absorvidos pela sociedade e, por conseguinte, pelo ordenamento jurídico. A Igreja dogmatizou o casamento de maneira que qualquer relação que não seguisse os requisitos de seu entendimento de família, era considerado comportamento pecaminoso e lascivo.

Mesmo sabendo que o ente familiar da união estável não é algo recente, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que a grande desigualdade que existia entre o matrimônio e o antigo concubinato foi amenizada. O intuito do legislador era de promover a proteção da entidade familiar independente da sua forma de constituição.

A expectativa gerada pela reforma do Código Civil no sentido de garantir ao companheiro os mesmos direitos que o cônjuge, já que o casamento e a união estável são classificados como famílias constitucionais, foram drasticamente frustradas. O Código Civil de 2002 apresentou em seu texto diferenças de tratamento na sucessão hereditária quando estabeleceu que:

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

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

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

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

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

Esse dispositivo passa a impressão de que em nenhum momento o legislador zelou pelo princípio da isonomia, que a proteção à entidade familiar estaria muito mais relacionada à forma de constituição. Prestigia-se mais a

formalidade e o tradicionalismo do que a realidade vivida, pois confere mais direitos aos casados do que os que vivem em união estável.

Mesmo tendo na Constituição uma aparente igualdade entre os cônjuges e os companheiros, o legislador no Código Civil dá maior importância à sucessão do cônjuge dando ao mesmo a figura de herdeiro necessário. O enaltecimento da figura do cônjuge em detrimento do companheiro, como já dito, é herança histórica.

(...) a sucessão na união estável sofreu duas mudanças significativa: a delimitação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da relação e a quantidade de herdeiros concorrentes com o companheiro.²⁵

Desse modo é nítida a discriminação e necessária a discussão da constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil Brasileiro de 2002. No âmbito constitucional essa discriminação não deveria acontecer, pois quando é constitucional a família não podem existir diferenciações nos direitos e obrigações, não se pode adotar ou estabelecer direitos diferentes aos seus membros. Nenhum membro pode ser tratado de modo menos vantajoso que o equivalente a outra família dessa categoria. Confirmando esse entendimento, Ulhoa declara que:

[...] o direito constitucional do companheiro ao tratamento isonômico em relação ao cônjuge não é largamente aceito pela tecnologia civilista. Na verdade, predomina o entendimento de que a família constituída pelo casamento pode e deve gozar de tratamento mais vantajoso na lei; que a formada pela união estável pode conferir aos seus membros direitos e obrigações diferenciados. Para a maioria da doutrina, a Constituição não equiparou as duas formas de família, tendo, ao contrário, manifestado preferência pela matrimonial, em detrimento da união estável.²⁶

O cônjuge e o companheiro não devem ser tratados de maneira diferente pelo direito de sucessões uma vez que integram famílias constitucionais. A inconstitucionalidade encontra-se, no art. 1.790, II, do CC, na parte que reduz pela metade a porção hereditária do companheiro e nos casos de concorrência de descendência híbrida.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e a curatela*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Família e Sucessões*. 2012, p. 288

Tal discriminação pode ser vista pelo fato de ter o legislador reservado somente o art. 1.790 para tratar do assunto de sucessão para o companheiro e no tocante ao cônjuge, vários são os dispositivos legais sucessórios. Destacam-se os artigos 1.829, 1.832, 1.837 e 1.838.

A diferenciação de tratamento pode ser percebido, por exemplo, nos casos de concorrência com os descendentes, o cônjuge tem reservado a quarta parte da herança, já o companheiro sobrevivente não tem direito a essa reserva. Nos casos de concorrência com os ascendentes, o cônjuge tem reservada a terça parte da herança e a metade, se houver um só ascendente ou se for maior aquele grau. O companheiro sobrevivente, porém, terá direito a um terço da herança em qualquer caso. Não havendo descendentes e nem ascendentes, o cônjuge supérstite terá a integralidade da herança. Já o companheiro sobrevivente, por sua vez, sempre terá que dividir a herança se houverem outros parentes sucessíveis, ficando a ele reservada a terça parte da herança. O companheiro só herdará a integralidade da herança caso não houver outros parentes sucessíveis.

É inegável o tratamento diferenciado que se dá ao companheiro em comparação com o cônjuge sobrevivente. Tal discriminação é inaceitável frente à isonomia entre união estável e o casamento. Os Juízes da Vara de Família e Sucessões do interior de São Paulo concordam com esse entendimento, tanto é que, no ano de 2006, em evento organizado pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo e com o apoio de Associação de Magistrados de São Paulo traçaram enunciados a respeito do assunto, *in verbis*:

O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes,

herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido.

52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.²⁷

Percebe-se, então, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, devendo o ordenamento jurídico brasileiro ter seus preceitos revistos. Portanto, deve ser atribuído ao companheiro o mesmo tratamento dado ao cônjuge supérstite, já que não há argumento aceitável para o tratamento diferenciado.

5.3 Posicionamento Jurisprudencial atual quanto a Sucessão na União Estável

Por muito tempo o posicionamento das Cortes Estaduais baseava-se na aplicação do art. 1790 do Código Civil de 2002 na íntegra, onde o companheiro só participaria da sucessão no que dizia respeito aos bens adquiridos onerosamente. Com esse entendimento jurisprudencial, pode ser citado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro os seguintes processos:

Agravo de Instrumento n. 2003.002.14421, 18ª Câmara Cível, relator o Desembargador Marcus Faver:

EMENTA: Agravo de Instrumento. Inventário. Sucessão aberta após a vigência do Novo Código Civil. Direito Sucessório de companheiro em concurso com irmãos do obituado. Inteligência do art. 1790, III da novel legislação. Direito a um terço da herança. Inocorrência de inconstitucionalidade. Não há choque entre o Código e a Constituição. (...) As disposições do Código Civil sobre tais questões podem ser consideradas injustas, mas não contêm eiva de inconstitucionalidade. Reconhecimento dos colaterais como herdeiros do de cujus. Provimento do recurso.

Agravo de Instrumento n. 2004.002.16474, 8ª Câmara Cível, relatora a Desembargadora Odete Knaack de Souza:

EMENTA: Agravo de Instrumento. Direito de Família e das Sucessões. Direito da companheira na sucessão do ex-companheiro. Aplicação do art. 1790, III do Código Civil de 2002. Existência de parentes sucessíveis, quais sejam, os colaterais. Arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 1790, sob o argumento de tratamento desigual entre cônjuge e

²⁷ Consulta ao site www.conjur aos 08/11/2014, às 15h00min

companheiro. Improcedência. A Constituição Federal apenas determina que a união estável é reconhecida como entidade familiar, mas o conceito de casamento e união estável são distintos. (...) Desprovimento do recurso.

É possível perceber que os Tribunais até apontam a injustiça do dispositivo, mas não o declara inconstitucional. Há uma preocupação em se zelar pela imagem da constituição da família mediante o casamento. Porém esse entendimento vem se modificando ao longo dos anos como é notado nos julgados abaixo:

Agravo de Instrumento n. 7000.95.24612, 8ª Câmara Cível, relator o Desembargador Rui Portanova (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul):

EMENTA: Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do novo código civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo código civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento.

Esse tribunal deixou de aplicar o texto do Código Civil para se adequar ao caso concreto, declarando a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, reconhecendo ao companheiro os mesmos direitos constitucionais garantidos ao cônjuge. Esse entendimento também foi adotado pela Corte Estadual paulista, como segue:

Agravo de Instrumento n. 540.323-4/7-00, 1ª Câmara "A" de Direito Privado

EMENTA: Impugnações às primeiras declarações. Falecimento do companheiro que não deixou descendentes ou ascendentes – pretensão de se afastar a concorrência dos colaterais na sucessão hereditária (art. 1790, III do Código Civil) – Aplicação da Lei n. 9.728/96, que não revogou o artigo 2º da Lei n. 8.791/94, o qual assegurou à companheira sobrevivente o mesmo status hereditário do cônjuge supérstite – Prevalência da norma especial sobre a geral. Necessidade, porém, de declaração da existência da união estável, já que o patrimônio pré-existente não se comunica, para determinar o levantamento dos bens deixados pelo de cujus. Recurso parcialmente provido.

Agravo de Instrumento n. 522.361-4/8-00, 1ª Câmara "A" de Direito Privado,

EMENTA: Arrolamento – Reconhecimento de união estável – falecimento do companheiro que não deixou descendentes ou ascendentes – pretensão de se afastar a concorrência dos colaterais (art. 1790, III, CC) – Aplicação da Lei 9.728/96, que não revogou o art. 2º da Lei 8.971/94, que assegurou ao companheiro sobrevivente o mesmo status hereditário do cônjuge supérstite – Prevalência da norma especial sobre a geral. Recurso provido.

É possível perceber então que a jurisprudência aos poucos tem trilhado no sentido de considerar que, embora o direito companheiro na sucessão tenha evoluído no aspecto da divisão patrimonial, ainda causa indisfarçável desilusão na disposição desses direitos sucessórios. Ainda ofende ao princípio da isonomia, pois o cônjuge encontra-se na terceira posição na ordem da sucessão legítima e dos herdeiros necessários (arts. 1.829 e 1.824), já o companheiro aparece apenas nas Disposições Gerais do Livro das Sucessões (art. 1.790). Pode-se afirmar que o Código civil de 2002, negligencia a importância do papel do companheiro e do regime da união estável, cuja forma é constitucionalmente estabelecido e aceito, entendendo-a (união estável) como um quadro evolutivo da família, do homem e da própria sociedade.

5.6 Da Impossibilidade de reconhecimento dos direitos sucessórios no Concubinato

Por muito tempo o adultério foi classificado no sistema jurídico brasileiro como delito, estando presente no Código Penal de 1830, regulado nos arts. 250, 251, 252, 253, no Capítulo III "Dos crimes contra a segurança do estado civil e

doméstico”, nos arts. 279, 280 e 281, do Decreto n. 847 de 1890, no Título VIII “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, e no art. 240 do Código Penal de 1940, no Título VII “Dos crimes contra a família”, Capítulo I “Dos crimes contra o casamento”. Só deixando de ser crime no ano de 2005, com a Lei nº 11.106.

Porém atualmente o concubinato adúltero não encontra respaldo positivo no ordenamento jurídico brasileiro, já que deixou de se enquadrar como crime e de ter relevância jurídica, no uma vez que não possui espaço em sociedade monogâmica. Esse instituto é considerado um concubinato ilegítimo ou impuro, que segundo o art. 1727 CC, é o formado entre duas pessoas impedidas de casar nos termos da lei civil, seja porque existe relação de parentesco entre eles, como no caso de dois irmãos, ou quando um dos indivíduos é casado ou vive em união estável com outro. Nesse sentido, Gomes, *in verbis*:

Em nosso ordenamento jurídico, o concubinato adúltero sempre foi compreendido a partir da criatividade dos operadores do direito — juízes e doutrinadores —, em face do sinal de exclusão que sempre recebeu da legislação e, porque não dizemos, da sociedade. Partia-se do princípio de que concubinato adúltero era uma relação que não podia ser convertida em casamento, moralmente reprovável e contrária aos bons costumes.²⁸

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal julgou em Recurso Extraordinário 397.762, em 03.06.2008, pelo indeferimento do pedido de pensão por morte à concubina alegando através do Ministro Marco Aurélio de Mello que o objetivo maior do artigo 226 da Constituição Federal é a proteção ao casamento, uma vez que o reconhecimento da união estável pressupõe a possibilidade de conversão em casamento, o que é inviável no concubinato. O Ministro considerou o concubinato ilegítimo e com fundamento na segurança jurídica negou a concessão de pensão por morte à concubina.

O Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, sendo contrário à admissão de união estável na hipótese em que exista impedimento para casar e, portanto, seja “impossível transformar essa união estável

²⁸ GOMES, Cristiani Trani. **Consequências patrimoniais do concubinato adúltero**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/cristianetranigomes.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2014

em casamento". A Ministra Carmén Lúcia ressaltou que permanece vigente em nosso ordenamento o crime de bigamia e a impossibilidade de converter união estável em casamento caso uma das partes já seja casada. O Ministro Ricardo Lewandovski sustentou que o ordenamento jurídico diferencia união estável de concubinato (art. 1.723 e 1.727 do Código Civil) e observou que as relações extraconjugais não preenchem o requisito de publicidade para a configuração de união estável, uma vez que são relações adulterinas e clandestinas.

Somente o Ministro Carlos Ayres Britto defendeu que deve ser feita uma interpretação teleológica da Constituição Federal para identificar a necessidade de proteção da família pelo Estado, de forma ampla, e que "o modo pelo qual a família se constituiu é absolutamente secundário", pois ao Direito "não é permitido sentir ciúmes pela parte traída" e deve atuar como instância protetiva e "não censura ou por qualquer modo embaraçante". De acordo com o Ministro, para a Constituição não existe concubina, mas apenas companheira, e todo núcleo doméstico deve ser protegido, independentemente da origem.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, não reconheceu o direito à concessão de pensão por morte à concubina. No mesmo sentido, é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em consonância com a doutrina no âmbito do Direito de Família e do Direito Previdenciário, negaram proteção do Estado ao concubinato.

Mesmo com o entendimento contrário do Ministro Carlos Ayres Britto à decisão do STF, é possível perceber que ainda há uma grande resistência no mundo jurídico em tratar o instituto do concubinato, tendo como principal motivo alegado, a proteção ao instituto do casamento. Pois tratar o concubinato como relação familiar, e dar a ele a relevância de entidade familiar, desprestigiaria a figura do casamento. Para não incorrer em excessos a solução paliativa que vem sendo aplicada é de discutir o tema no campo das obrigações, pois dessa maneira não se ignoraria seus efeitos, não gerando enriquecimento ilícito para uma das partes e nem mesmo desamparo jurídico ao assunto, e, por conseguinte, também desmerecia o casamento.

Nesse sentido é necessário, sempre, que se analisem vários aspectos, uma delas é a dependência econômica de um concubino (a) perante o outro, assim como os princípios do direito, como o da dignidade da pessoa humana. Já existem, inclusive, julgados que entendem essa “compensação” pecuniária como essencial diante dos serviços domésticos prestados. Pode-se citar:

STJ – Resp 303.604/SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 23/6/2003
CONCUBINATO. RELAÇÃO EXTRACONJUGAL MANTIDA POR LONGOS ANOS. VIDA EM COMUM CONFIGURADA AINDA QUE NÃO EXCLUSIVAMENTE. INDENIZAÇÃO SERVIÇOS DOMÉSTICOS. Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino

Porém, ainda prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que o concubinato é relação não reconhecida juridicamente e por isso desprovida de qualquer proteção constitucional e civil. Uma parte já vem admitindo ao concubinato a possibilidade de geração de direitos e obrigações no plano da assistência social, porém não com vasta aceitação.

6 CONCLUSÃO

A importância dada à regulamentação do direito da família e seu direito sucessório é evidenciado pelos dispositivos dedicados pelo Código Civil de 2002 que traz em seu Livro IV, dividido em quatro títulos, as disposições sobre o Direito de Família e o Livro V que trata do Direito das Sucessões. Essa regulamentação visa garantir a proteção à família, o direito de propriedade, conforme o artigo 5º XXII e XXX, CF/88, assim como consolida o princípio constitucional de proteção a família, de acordo com o artigo 226 CF/88.

A importância de se proteger a família do de cujus deriva-se da intenção de garantir a ela segurança no que diz respeito à estabilidade do patrimônio deixado. Um dos procedimentos adotados para isso é a elaboração do inventário, relacionando-se todos os bens deixados pelo de cujus. A partir dessa relação, promove-se a partilha dentro dos parâmetros legais, disponibilizando a herança a quem lhe é de direito.

A transferência dos bens do de cujus ao cônjuge/ companheiro/ concubino visa promover a continuidade patrimonial da família, garantir a proteção, coesão e perpetuidade da mesma. Porém cada uma das entidades familiares tem seus requisitos de constituição, seus fatores impeditivos e tratamento no direito sucessório.

No casamento a constituição está condicionada a alguns requisitos básicos, os quais são: capacidade, desimpedimentos e as causas suspensivas, todos devidamente previstos no Código Civil. Já a União Estável os requisitos básicos são: a diversidade de sexo, a continuidade das relações sexuais e a ausência de algum impedimento do artigo 1.521 do novo código civil de 2002, notoriedade de afeições recíprocas. O concubinato é caracterizado pela união entre homem e mulher que vivem juntos, mas que têm alguns motivos que os impedem a realização do casamento.

Com o advento da Constituição iniciou-se uma nova visão a cerca da união estável e o legislador começou a estabelecer garantias ao companheiro, questão totalmente reprovável antes, devido o tradicionalismo religioso existente. Foi ela que dilatou o conceito de família, provendo uma proteção de igualdade à sociedade conjugal decorrente do casamento. Diante do fato de que a família é a base da sociedade e da ampliação do conceito de família, tornou-se necessária a

proteção do Estado sobre tal entidade (união estável). A partir desse momento várias leis surgiram no intuito de promover essa garantia, conforme foi citado no capítulo II desse trabalho.

Diante do reconhecimento da união estável como entidade família, surgem, então, os deveres dos companheiros, que segundo o artigo 1724 do Código Civil sendo alguns deles a lealdade, o respeito e a assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, mostrando assim que esses são os mesmos deveres outorgados dos cônjuges.

No que diz respeito à sucessão na união estável o Código Civil estabelece a meação (Artigo 1725) e na herança os direitos se limitam àqueles bens adquiridos durante a união estável, isso de acordo com o artigo 1790 do C.C. de 2002. Esse mesmo Código ainda impõe ao companheiro concorrer com os descendentes, ascendentes e até mesmo com os colaterais do *de cujus*. Isso foi um retrocesso segundo alguns doutrinadores, pois retirou o direito real de habitação e o usufruto, que eram previstos nas leis anteriores que regulavam a convivência fora do matrimônio.

No casamento, porém, pode ser herdeiro necessário ou concorrer com os descendentes como sucessor na primeira ordem da vocação hereditária. Nos casos de concorrência com descendentes do mesmo grau tem-se que: se houver até três descendentes, a concorrência do cônjuge é por cabeça, conforme art. 1.831, primeira parte, CC, sendo assim receberá porção igual à dos descendentes. Se na descendência, houver filhos exclusivos do falecido, a sucessão continuará por cabeça, independente da quantidade de herdeiros existentes, recebendo, dessa maneira, porção invariavelmente igual. Na situação em que a concorrência se der com filhos comuns, ou seja, descendente dos dois, a lei garante ao cônjuge a porção correspondente a um quarto da herança, e os outros três quartos serão igualmente repartido aos demais sucessores. E no caso em que ocorrer a concorrência híbrida, ou seja, existirem filhos comuns e exclusivos do falecido, ainda não há consenso entre os doutrinadores, podendo ser aplicada a primeira parte do artigo 1.832 do CC, repartindo a herança por cabeça, uma vez que a reserva da quarta parte ao cônjuge só tem validade nos casos de concorrência exclusivamente com descendentes comuns.

É nítido, então, o tratamento diferenciado dado no direito sucessório ao casamento, união estável e concubinato. Quando a Constituição promove no

capítulo 5 de seu texto uma aparente igualdade de relações entre os cônjuges e os companheiros, o Código Civil se manifesta de maneira diferente, ainda dando maior importância à sucessão do cônjuge, pois possibilita a esse figurar como herdeiro necessário. Isso demonstra o enaltecimento da figura do cônjuge em detrimento do companheiro, que como já havia sido dito é herança histórica. E isso está evidenciado no artigo 1790 do Código Civil de 2002.

É necessária uma análise e discussão quanto à constitucionalidade desse dispositivo, já que conforme o texto constitucional essa discriminação não deveria acontecer, já que nenhum dos membros da família pode ser tratado de modo menos vantajoso que o equivalente a outra família dessa categoria. Sendo assim, o cônjuge e o companheiro não devem receber tratamento diferenciado pelo direito de sucessões, já que integram famílias constitucionais. A inconstitucionalidade encontra-se, no art. 1.790, II, do CC, na parte que reduz pela metade a porção hereditária do companheiro e nos casos de concorrência de descendência híbrida.

Diante do estudo realizado, foi possível perceber que a proteção garantida pelas entidades familiares irão variar de acordo com o seu modo de constituição. Atualmente a proteção garantida ao cônjuge em muito supera àquela concedida ao companheiro e mais ainda ao concubino. E é essa diferenciação que o trabalho se propôs a apresentar e sugerir como análise, no intuito de defender que o direito sucessório deve ser equiparado para o cônjuge e para o companheiro, ou seja, que o direito deve ser garantido independente da forma de constituição da entidade familiar. E no que diz respeito ao concubinato sugere e defende a aplicação de indenização em casos de desconhecimento por parte do concubino das situações impeditivas ao casamento por parte do seu companheiro.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 4. ed.- Coimbra, 1989.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Lei n. 8.560**, de 29 de Dezembro de 1992
- _____. **Lei 8.213**, de 1991, art.16, I, com redação dada pela Lei 9.032, de 28 de abril de 1995
- _____. **Provimento n. 494** de 28 de Maio de 1993
- _____. **Lei n. 8.971**, de 29 de Dezembro de 1994
- _____. **Lei n. 9.278**, de 10 de Maio de 1996
- _____. **Súmula 380**
- _____. **Lei nº 6.015/73**, artigos 77 a 88
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado**. Curitiba: Juruá, 2002, v. VII, comentários ao art. 1.961.
- CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**. (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003. V. 18
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família, sucessões**, volume 5/ Fábio Ulhoa Coelho. – 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- DANELUZZI, Maria Helena Diniz. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º Volume: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v 6: direito das sucessões/ Maria Helena Diniz. – 20 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 6 (Direito das Sucessões)

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 4. Coleção Sinopses Jurídicas.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VI: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Cristiani Trani. **Consequências patrimoniais do concubinato adúltero**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/cristianetranigomes.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2014

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões e o novo Código Civil** / Rodrigo da Cunha Pereira, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Itabaiiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4^o ed. São Paulo, Max Limonad, 1952, v1.

OLIVEIRA, José Lopes de, **Sucessões**, 1 ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1972.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e a curatela**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Os direitos sucessórios na união estável**. *Jornal Valor Econômico*, 19-21 abr. 2002. Seção Legislação & Tributos.