



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

NAIANNY KALLINY NÓBREGA GONÇALVES

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1.790 DO
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

**SOUSA - PB
2007**

NAIANNY KALLINY NÓBREGA GONÇALVES

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1.790 DO
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Profº. Alexandre da Silva Oliveira.

**SOUSA - PB
2007**

NAIANNY KALLINY NÓBREGA GONÇALVES

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO DE 2002**

Aprovada em : ____ de _____ de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Alexandre Oliveira da Silva
Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Sousa-PB
Junho/2007

Dedico aos meus pais, Lourdes e Valdeir, que são a razão maior desta minha conquista, aos meus irmãos sempre presentes em todos os momentos, ao meu marido que seguiu comigo nessa longa caminhada e principalmente a minha filha Maria Isabel, a quem dedico inteiramente toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, por me dar a oportunidade de concluir esta importante etapa, quando muitos não podem ou não conseguem, aos meus pais que me condicionaram a chegar ao final desta caminhada, aos meus irmãos pelo apoio e dedicação, ao meu marido pelo incentivo e ajuda na realização deste projeto, a minha amada filha Maria Isabel, pela sua simples existência, a qual representa a maior fortaleza da minha vida, ao professor Alexandre pela grandiosa colaboração, aos meus amigos pela amizade dedicada, finalmente a todos que contribuíram direta ou indiretamente para essa conquista. A todos meus eternos e estimados agradecimentos.

"Princípios da Eficiência: não temer o futuro nem idolatrar o passado. O insucesso é apenas uma oportunidade de começar de novo com mais inteligência. O passado só nos serve para mostrar nossas falhas e fornecer indicações para o progresso no futuro."

(Henry Ford)

RESUMO

A pesquisa científica destina-se a uma abordagem a respeito do direito sucessório do companheiro, destacando o injusto tratamento dado pelo legislador civil brasileiro ao regulamentar as relações patrimoniais do instituto da união estável, relativo à dissolução do vínculo afetivo em razão da morte de um dos companheiros. Mediante o emprego dos métodos exegético-jurídico e do histórico-evolutivo busca-se engrandecer o raciocínio jurídico a respeito do tema, através de uma fundamentação teórica e legal que justifique a constatação da necessidade de uma solução mais benéfica e menos atroz a situação do convivente supérsiste no atual sistema jurídico. Considerando que, o ordenamento procura recepcionar todas as classes de herdeiros possíveis, tendo em vista, a consagração de determinados princípios constitucionais, como a igualdade e a dignidade humana, observa-se uma total discrepância ao ser evidenciado que o elaborador da lei conferiu tratamento diferenciado concernente ao direito de herança do companheiro, face às vantagens atribuídas ao cônjuge, caracterizando assim, um obstáculo à justa aplicação da lei. É nesse diapasão que serão abordadas inicialmente a evolução histórica do instituto da união estável, bem como sua distinção com a figura do concubinato, no quais muitos ainda confundem, como também a diferenciação entre meação e herança, bastante importante para compreensão do aludido tema. Observa-se ainda, o progresso da relação estável e seus pressupostos como elementos indispensáveis ao seu reconhecimento como constituidora de família legítima, sob a proteção do Estado. É relevante verificar que embora o legislador tenha se preocupado em regulamentar tal instituto, erigindo-o a categoria de entidade familiar, não o fez perfeitamente, uma vez que foi obscuro e impreciso nas normas a ele relacionadas, causando divergentes interpretações atinentes, cujo desafio se faz no sentido de complementar a omissão e confusão legal. Destaca-se a atual posição do companheiro no direito sucessório de forma comparativa com a do cônjuge, bem como a possibilidade de concorrência com os demais herdeiros sucessíveis. Por fim, serão analisados os recentes posicionamentos doutrinários e críticas de estudiosos que sustentam a necessidade de se resolver juridicamente esse impasse, defendendo a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do novo Diploma Civil, evitando-se assim, interpretações errôneas com conseqüente prejuízo àquele que, curiosamente, tem sua igualdade garantida em lei.

Palavras-Chave: Direito Sucessório. União Estável. Aplicação da Justiça.

RÉSUMÉ

La recherche scientifique est destinée à une approche concernant le sucessório du droit du compagnon succession, détacher le traitement injuste donné par le législateur civil brésilien quand régler les rapports patrimoniaux de l'institut de l'union stable, relatif à la dissolution de l'attache affectueuse dans raison de la mort d'un des compagnons. Par le travail de l'exegético méthodes exegesis-juridiques et de l'historique évolutionnaire il a cherché pour augmenter le raisonnement juridique concernant le thème, à travers un fundamentação théorique et légal foundation qu'il justifie la vérification du besoin d'une solution plus salubre et moins impitoyable la situation du convivente coexistence supersiste dans le système juridique courant. Vu que, l'ordenamento essaie de recevoir toutes les classes des héritiers possibles, soigne dans vue, la consécration certains commencements constitutionnels, comme l'égalité et la dignité humaine, qu'une contradiction totale est observée quand être manifesté que le faiseur de la loi a vérifié traitement différencié concernant le droit de l'héritage du compagnon, faites face aux avantages attribués à l'époux, en caractérisant comme ceci, un obstacle à l'application juste de la loi. È dans ce ton que les you/they seront approchés initialement l'évolution historique de l'institut de l'union stable, aussi bien que sa distinction avec l'illustration du concubinato dans lequel beaucoup confondent encore, aussi bien que la différenciation demi et héritage, tout à fait important pour comprendre du thème mentionné. Il est encore observé, le progrès du rapport stable et leurs présuppositions comme éléments indispensables à sa reconnaissance comme a constitué de famille légitime, sous la protection de l'État. È pertinent vérifier que bien que le législateur ait si inquiet dans régler le tel institut, élever him/it la catégorie d'entité de la famille, il n'a pas fait parfaitement him, une fois c'était obscur et imprécis dans les normes à lui apparenté, causer divergent à propos d'interprétations dont défient si il fait dans le sens de compléter l'omission et confusion légale. Il positions dehors la place du courant du compagnon dans le bon sucessório dans un chemin comparatif avec celui de l'époux, aussi bien que la possibilité de la compétition avec l'autre sucessíveis des héritiers. Les positionnements doctrinaires récents et les critiques de spécialistes qui soutiennent le besoin de résoudre cette impasse juridiquement seront analysées finalement, à eux, en défendant l'anti-constitutionnalité de l'article 1.790 du nouveau Diplôme Civil, être évité comme ceci, interprétations erronées avec dégât conséquent à que qui, étonnamment, il a son égalité garantie dans loi.

Mot clef: Bon Sucessório. Union stable. Application de la Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo 1 Noções preliminares.....	13
1.1 Desenvolvimento Histórico – Considerações gerais.....	13
1.2 Diferenças entre concubinato e união estável	19
1.3 Distinção entre herança e meação.....	24
Capítulo 2 Disciplina jurídica da união estável.....	28
2.1 Panorama da união estável sob a égide da CF/1988.....	28
2.2 A relação de companheirismo á luz das Leis n. 8971/94 e 9278/96..	32
2.3 Disposições sobre a união estável no Código Civil de 2002.....	40
2.4 Alimentos entre os companheiros.....	44
Capítulo 3 Sucessão do companheiro.....	48
3.1 Análise comparativa entre a tutela sucessória dos cônjuges e companheiros na legislação brasileira	48
3.2 Divergências acerca das lacunas deixadas pelo Código Civil de 2002 em face do direito sucessório dos companheiros.....	53
3.3 Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

A discussão relativa ao direito sucessório do companheiro constitui um dos inúmeros questionamentos surgidos na esfera do Direito de Família, devido à abordagem restritiva dada pelo elaborador da norma civil vigente. Apesar da extensa quantidade de estudos doutrinários existentes a respeito do tema, a pesquisa realizada não esgota completamente o assunto em razão de sua amplitude e complexidade.

Embora a união estável tenha alcançado o *status* de entidade familiar, equiparando-se ao instituto do casamento, verificar-se-á na abordagem legal que a ela é dada, uma limitação de direitos concernentes às relações patrimoniais que ferem princípios consagrados constitucionalmente, como à igualdade e a liberdade. É nesse contexto que a pesquisa se desenvolve, aspirando fortalecer as reflexões jurídicas que se posicionam favoravelmente a uma aplicabilidade mais justa e eficaz da norma.

Tendo em vista tratar-se de um assunto por demais polêmico, gerador de celeuma jurídica e causador de injustiças no âmbito pragmático, motiva o estudioso ao seu aprofundamento na busca de compreender o que levou o elaborador da lei a versar sobre o tema de maneira ínfima e preconceituosa atribuindo um tratamento inferior e desvantajoso para o companheiro face aos privilégios conferidos ao cônjuge sobrevivente.

A pesquisa científica desenvolver-se-á mediante a utilização dos métodos exegético-jurídico, para a análise interpretativa das proposições legais e doutrinárias concernentes ao tema, bem como o histórico-evolutivo, que objetiva apresentar a evolução do instituto da união estável e da sua aplicabilidade legal, a

fim de traçar um paralelo entre as diversas leis que disciplinam a matéria em diferentes épocas.

O capítulo inicial fará uma abordagem acerca da evolução histórica, direcionando-se ao direito clássico, na tentativa de compreender a transmissão do patrimônio e suas conseqüências jurídicas através dos tempos; bem como a distinção entre os institutos da união estável e do concubinato, freqüentemente confundidos. Far-se-á, também, um minucioso estudo sobre os direitos da meação e da herança, procurando demonstrar a diferença entre ambos, respeitando-se as peculiaridades de cada um, reforçando-se a idéia de que a meação não se confunde com a herança.

No capítulo intermediário será enfatizado o instituto da união estável em toda sua plenitude, expondo sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, desde os primeiros diplomas legais que regulamentaram o referido instituto, destacando os regramentos propostos pela Constituição Federal, pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, até as disposições elencadas no atual Código Civil; ressaltando as principais mudanças sociais, e as transformações ocasionadas no decorrer dessas normas legais.

No subsequente e último capítulo proceder-se-á com a análise meticulosa da problemática proposta, através da exposição de um estudo comparativo da sucessão do cônjuge e do companheiro, bem como da concorrência com os demais herdeiros sucessíveis. Tratar-se-á da polêmica quanto à previsão injusta do Código Civil de 2002, assim como das críticas doutrinárias e jurisprudenciais acerca do direito sucessório dos companheiros. Por fim, apresentar-se-á a dificuldade, que tem o jurista, na aplicabilidade da norma, em razão da sua obscuridade e seu tratamento pormenorizado dado aos conviventes, culminando

com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do novo Codex.

CAPÍTULO 1 NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 Desenvolvimento histórico – Considerações gerais

É sabido que as denominadas "uniões livres" (extramatrimoniais) entre homem e mulher sempre existiram e encontraram-se presentes nas mais antigas civilizações, no entanto, só passaram a apresentar relevante negação jurídica a partir da instituição do casamento sob forma legal no século XVI, com isso surgiu a grande reprovação da união estável.

No direito romano era uma forma de união inferior ao casamento, sem efeitos jurídicos, por serem tais relações desprovidas de formalidades, contudo, eram lícitas e não reprovadas pela sociedade por não atentarem à moral; porém, os filhos nascidos dessa união eram considerados ilegítimos, permanecendo vinculados à família materna. Era uma das formas do casamento *cum manu*, conhecida como *usus*, o qual correspondia a um casamento de fato, estabelecido pela convivência ininterrupta do homem e da mulher por mais de um ano, na posse do estado de casados.

Historicamente, a Igreja Católica teve importante influência sobre as diversas sociedades, com a sua posição contrária e intolerante em relação a essa união vista como irregular, não admitindo que os princípios norteadores da moral e dos bons costumes que abrangem a família legítima fossem abalados por relacionamentos informais, passando a coibir absolutamente essas uniões concubinárias; contudo, sua condenação foi bastante notória com o Concílio de Trento, que tornou obrigatória a celebração formal do matrimônio, sendo os concubinos apenados com excomunhão, se persistissem em seus relacionamentos.

No Brasil, a legislação civil codificada reflete o pensamento da burguesia agrária cafeeira que detinha o poder político e econômico e manipulava a política nacional. As classes médias urbanas estavam politicamente vinculadas às classes dominantes, invejavam seus privilégios e cultivavam os seus valores. É patente a influência do direito canônico na formação desses valores e indiscutível a influência da religião e da moral na formação dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativas. A união de fato de pessoas de sexo diferente, embora tenha sido sempre numerosa no Brasil, não foi devidamente regulamentada pelo Código Civil.

No direito brasileiro, dava-se referência às disposições que tinham como escopo a proteção da "família legítima". O Concubinato, apesar de sempre ter se revelado como uma realidade social, tardou a ter seus efeitos reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico. Isso se deve ao fato da nossa legislação, desde seus primeiros diplomas legais, ver no casamento a única forma possível de constituição da família, mostrando-se sempre inflexível quanto ao reconhecimento de efeitos positivos advindos das relações concubinárias, mesmo as constituídas sem impedimentos matrimoniais, denominadas de concubinatos puros. Neste contexto, ao matrimônio era destinada toda a regulamentação que se produzia, estando, portanto, qualquer outra forma de agrupamento familiar excluída de proteção. Por esta razão, o Código Civil de 1916 fazia menção apenas ao concubinato adúltero, tratando-o como estranho ao Direito; conforme se identifica nesses dispositivos que objetivavam evitar qualquer favorecimento à "concubina", por exemplo, o art. 1.177, que proibia a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; o art. 1.719, inciso III, que vedava a nomeação de concubina de testador casado como herdeira ou legatária em um testamento e o art. 183, inciso VII, que proibia o casamento do

cônjuge adúltero com o seu co-réu. O único efeito positivo previsto no Código Civil de 1916 se refere à possibilidade de reconhecimento de filhos, quando ao tempo da concepção, pai e mãe se encontravam em regime de concubinato, conforme art. 363, inciso I. Assim, não havia qualquer possibilidade de atribuição de direitos sucessórios aos concubinos, pois tais direitos somente nasceriam se existisse relação matrimonial.

Deste modo, homens e mulheres que viviam uma relação estável e duradoura, sem o vínculo formal do matrimônio não faziam jus aos direitos que eram conferidos às pessoas casadas, dentre estes, os direitos sucessórios. Como as relações de concubinato não eram consideradas entidades aptas a constituir uma família, os concubinos estavam privados dos efeitos da sucessão hereditária. Contudo, a jurisprudência já reconhecia direitos obrigacionais na dissolução da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre os companheiros do patrimônio adquirido pelo esforço comum, impedindo assim a ocorrência de enriquecimento sem causa por um dos concubinos. Essa posição foi estabelecida na Súmula 380 do STF, que dizia: *"Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."* Logo, outros direitos foram conferidos a companheira, tais como, o de receber indenização do companheiro morto por acidente de trabalho e de trânsito, desde que não fosse casado e a tivesse incluído como beneficiária.

Diante desses fatos, ao longo dos anos, principalmente a partir da segunda metade do século XX, pode ser verificada uma evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, passando a ser conferidos direitos àqueles que viviam sob o regime de concubinato. O ápice de tal evolução se deu com a Constituição

Federal de 1988, que elevou o concubinato puro, agora denominado de União Estável, ao patamar de entidade familiar, assim como a família oriunda do casamento. Esta inovação constitucional representou a plena passagem do concubinato para o âmbito do Direito de Família. Somente a partir desta nova concepção puderam ser atribuídos aos companheiros os direitos sucessórios, através da legislação infraconstitucional. Diz o art. 226, da Constituição Federal:

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.

De acordo com este dispositivo, nota-se que a família continua a ser a base da sociedade e gozar de especial proteção do Estado. Contudo, esta proteção não mais se limita às famílias oriundas do casamento. A Constituição inovou, trazendo uma concepção plural de família, que compreende não apenas a família matrimonializada, mas também as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Desta feita, após a promulgação da Carta Magna de 1988, não podem mais ser concebidas interpretações que privilegiem uma entidade familiar em detrimento das demais, pois a todas entidades familiares é garantida a especial proteção do Estado. Logo, cada instituição familiar prevista na Constituição Federal possui peculiaridades e regulamentação próprias, mas a lei não pode dispensar tratamento discriminatório em relação a qualquer delas, pois, caso contrário, estaria violando o comando constitucional supracitado.

O legislador constituinte, trouxe, então, ao seio de proteção do Estado a família nascida fora do casamento, apresentando sua condição de entidade familiar, tendo em vista o caminho aberto gradualmente pela jurisprudência para

decisões homogêneas e solidificadas em matéria de proteção aos efeitos da união livre na legislação; abrindo assim, margem para as leis infraconstitucionais, as quais alargaram direitos aos companheiros, tais como, a Lei 8.971/94, que dispõe a respeito do direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e a Lei 9.278/96, regulando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

O Novo Código Civil, de janeiro de 2002, legitimou mudanças radicais pelas quais a sociedade brasileira passou desde a vigência do antigo Código, de 1916. Um desses temas diz respeito ao antigo "casamento ilegítimo", ou seja, a união de homem e mulher que já haviam se casado anteriormente e eram tidos como concubinos. Nesse longo período de 86 anos, o termo ganhou diversas interpretações. Mas foi depois do Novo Código que a relação entre companheiros ganha *status*, com direitos e deveres assegurados; entretanto, ainda deixou numerosas lacunas em relação ao direito sucessório dos mesmos, pois o tratamento conferido à união estável é evidentemente discriminatório em relação ao estabelecido no tocante às relações matrimoniais.

O art. 1723 do novo diploma cível, estabelece que *"é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*. Esse conceito não traz a exigência de prazo rígido para a caracterização da união estável. Há que se analisar, diante do caso concreto, se presentes a estabilidade, convivência e afetividade da relação. Estabelecer esse prazo rígido implicaria em possibilidade de reconhecer como uniões estáveis relações que, embora duradouras não têm como finalidade a constituição de família.

O Código Civil dispõe ainda ser possível à constituição de uniões estáveis entre pessoas casadas, desde que separadas de fato ou judicialmente.

Estabelece claramente, a diferença entre o relacionamento caracterizador da união estável e a relação concubinária, esta última baseada em relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar.

Uma mudança bastante significativa foi o reconhecimento de todos os filhos como herdeiros, sejam eles comuns, adotivos, ou mesmo os havido fora do casamento, o que fez acabar com os privilégios entre os mesmos. Outra modificação também expressiva foi verificada no artigo 1.790, o qual passa a considerar o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro, como será exposto adiante.

A tendência atual, facilitada pela evolução jurídica do instituto do casamento, procura aproximá-lo das uniões estáveis. Nas relações entre concubinos, se houver bens, estes devem ser liquidados caso a união livre chegue ao fim, recorrendo os tribunais à teoria da sociedade de fato. E os serviços não remunerados da concubina no interesse comum são reivindicados com base na teoria do enriquecimento sem causa. Situações que se resolvem no âmbito do direito das obrigações, onde estão as relações concubinárias espúrias e as uniões livres entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, a união duradoura e desimpedida é aceita com entidade familiar e merecedora da proteção do Estado.

1.2 Diferenças entre concubinato e união estável

Houve um tempo em que o concubinato representava toda e qualquer relação não-matrimonializada. Não importava fossem os parceiros dessa relação solteiros, inexistindo, portanto, impedimentos entre ambos para o matrimônio; ou um deles casado cujo matrimônio ainda subsistisse válido.

Atualmente, é bastante comum, no dia-a-dia dos tribunais, deparar com ações em que a autora pede os seus direitos decorrentes da existência de relação

concubinária, ou o reconhecimento e a dissolução de uma sociedade de fato, ou que se proclame a partilha do patrimônio em razão de ter havido união estável. São institutos bastante comuns, sobretudo nas varas de família, mas essencialmente diferentes, não sendo difícil haver confusão entre eles. Por isso, às vezes se lê “concubinato”, quando o tema, em boa verdade, refere-se a uma “união estável” e assim por diante.

É indispensável, pois, preocupar-se com a adequada definição acerca do exato alcance terminológico dessas expressões. Com efeito, definir o que venha a ser “concubinato” e “união estável” é ponto inicial para que se possa desenvolver de forma útil qualquer raciocínio jurídico a respeito desses temas. E isso se deve ao fato de que alguns conceitos foram sendo modificados ao longo do tempo, sobretudo em face da dinâmica das relações sociais e das mudanças que essa eficácia foi impondo na ordem jurídica.

Se não ficar bem determinada a diferença entre esses institutos, será complexo entender porque alguns julgados dizem que a concubina tem alguns direitos e outros dizem que ela não tem aqueles mesmos direitos. E, nesse caso, não se cuida de mera divergência jurisprudencial. Cuida-se de soluções tomadas com base em instituto cujo conceito foi sendo gradativamente modificado.

De modo geral, tinha-se a idéia de que concubinato estaria caracterizado pela convivência entre homem e mulher, de forma pública, constante e duradoura, como se casados fossem. Há vários julgados que se referem ao “concubinato” dessa maneira, sobretudo, após o novo Código Civil, esse conceito passou a definir a união estável, tão somente. A adequada definição de concubinato seria a união velada entre homem ou mulher casado com outro indivíduo de sexo

oposto, solteiro; como se fosse um lar clandestino, oculto aos olhos da sociedade, logo, as soluções judiciais são evidentemente outras, bem diferentes daquelas.

O insigne doutrinador Álvaro Villaça de Azevedo (1999, p.03) destaca duas espécies de concubinato: o puro e o impuro. Veja-se:

Entendemos que deve de considerar-se puro o concubinato quando ele se apresenta (...) como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente, desde que respeitada outra união concubinária. Tenha-se, por outro lado, que o concubinato será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinado, que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato

Neste sentido, também nos ensina a autora civilista Maria Helena Diniz (2005, p. 371), a definição de concubinato que se harmoniza com a que foi ora transcrita, verbis:

O concubinato pode ser: puro ou impuro. Será puro se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos e separados judicialmente (RT 409:352). Ter-se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. Apresenta-se como: a) adúlterino (RTJ 38:201; RT 458:224), se se fundar no estado de cônjuge de um ou de ambos os concubinos, p.ex., se o homem casado mantém, ao lado da família legítima, outra ilegítima; e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre amantes.

Diante dessas diferenças, modernamente não se utiliza mais as expressões concubinato puro e impuro, visto que o primeiro passou a denominar união estável e o segundo apenas concubinato. Portanto, a doutrina passou a preferir os termos concubinos e companheiros. A distinção, basicamente, reside no fato de ser o concubino o amante, mantido clandestinamente pelo indivíduo casado, ou ainda aquele que mantém relacionamento incestuoso; companheiro, ao contrário, é o parceiro com quem o indivíduo solteiro ou casado, mas separado de fato, cultiva uma relação estável, sem impedimentos legais.

A jurisprudência tem acompanhado essa diferenciação entre os tipos de concubinato e as distinções entre os termos “concubina” e “companheira”. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, consolidando o entendimento jurisprudencial em memorável voto a respeito do tema, conforme RTJ 82/934, trouxe os seguintes ensinamentos: concubina, no dizer da jurisprudência é a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima, seria aquela que reparte, com a esposa legítima, as atenções e assistência material do marido, conhecida como a mulher do lar clandestino, oculto aos olhos da sociedade, como prática de bigamia, e que o homem freqüenta simultaneamente ao lar legítimo. Em contrapartida, a companheira é a mulher que se une ao homem já separado, solteiro, viúvo, divorciado, e que a apresenta a sociedade como se legitimamente casados fossem; existem nesta relação às exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto e durabilidade.

É preferível, então, e a partir desses preceitos doutrinários e jurisprudenciais, identificar bem a união estável e o concubinato. Logo, haver-se-á de chamar união estável a relação lícita e pública entre homem e mulher, solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que vivem como se casados fossem. O concubinato seria, portanto, representado por relações de caráter clandestino, passageiras, não duradouras, espúrias ou ainda como a relação duradoura fora do casamento ou da união estável com a intenção de deslealdade ou infidelidade. Seriam aquelas uniões que, em última análise, significaria relações furtivas ou como é comumente conhecida mancebia, que a sociedade tanto repudia; o que impede este instituto de ser visto como entidade familiar, pois os concubinos

ou são comprometidos, ou são impedidos de casar. A doutrina majoritária classifica a união concubinária em três diferentes tipos, quais sejam:

Adulterino - aquele representado pela união de um homem e uma mulher, onde, embora um ou ambos sejam casados, mantém paralelamente ao lar matrimonial, outro relacionamento de fato, sem denotar, quanto a este último, perante a sociedade, desígnios de constituição de família.

Incestuoso - que representa a união entre os parentes próximos, como por exemplo, o relacionamento entre pai e filha.

Desleal - que seria aquela união representada por um concubino que forme com uma outra pessoa, um lar convivencial em concubinato.

A diferenciação entre os mencionados institutos, como se vê, revela-se fundamental para que se possa decidir sobre a eventual existência de direitos decorrentes de uma e outra situação, pois o relacionamento erigido sobre a infração ao dever de fidelidade conjugal não surte efeitos; essa união não se constitui por falta de liame lícito; não tem eficácia como entidade familiar. Os concubinos adulterinos que formem patrimônio específico em razão da relação, podem ter esse acervo dividido pelas regras do direito das obrigações, como sociedade de fato, não pelo direito de família. Conforme o Projeto de Lei nº 6.960/2002, em seu artigo 1.727, aplica-se ao concubinato, mediante comprovação da existência de sociedade de fato, as mesmas regras do contrato de sociedade. No entanto, no que se refere a união estável a nossa legislação já estabelece direitos sucessórios aos companheiros, apesar de ainda ser inferior aos direitos concedidos ao cônjuge.

A evolução doutrinária do instituto da união estável culminou com o seu reconhecimento, como instituto jurídico, na Constituição de 1988, em seu art. 226, § 3º, e com a sua posterior definição legal no art. 1º, da Lei nº. 9.278/96. O Novo

Código Civil de 2002 destina a esse tipo de entidade familiar e seus efeitos um Título próprio no Direito de Família (Título III). O artigo 1.723 cuidou de conceituar essa relação familiar, como sendo a união contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, vivendo ou não sob mesma habitação, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de instituir família, desde que tenha condição de ser transformada em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação.

Outra distinção de relevante importância é a verificada do ponto de vista do direito formal, processual, pois, a competência para decidir litígios entre pessoas que vivem em união estável é da Vara de Família, enquanto, do concubinato é de qualquer Juízo civil.

A renomada autora Maria Helena Diniz (2005, p. 361), destaca alguns elementos essenciais para a configuração da união estável, são eles:

1. Diversidade de sexo – observado que entre pessoas de mesmo sexo haverá apenas uma sociedade de fato, exigindo-se além disso, uma convivência duradoura, que não apresenta prazo determinado, mas que possa configurar um estado convivencial, com aparência de casamento;
2. Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes - somente poderá ser reconhecida união estável se decorrente de relações entre pessoas solteiras, separadas de fato, divorciadas ou viúvas, e desde que elas não apresentem nenhum impedimento legal para o casamento;
3. Notoriedade de afeições recíprocas – a convivência *moro uxória* deve ser notória, os companheiros devem tratar-se socialmente, como marido e mulher, com o intuito de constituir família;

4. Honorabilidade – deve haver uma união baseada em mútuo respeito;
5. Fidelidade ou lealdade – entre os conviventes tem de haver a intenção da vida em comum, havendo os mesmos deveres do matrimônio;
6. Coabitação – baseada na identidade de habitação.

1.3 Distinção entre herança e meação

Antes de iniciar o estudo da sucessão, faz-se importante observar as diferenciações entre o instituto da meação e da herança, os quais são comumente confundidos.

O falecimento de uma pessoa determina a abertura da sucessão, conforme estabelece o princípio de Saisine, onde o patrimônio do de cujus será incorporado aos que a ele sobrevier. Estes são designados sucessores, pessoas legitimadas por lei ou mediante disposição de última vontade, a receberem a herança deixada pelo falecido.

A herança constitui um conjunto de bens, direitos e obrigações, capazes de serem avaliados economicamente e que são transferidos aos sucessores, a título universal, até que seja determinada a partilha, onde cada pessoa receberá seu quinhão hereditário.

Ressalta-se também, que além da herança o direito sucessório busca proteger a meação do cônjuge sobrevivente.

O substantivo meação, abordado sobretudo no Direito de Família, consiste no direito que os cônjuges têm sobre a metade dos bens que integram o patrimônio do casal, e que fora adquirido por ambos durante a coexistência, caracterizando o esforço comum; patrimônio este, que por ocasião da dissolução da

sociedade conjugal (divórcio, separação judicial, morte ou anulação) deverá ser meado, ou seja partido ao meio.

Logo, a meação não faz parte, dos bens que serão objeto de sucessão, pois são de propriedade do cônjuge sobrevivente, de forma que somente serão objeto da sucessão os bens que faziam parte da meação que pertencia ao de cujus.

A meação é avaliada conforme o regime de bens que regula o casamento; na comunhão universal, por exemplo, todo o patrimônio é dividido ao meio, no regime de comunhão parcial, receberá o cônjuge sobrevivente a metade dos aqüestos, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento; da mesma forma se procede no regime de participação final nos aqüestos. Destarte, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar o patrimônio comum, o qual pertence ao cônjuge sobrevivente, que representa a meação; excluída esta, o patrimônio restante deixado pelo falecido constitui a herança, que é atribuída aos sucessores legítimos ou testamentários; não havendo descendentes e ascendentes, esse direito cabe ao cônjuge sobrevivente.

Em estudo meticoloso a doutrinadora Maria Helena Diniz (2005, p.40), estabelece claramente a distinção entre ambos os institutos ora abordados:

E mister não confundir o direito á herança, que se reconhece ao consorte sobrevivente, com sua meação. A meação é um efeito da comunhão, enquanto o direito sucessório independe do regime matrimonial de bens. A meação constitui a parte da universalidade dos bens do casal de que é titular o consorte por direito próprio, de modo que tal meação do cônjuge sobrevivente é intangível; sendo o consorte herdeiro necessário. O de cujus não pode dispor de sua meação sem quaisquer restrições, pois, com isso privaria o supérstite.

Na constância da união estável também existe o reconhecimento do direito a um dos concubinos a metade dos bens adquiridos durante a convivência "*more uxoria*", desde que tenha a companheira ou companheiro concorrido

financeiramente para a aquisição dos bens, verdadeira sociedade de fato, não apenas de ordem afetiva e sentimental, mas também de ordem econômica.

Portanto, desenvolvendo a companheira intensa atividade doméstica, acrescida à atividade remunerada fora do lar, portanto contribuindo fundamentalmente para a existência da sociedade concubinária, tem ela direito à meação do patrimônio comum, visto que, o direito da concubina advém de sua participação igualitária ou mesmo proporcional de esforços na formação do patrimônio.

Desta forma, provado que a concubina contribuiu com o capital ou trabalho para aquisição dos bens, nasce o direito a exigir a meação dos bens havidos durante a união concubinária, uma vez que o direito da companheira à participação nos bens do companheiro está na dependência direta de prova da contribuição efetiva para o aumento do patrimônio.

CAPÍTULO 2 DISCIPLINA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Panorama da união estável sob a égide da CF/88

Anteriormente a Constituição Federal de 1988, não havia legislação conferindo juridicidade ou legalidade às relações concubinárias, no entanto, não podendo desprezar ou ignorar essa realidade, cada vez mais presente em nossa sociedade, a jurisprudência concedeu alguns direitos aos concubinos.

Logo, entre as décadas de 1960 e 1970, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu através de súmula os direitos à concubina. A súmula Nº 380 do STF declara que *“comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”* Todavia, a sociedade de fato era diferente do concubinato, e deveria ser comprovada pela companheira; o fato de conviverem juntos, não era para o STF suficiente para ratificar a sociedade de fato, para ter direitos sucessórios, a companheira necessitava evidenciar o esforço conjugado para a formação do patrimônio comum.

Com isso, começaram a existir três situações distintas, quais sejam, a da companheira que contribuiu efetiva e comprovadamente para a formação do patrimônio comum, que tinha direito à meação por ser sócia de fato do concubino; a da concubina que, sem ter participado da formação do patrimônio, prestou serviços domésticos ao concubino, merecendo, neste caso retribuição, em virtude de contrato bilateral, oneroso e consensual de prestação de serviços domésticos, mesmo que não formalizado; e por último, a concubina que não participou da formação do patrimônio comum, nem, comprovadamente, prestou serviços domésticos e que não

tem direito à meação, nem tão pouco à retribuição de serviços, são os ensinamentos do douto autor Wald (2004).

A Constituição de 1988 implicou em relevantes transformações no direito brasileiro, com conseqüências sobre a legislação, a doutrina jurídica e o sistema judiciário. No âmbito do Direito de Família, os dispositivos constitucionais apresentam uma expressa ruptura com o modelo tradicional de família até então presente em nosso ordenamento jurídico. A nossa Carta Maior passa, então, a considerar como entidade familiar, ao lado do casamento, a figura da união estável entre homem e mulher, elencada em seu art. 226, § 3º.

Nossa Carta Magna, em seu texto legal, instituiu a proteção especial da família pelo Estado, baseado no princípio da defesa da dignidade humana e na garantia de realização dos potenciais da pessoa; aferindo a união estável o caráter de entidade familiar, logo passou a existir uma pluralidade de modelos de famílias reconhecidos por lei, estendendo-se a essas relações de igualdade, consensualidade e proteção do Estado.

Porém, o texto constitucional acerca da união estável resultou em várias divergências jurisprudenciais com relação aos seus efeitos. Para alguns juristas, como o doutrinador Carlos Alberto Bittar (2003), é inaceitável a equiparação da união estável ao casamento, tendo em vista que o matrimônio é o centro do conceito jurídico de família; apesar das mudanças nos costumes sociais, o casamento continua sendo fundamental para a preservação de uma entidade sólida, baseado em normas de cunho moral e religioso, em que diferentes virtudes se encontram, como a solidariedade familiar, o respeito mútuo e assistencial; predominando neste contexto, a figura do conjunto, da consideração recíproca dos seus membros, é o pensamento defendido pelo autor.

Destarte, para outros juristas e doutrinadores, como o autor Gustavo Tepedino (2004), o nascimento da Constituição de 1988, veio por fim a qualquer tipo de discriminação e privilégios, em se tratando de entidades familiares; tanto o casamento, como a união estável, equiparam-se e merecem o mesmo tratamento jurídico e social. O instituto da união estável é um resultado da evolução da sociedade, e quando o dispositivo constitucional consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, impediu a imposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus direitos, proibindo assim, que se pretenda dar tratamento desigual às entidades familiares previstas em seu texto; deve-se, portanto, recusar interpretações que privilegiem uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra.

Comunga-se do mesmo pensamento do ilustre autor Gustavo Tepedino, pois ao analisarmos o texto constitucional, através de seu art. 226, § 3º, percebemos que a família continua a ser a base da sociedade e a gozar de especial proteção do Estado; contudo, esta proteção não mais se limita às famílias oriundas do casamento. A Constituição inovou, trazendo uma concepção plural de família, que compreende não apenas a matrimonializada, mas também as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Desta feita, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não podem mais ser idealizadas interpretações que privilegiem uma entidade familiar em detrimento das demais, pois a todas é garantida a especial proteção do Estado.

Assim reza o artigo 226, caput, e § 3º, da Constituição Federal de 1988, *ipsis litteris*:

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.

Assim sendo, em razão da Supremacia da Constituição, é imperioso que as normas regulamentadoras do instituto da União Estável, sejam aquelas previstas na legislação especial ou as previstas no Código Civil, adequem-se aos princípios constitucionais, como os da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Proteção da Família.

De fato, cada entidade familiar prevista na Constituição Federal possui peculiaridades e regulamentação próprias, mas a lei não pode dispensar tratamento discriminatório em relação a qualquer delas, pois, caso contrário, estaria violando o comando constitucional supracitado .

Todavia, em que pese as grandes mudanças promovidas pela Carta Constitucional no conceito de família, o Código Civil de 2002 não absorveu estas modificações, mantendo a mesma ideologia contida no Código Civil de 1916. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República federativa do Brasil, que justifica a proteção de todas as entidades familiares, não foi consagrado pelo novo Código Civil. Foi mantida a mesma disciplina matrimonialista, o casamento continuou sendo tratado como o único meio legítimo para a constituição da família.

Isto justifica o silêncio do Código Civil de 2002 acerca das famílias monoparentais, e a disciplina discriminatória dispensada às uniões estáveis, principalmente, no que se refere aos direitos sucessórios, os quais, o atual Código Civil beneficia claramente os cônjuges, tratando de forma inferiorizada a relação de companheirismo, como será observado em capítulo posterior.

2.2 A relação de companheirismo à luz das Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96

Em períodos remotos, o instituto do concubinato, denominação que também incluía à união estável, era visto como toda e qualquer relação desprovida de casamento, mesmo que esses parceiros fossem solteiros, separados ou divorciados. Essa relação era, assim, desprotegida, à luz das normas constitucionais, pois as constituições anteriores não reconheciam a união estável como entidade familiar, assim como pelo Código Civil de 1916. Em ambos os casos, o Estado procurava proteger, através das leis, o casamento; e nas escassas vezes em que esse já revogado Código se referia ao concubinato era apenas para exprobrá-lo, condená-lo.

A sociedade passava a ver, de maneira hipócrita e com olhos de recriminação e repúdio as pessoas que compartilhavam tal relação. Porém, a questão mais preocupante, era a relacionada com a dissolução do vínculo de convivência, no qual a mulher, principalmente, deparava-se com inteira desproteção legal, devido à inexistência de amparo jurídico; o que causava no concubino, um verdadeiro enriquecimento sem justa causa.

A mulher não tinha direito a alimento, nem à partilha dos bens, tampouco à sucessão em falecendo o varão no curso do concubinato, muito menos a usufruto de alguma parte dos bens deixados "mortis causa" do concubino, sequer tinha ela direito real de habitação do imóvel de residência da extinta parceria concubinária.

Todavia, como o direito é resultado do fato social, o crescimento da relação concubinária no seio da sociedade, fez nascer a necessidade de legalizar esse instituto, de maneira a garantir direitos para os companheiros, desde que isentos de impedimentos legais. Logo, a nossa Carta Magna cuidou de regularizar a união estável como entidade familiar, impedindo qualquer discriminação ou

desprestígio em relação ao casamento; pois, a Constituição faz-se para o povo e, em favor dos anseios do próprio povo, devendo adequar-se às mudanças das condutas humanas.

Consecutivamente, depois disso, algumas leis avulsas foram, gradativamente, editadas, conferindo certos direitos aos concubinários; todavia, com o objetivo inocultável de contemplar a concubina, já, porém, sob a ótica de “companheira”, conotação semântica inovada que estabeleceu distinção inafastável para a aplicação do direito.

Em breve análise do histórico jurídico da união estável, observa-se que houve uma antecipação das leis previdenciárias e fiscais, as quais passaram a conferir direitos a companheira como dependente econômica do varão, desde que ressalvado o tempo mínimo de convivência de cinco anos. Logo após, a Lei nº 6.015/73 concedeu direito à mulher de adotar o patronímico do companheiro; em seguida a Lei nº 8.069/90 aprovou a adoção por concubinos. E, por fim, a Lei nº 8.009/90 transformou o imóvel residencial da entidade familiar como bem de família, protegendo-o contra a penhorabilidade por dívidas de qualquer tipo, exceto as previstas no próprio texto.

Entretanto, foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou o respeito à relação não-matrimonializada entre o homem e a mulher, e reconheceu a união estável como entidade familiar, distinguindo-a definitivamente do concubinato. Acrescido deste contexto duas leis infraconstitucionais passaram a regular a norma constitucional, quais sejam, a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96.

No ano de 1994, como corolário desta polêmica sobre a relação de companheirismo, foi sancionada a Lei 8.971/94 que regulou o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão. Assim, a partir destas normas,

especificamente dirigidas às uniões de homem e mulher, fora do casamento, foram constituídos e reconhecidos os novos parâmetros jurídicos destas relações.

O art. 1º, dessa lei, concedia à companheira ou companheiro, após a convivência de cinco anos ou a existência de prole, o direito á alimentos, semelhante ao estabelecido pela Lei nº 5.478/68, desde que não houvesse a constituição de uma nova união estável, bem como a de um vínculo matrimonial. Deste modo, para efeito de alimentos, o companheiro que se enquadrar nas condições que a Lei estabelece, estará nivelado ao cônjuge. Ou seja, terão direitos e obrigações, relativamente a alimentos, como se casados fossem, vejamos:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.
Parágrafo único - Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Os sujeitos referidos pela Lei 8.971/94, são os solteiros, os separados judicialmente, os divorciados e os viúvos. Estão, portanto, excluídas dos benefícios dessa norma as pessoas casadas mas separadas de fato que constituam nova relação afetiva estável e duradoura. Além disso, o art. 1º ora citado, destaca a exigência de que os companheiros comprovem que a união durou por, no mínimo, cinco anos, podendo este prazo ser reduzido quando houver prole.

Ao seu turno, o art. 2º, da lei sob comento, tratava do direito sucessório dos conviventes. Este direito a herança, que não pode ser confundido com a meação, já era estabelecido em benefício do cônjuge sobrevivente, conforme previsto no art. 1.603 do Código Civil de 1916, que dispõe sobre a ordem da sucessão. Devido ao seu significado jurídico, esta é a forma de equiparação mais importante entre a relação concubinária e o casamento. Porém, somente se

concedia direito ao companheiro(a) sobrevivente sobre a totalidade da herança do falecido, quando este não deixasse descendentes ou ascendentes. Vejamos o teor do artigo 1.063, do Código Civil de 1916:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I – aos descendentes;
II – aos ascendentes;
III – ao cônjuge sobrevivente;
IV – aos colaterais;
V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

A Lei n. 8.971/94 foi promulgada visando dispor a situação dos companheiros em relação ao direito sucessório. Dispôs, claramente, em seu artigo 2º, sob que condições os companheiros participarão da sucessão, *in verbis*:

O companheiro sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns; ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; e, na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Após a análise do art. 1.603 do Código Civil de 1916, observa-se que o art. 2º, III da Lei 8.971/94 alterou a ordem de vocação hereditária anteriormente prevista, abrangendo o companheiro na mesma posição em que se deparava o cônjuge, ou seja, após os descendentes e ascendentes, porém anteriores aos colaterais e aos Municípios, Distrito Federal e/ou União.

Entretanto, diante desse preceito, surgiram várias controvérsias, pois muitos doutrinadores não se mostraram favoráveis à inclusão do companheiro na mesma ordem de vocação hereditária em que se encontrava o cônjuge; defendiam contudo, a supremacia do casamento frente à união estável, não sendo assim possível conferir direitos iguais a companheiros e cônjuges.

Com relação aos bens adquiridos na constância da união, estes se presumem resultantes do esforço comum, ou seja, são frutos do trabalho e da

colaboração de ambos, perfazendo, assim, o direito à meação. É certo que este esforço não pode ser entendido apenas quando os dois trabalham externamente, visto que, não raro apenas um dos companheiros trabalha e o outro cuida dos afazeres domésticos e da educação da prole.

É inegável que o companheiro que exerce sua dedicação laboral ao lar permite que o outro tenha condições de exercer a plena força sua atividade fora do lar, resultando que o trabalho conjugado, embora um deles o tenha efetivado apenas dentro do lar, é que garantiu a conquista de bens, portanto devem ser partilhados ou meados.

Embora a sociedade ainda não tivesse absorvido inteiramente a Lei nº 8.971/94, eis que outra é regulamentada dispendo sobre a mesma matéria, caracterizando uma extravagância tipicamente brasileira, em que legislar ainda é a melhor solução para todos os males. Logo a Lei 9.278/96, estabelecendo os parâmetros para que a união possa ser entendida como entidade familiar, veio substanciar a legislação então vigente, regulamentando a disposição constitucional estabelecida em seu artigo 226, § 3º.

Essa nova lei optou inicialmente por modificar a terminologia até então utilizada pelos leigos e juristas; assim companheira ou concubina passava a denominar-se convivente, e o termo concubinato agora era designado convivência. Pretendia contudo, fazer distinções entre as variadas previsões legais, quais sejam, concubina – Código Civil de 1916, companheira – Lei nº 8.971/94 e convivente – Lei nº 9.278/96; efeitos que não apresentavam nenhuma relevância com relação às conseqüências da união estável.

O artigo 1º da referida lei, ao definir a entidade familiar, cuidou em traçar seus principais requisitos, caracterizados pela convivência entre o homem e a

mulher, duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituição de família. Percebe-se então que a norma não questionou sobre o tempo de convívio e a existência de filhos nessa relação, portanto estes não são vistos como fatores determinantes da entidade familiar. Contudo, é importante ressaltar a exigência da lei para que a convivência seja duradoura, afastando assim, a dúvida quanto a relacionamentos eventuais, de curta duração, que não se encontram protegidos pela legislação; a aferição do tempo passa a requerer, todavia, um juízo de razoabilidade.

Relevante definir também outros requisitos capazes de configurar a união estável, como a convivência *more uxório*, afeição recíproca, comunhão de vida e interesses e a posse do estado de casados. Fica evidenciado, ainda, que o comentado artigo primeiro, sob exame, ao referir-se em convivência entre um homem e uma mulher, não reconhece a união entre o mesmo sexo, como apta a receber a proteção do Estado.

O legislador impõe aos conviventes, também, as obrigações que normalmente acompanham o relacionamento dos cônjuges. Em seu artigo 2º enumera os principais direitos e deveres dos companheiros, *ipsis litteris*:

São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III- guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Ao tratar da dissolução da convivência, o artigo 6º, que embora se encontre vetado, deve ser citado, em face da completa noção do Estatuto dos Concubinos. Esse artigo elencava as causas de extinção da união estável, podendo ocorrer, por vontade das partes, por morte de um dos conviventes, por rescisão ou por denúncia do contrato. Como resultado desses efeitos, a lei fixou as seguintes conseqüências para a dissolução da convivência:

1. Dever de prestar alimentos por um dos conviventes ao que dele necessitar;
2. Divisão dos bens, conforme dispõe a lei ora examinada;
3. Em caso de morte será assegurado ao sobrevivente direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado á residência da família.

Observa-se, que por força da Lei n. 9.278/96, dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Entretanto, nada mencionou acerca da sucessão, de modo que fica evidente que não tratou de tal matéria. Mas, trouxe o instituto do direito real de habitação, que caberá aplicação apenas quanto ao imóvel em que residiam os companheiros ao tempo da dissolução, sendo ainda o único bem desta natureza.

O preceito legal ora estudado, assegurou ao convivente separado e necessitado direito á alimentos, em cumprimento ao dever de assistência material, assumido durante a união. No entanto, o juiz deverá atentar para o binômio necessidade/possibilidade ao fazer a fixação do quantum da pensão.

Quanto aos bens, estes serão divididos conforme o regime de comunhão parcial, ocorrido no casamento, ou seja, comungam os adquiridos na constância da relação; visto que tais bens são considerados provenientes do trabalho e da colaboração comuns.

A lei apesar de defender o instituto da união estável, não abandona o princípio de que o casamento deve ser o caminho ideal para a constituição da família; por isso, em seu artigo oitavo requisita que os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento.

O artigo 9º veio dirimir as controvérsias acerca da competência para conhecer das causas relativas à união estável, eliminando a possibilidade de que fosse competência das varas comuns, sendo portanto, privativo das varas de família.

Por último, verifica-se que enquanto a lei de 1994 trouxe em seu texto, a disposição sobre a meação, adjudicação e o direito real de usufruto; a lei de 1996, apenas dispôs acerca do direito real de habitação, o que dá a entender que o direito sucessório dos conviventes continuou regulado apenas pela Lei nº 8.971/94, já que a Lei nº 9.278/96 não tratou dessa matéria. Dessa forma, ainda que o óbito do autor da herança tenha ocorrido na vigência da nova lei, os requisitos do direito sucessório entre os conviventes são os mencionados pela lei de 1994.

2.3 Disposições sobre a união estável no Código Civil de 2002:

A dinamicidade de que se reveste a conduta humana faz com que haja constante variação quanto aos regramentos implantados, cujo desígnio é de organizar tal situação. Assim, o Código Civil de 1916, deixou de atender as aspirações da sociedade que progredia de maneira efêmera, reclamando novos dispositivos que reordenasse essa evolução.

O Código Civil de 2002, ao contrário do que se esperava, trouxe apreciáveis modificações, mas deixou de tratar de vários fatos que se fazem presentes e que reclama a falta de mecanismos que possam discipliná-los. Quanto à união estável, apresentou-se idéias bastante relevantes, entretanto, a maioria de seus artigos apenas buscou sintetizar os principais elementos das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

Esperava-se a princípio, que o novo diploma civilista disciplinasse de forma objetiva e completa a respeito da união estável, adaptando-se à realidade

social vigente, e solucionando de forma definitiva as controvérsias acerca deste mencionado instituto, no entanto, o que o atual dispositivo legal expôs, foi notoriamente, uma sucinta reprodução das normas anteriores que tratavam do assunto. Logo, o atual Código Civil, sofreu inúmeras críticas pois seu projeto já apresentava falhas, ou seja, já se encontrava desatualizado em vários pontos, não condizendo mais com nossa realidade.

O conceito destinado a explicitar o instituto da união estável, retratado no artigo 1.723 do atual Código Civil é o mesmo designado pela Lei nº 9.278/96, que aponta os elementos essenciais caracterizadores do mencionado instituto, in verbis: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*.

Vê-se que o texto reporta também ao elencado em nossa Carta Magna, onde se deixa claro que o Estado unicamente reconhece como união estável a que se constitui entre pessoas de sexos diferentes.

O artigo em análise, enumera vários requisitos, que se devem reputar necessários à caracterização da união estável; é mister que a convivência seja pública, contínua, duradoura e estabelecida com o intuito de constituição de família. Essa publicidade deve ser evidenciada tal como acontece no casamento, onde os companheiros vivem, no meio social, unidos, como se casados fossem; quanto ao prazo destinado ao início ou término da relação, anteriormente fixado em cinco anos, o novel diploma preferiu não estipular termo para que o relacionamento tenha eficácia, bastando tão somente, que seja duradouro; por último o fundamento maior da união estável é a finalidade de constituição de família, o qual permite a lei, que a mesma seja facilmente convertida em casamento.

Estatui o art. 1.723, § 1º, que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos para o casamento, designados no art. 1.521 do estudado código. A lei optou por não dar a proteção proporcionada à família a pares formados por pessoas que não poderiam constituir matrimônio. Logo, não será considerada estável, para os efeitos legais, a união entre ascendente e descendente, entre afins em linha reta, entre o adotante e quem foi cônjuge do adotado ou entre o adotado e quem foi cônjuge do adotante, entre irmãos e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive, entre pessoas casadas e entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte; no entanto, com relação às pessoas casadas, desde que estejam separadas de fato ou judicialmente, a lei permite a configuração da união estável.

Os deveres inerentes aos companheiros são previstos no art. 1.724 do Código Civil de 2002, quais sejam, lealdade, respeito e assistência mútuos, além de guarda, sustento e educação dos filhos. Observa-se que estes deveres são os mesmos identificados na relação matrimonial, contudo verifica-se no contexto, a utilização da terminologia lealdade, em vez da palavra fidelidade exigida no casamento, faz-se relevante destacar também que a violação dos deveres matrimoniais é causa de propositura de ação de separação judicial; situação em que a lei silenciou quando tratou do instituto da união estável; o que nos leva a entender que essa relação, por se estabelecer informalmente, não necessita de nenhuma interferência de autoridade pública para romper-se.

Visando aproximar cada vez mais o instituto da união estável ao do casamento, o legislador inseriu, no capítulo destinado às relações não-matrimoniais, a incidência do regime de bens, evidenciando, a aplicação do regime parcial de bens, ou seja, os direitos sucessórios dos companheiros se limitam tão somente,

aos bens adquiridos na constância da relação, como bem já dispunha o art. 5º da Lei nº 9.278/96. Assim reza o artigo 1.725, do CC/2002: *“Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”*.

Problemas de ordem prática poderão surgir na identificação do início do relacionamento, visto que, no casamento sabe-se precisamente, a data em que o mesmo foi celebrado, entretanto, essa data não se encontra definida na união estável, o que torna dificultoso, discutir com segurança sobre o momento da aquisição dos bens, para que estes sejam ou não objeto de partilha, ou seja, se foram ou não constituídos pelo esforço comum dos companheiros.

O douto doutrinador Sílvio Rodrigues (2004, p. 178), aponta, com clareza, os fundamentos do regime de comunhão parcial de bens, abaixo explicitado.

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.

Não obstante, o artigo ora mencionado, também admite expressamente, a possibilidade de realização de contrato, desde que escrito, entre os companheiros, podendo o mesmo ser alterado a qualquer tempo, além de poder regular outras situações, que não digam respeito ao patrimônio de ambos.

O art. 1.727 faz menção ao concubinato, distinguindo, de modo definitivo este instituto da união estável, pois a união concubinária é representada por relações não eventuais entre homem e mulher, que se encontram, de algum modo impedidos para o casamento. Sobre este artigo, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 67), faz o seguinte comentário, in verbis:

Note-se que o legislador, ao referir-se, no art. 1.727, aos impedidos de casar, disse mais do que pretendia, pois, por exemplo, os separados judicialmente estão impedidos de casar, mas não estão impedidos de constituir união estável. É importante distinguir união estável de concubinato nessas respectivas compreensões, pois há conseqüências jurídicas diversas em cada um dos institutos. No concubinato podem ocorrer os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se matrimônio fosse.

A Constituição Federal de 1988, através da inclusão da união estável como entidade familiar, em seu art. 226, § 3º, deu incentivo à livre escolha popular de seu modo de convivência e construção de família, resgatando a figura do casamento de fato, e impedindo qualquer distinção deste instituto com o matrimônio, atendendo assim, o anseio de vários casais que optaram por adotar este tipo de relação; pois o número de pessoas unidas sem casamento tem crescido gradativamente nas últimas décadas.

Contudo, diante do recente nascimento do Código Civil de 2002, verifica-se que o mesmo se encontra na contramão da evolução do instituto da união estável, representando um lamentável retrocesso as conquistas obtidas até então, no âmbito do companheirismo, sobretudo, no aspecto sucessório, o qual trata de forma expressa a absoluta desigualdade entre os cônjuges e companheiros, o que contraria o regime constitucional, acima abordado.

2.4 Alimentos entre os companheiros

A concessão de alimentos ao companheiro quando dissolvida a união estável só veio a fazer parte da nossa conjuntura jurídica com o advento da Lei 8.971/94, que concedia direito alimentar aos conviventes, sob os mesmos aspectos da Lei nº 5.478/68, todavia, esse dever alimentar só surgia após o decurso do prazo

de cinco anos da relação ou do nascimento de filho, fazia necessário a comprovação da necessidade destes alimentos, visto que a aquisição deste direito não era automática. A referida lei mencionava ainda, a hipótese de cessação dessa pensão alimentar, com a constituição de nova união por parte do alimentando.

O direito preexistente a lei acima explicitada, não tratava da obrigação alimentar frente ao instituto da união estável, por auferir impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a lei estabelecia precisamente as hipóteses que caberia tal pretensão, sendo o direito de prestar alimentos concedidos apenas a atos provenientes de parentesco, casamento ou de ato ilícito decorrente da responsabilidade civil.

A Lei 9.278/96 também contemplou aos companheiros separados e necessitados o direito á alimentos, como cumprimento do dever de assistência material assumido no início da convivência; o juiz deverá no entanto, observar o binômio necessidade/possibilidade para a definição do quantum da pensão.

Entretanto, a união estável, assim como o matrimônio, está sujeito à observância de direitos e deveres, dentre os quais está presente o dever de prestação de alimentos por expressa determinação legal, pois o artigo 1.724 do Código Civil de 2002 estabelece dentre outros, o dever de mútua assistência, além de guarda e educação dos filhos, o que assemelha-se ao já disposto na Lei de 1996, acima apreciada.

O atual Código Civil regula ainda em seu artigo 1.694, que além dos parentes, os cônjuges e também os companheiros, podem pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver. Porém, a fixação da prestação alimentar deverá obedecer os critérios de necessidade do alimentado, possibilidade econômica do alimentante e proporcionalidade entre a necessidade de quem pede e

a possibilidade de quem tem o dever de prestar alimentos; pois irrelevante se mostrará à necessidade do credor, se do outro lado não houver relativa possibilidade do devedor.

Faz-se importante enfatizar que estão excluídos do dever de proporcionar alimentos os indivíduos que mantêm relação concubinária, definida por ser uma relação não eventual entre um homem e uma mulher, que apresentam impedimentos para o casamento, não se estendendo portanto, os mesmos direitos e deveres da união estável.

Diferentemente dos cônjuges, os companheiros para auferirem o direito á alimentos não precisam discutir a culpabilidade do término da relação, a idéia de culpa do parceiro não será imposta pelo juiz, pois a lei silenciou a esse respeito, caso divergente ocorre com os cônjuges, que somente poderão receber pensão, caso não tenham sido declarados culpados na ação de separação judicial, é o que determina o artigo 1.704 do novo Código Civil.

Com relação ao período de tempo razoável para a prestação dos alimentos devidos, o legislador condicionou ao tempo em que deles necessitar e enquanto não constituir nova união, seja matrimonial ou não.

No que se refere ao tipo de rito que seguirá a ação de alimentos entre companheiros, a Lei nº 8.971/94 assegurava a adoção do rito sumário já previsto pela Lei nº 5.478/68, no entanto, a regra atualmente utilizada é a aplicação do rito ordinário, uma vez que, primeiramente, deve constar o pedido de reconhecimento de união estável, para que posterior se proceda o pedido de alimentos; constituem portanto, ações cumuladas e devem seguir em regra o rito ordinário.

Contudo, dissolvida a união estável, por vontade das partes ou por decisão judicial, poderá o companheiro que estiver necessitando pleitear contra o

outro, na proporção de sua possibilidade, valor suficiente para sua própria subsistência, enquanto permanecer a situação financeira de ambos e o beneficiário não formar nova união.

CAPÍTULO 3 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

3.1 Análise comparativa entre a tutela sucessória dos cônjuges e companheiros na legislação brasileira

Como já exposto anteriormente, o Código Civil de 1916 reconhecia direitos sucessórios apenas para as pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio, estando as uniões não matrimonializadas afastadas desse amparo legal. O reconhecimento de direitos sucessórios na união estável só veio a surgir pela primeira vez em 1994, com o advento da Lei 8.971/94 e posteriormente, com a Lei 9.278/96; sendo vislumbrado também no atual Código Civil de 2002.

Ao avaliarmos os direitos sucessórios previstos para cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002, observamos sistematicamente, a existência de princípios sucessórios diferenciados entre eles. O novo Codex tem representado de forma discriminatória, um retrocesso frente às conquistas obtidas no âmbito sucessório daqueles que vivem sob o regime de união estável, visto que atenuou visivelmente, a extensão da sucessão dos companheiros conferidas pelas já estudadas leis n 8.971/94 e 9.278/96. Esse desprestígio cônjuge/companheiro afronta o importante princípio constitucional da igualdade, pois a família de qualquer natureza deve ter semelhante proteção legal, com simetria de direitos.

Os direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge pelo atual Código Civil, coloca-o na terceira posição da ordem de vocação hereditária, posterior aos descendentes e ascendentes, sendo portanto, considerado um herdeiro necessário. A ordem de vocação hereditária é uma relação preferencial, definida por lei, representando as pessoas que são chamadas a suceder o *de cuius*, conforme estabelece o artigo 1.829, a ordem se dá da seguinte forma:

Art. 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;

III - ao cônjuge sobrevivente;

V - aos colaterais.

Ao observarmos o teor do texto legal, verificamos que o recente Código Civilista contemplou ainda mais a figura do cônjuge, atribuindo-lhe uma posição bastante favorável, pois além de ser herdeiro necessário, poderá ser ele ainda herdeiro concorrente, em relação aos descendentes e ascendentes. Ressalta-se também, que havendo meação, instituto que consiste no direito que os cônjuges têm sobre a metade dos bens do patrimônio do casal, que foram adquiridos por ambos na constância da relação, através do esforço mútuo, além desta caberá ao cônjuge sobrevivente direito também a parte da herança, que varia dependendo da situação da ordem de vocação hereditária, uma vez que, não existindo descendentes e ascendentes, o cônjuge recolherá a herança integralmente. Sobre este aspecto privilegiado do cônjuge supérsiste, destacamos os ensinamentos do douto Prof. Zeno Veloso (2003, p. 280).

Porém, o Código Civil de 2002 não erigiu o cônjuge à condição de herdeiro necessário, apenas, mas a de herdeiro necessário privilegiado, pois concorre com os descendentes e com os ascendentes do *de cuius*. Esta posição sucessória reconhecida ao cônjuge sobrevivente é um dos grandes avanços do novo Código Civil.

Todavia, o Código Civil de 2002 elenca em seu art. 1.830 que, para serem deferidos os direitos sucessórios ao cônjuge, faz-se necessário que ao tempo da morte do outro, não estivessem separados de fato há mais de dois anos ou separados judicialmente. O artigo ainda adverte que se a separação não decorreu de culpa do cônjuge sobrevivente, este poderá herdar.

No tocante, aos direitos sucessórios daqueles que vivem sob o manto da união estável, o novo Código Civil versou de forma absolutamente desigual os cônjuges e companheiros, o que fere os fundamentos constitucionais, tais como os princípios da dignidade humana e da isonomia. Observa-se que enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com posição privilegiada, como visto anteriormente, o companheiro permanece apenas como herdeiro facultativo e somente receberá a integridade da herança se não houver colaterais sucessíveis; contexto que representa um evidente retrocesso, já que a Lei nº 8.971/94, destinava ao convivente a totalidade da herança na ausência de ascendentes e descendentes do de cujus.

Os direitos á sucessão hereditária dos companheiros vêm elencados no artigo 1.790 do atual Codex, que dispõe.

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

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

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

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

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

O teor do caput do mencionado artigo define que a herança que caberá ao companheiro sobrevivente é limitada, sendo tão somente, baseada nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e ainda na observância de determinadas condições; o que representa uma verdadeira aberração jurídica, pois quanto a esses bens o companheiro já é meeiro, conforme destaca o artigo 1.725 do mesmo diploma legal. Logo, conclui-se que se o de cujus possuía outros bens, que foram adquiridos anteriormente à relação, e não havendo outros parentes sucessíveis, referidos bens não integrarão a herança do companheiro supérsiste,

sendo destinados porém, ao município ou Distrito Federal, ou União. O insigne doutrinador Silvio Rodrigues (2002, p. 118), comenta sobre o referido assunto em distintas palavras.

Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável.

De acordo com o inciso I do artigo sob exame, se o companheiro concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária respectiva a seus filhos; logo a herança é dividida em partes iguais, incluindo o convivente. Contudo, se existirem outros bens a inventariar, que o falecido obteve antes da constância da união estável, ou durante a mesma, desde que a título gratuito, somente os descendentes terão direito a herdar, sendo o companheiro excluído por força do caput do artigo ora estudado. Ressalte-se também, que estando os filhos pré-mortos, concorrendo o companheiro apenas com netos comuns, todos receberão a mesma porção hereditária.

Na forma do inciso II, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. No entanto, se houver descendentes comuns e descendentes unilaterais do de cujus, deve ser feita a divisão dos quinhões hereditários igualmente, incluindo o companheiro supérsiste; pois conforme o imperativo constitucional do artigo 227, § 6º, os descendentes não podem ser discriminados, por qualquer razão, inclusive pela natureza da filiação, sendo a todos destinados tratamento igualitário. Em comparação das situações jurídicas explicitadas com a situação do cônjuge, observa-se que este em nenhuma hipótese recebe quotas inferiores a dos

descendentes, o que mais uma vez destaca a discrepância entre cônjuge/companheiro, infringindo o texto constitucional.

Dispõe o artigo em seu inciso III, que se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, quais sejam, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança. Deste modo se o falecido tiver por exemplo, irmão, tio, primo, estes receberão 2/3 do direito sucessório, enquanto o companheiro receberá somente 1/3, o que caracteriza um grande equívoco do nosso legislador. Neste contexto, também se verifica grande distinção em relação aos direitos conferidos aos cônjuges, uma vez que inexistente concorrência entre cônjuges e colaterais, pois os primeiros ocupam o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, enquanto os segundos ocupam a quarta posição, ficando portanto, excluídos quando da existência do cônjuge.

Por último, o inciso IV determina que na ausência de qualquer parente sucessível, o companheiro receberá a totalidade da herança, porém esta totalidade incide apenas nos bens adquiridos onerosamente na constância da relação estável, inexistindo bens comuns, mas somente particulares, aplica-se na falta de outros parentes sucessíveis, o disposto no artigo 1.844 do Código Civil de 2002, que assim estabelece.

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

O legislador afastou a possibilidade de haver concorrência do companheiro com o cônjuge, pois para caracterizar o instituto da união estável, os conviventes devem ser solteiros ou viúvos, e se casados, já estejam separados judicialmente ou de fato; o texto legal destacado no artigo 1.830 evidencia a exclusão do cônjuge no direito sucessório, se ao tempo da morte do outro, estava

separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos; assim, conclui-se que a princípio, o direito sucessório do companheiro excluiria o do cônjuge. Porém há hipóteses em que um indivíduo, separado de fato há mais de dois anos, já vivesse em união estável, neste caso o direito de herdar do cônjuge não estaria afastado; a melhor solução visível entre os doutrinadores seria destinar ao companheiro apenas a parte restrita aos bens adquiridos na constância da relação, enquanto o direito do cônjuge fica adstrito aos bens anteriores, adquiridos antes do início da união estável.

3.2 Divergências acerca das lacunas deixadas pelo Código Civil de 2002 em face do direito sucessório dos companheiros

Primeiramente, é de relevante importância vislumbrar acerca do conflito temporal das leis que versam sobre o direito sucessório daqueles que vivem acobertados sobre o instituto da união estável. Duas leis federais abordam especificamente sobre a união estável, seus requisitos, dissolução e direito sucessório; entretanto, o novo Código Civil também disciplinou a matéria em seu texto legal, contudo, não fez qualquer menção à revogação dessas leis, ficando pois, afastada a possibilidade de revogação expressa. A complexa celeuma entre os doutrinadores é compreender qual é a lei competente para reger o tema, ou se o novo Codex revogou integralmente as normas anteriores.

Na doutrina majoritária, prevalece à idéia de que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 revogou tacitamente toda a matéria que trata de direito sucessório do companheiro, dada a sua maior amplitude, basta a observância do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, concluindo que houve ab-rogação tácita das leis anteriores, pois o novo diploma civilista regulou absolutamente toda a matéria. A polêmica reside, então, no que se refere ao direito

real de habitação do supérsiste sobre o único imóvel residencial dos conviventes ao tempo da morte, disposto na lei 9.278/96, visto que o atual diploma legal não dispôs sobre este assunto. Predomina a defesa pela não revogação do artigo 7º da Lei de 1996, tendo em vista que não foi abordada pelo atual Código, nenhuma previsão incompatível com o mencionado dispositivo.

O novel Código Civil trouxe séria discriminação no que diz respeito ao direito sucessório do companheiro, conforme se depreende da leitura do artigo 1.790; e nesse sentido, os ensinamentos de Gustavo Rene Nicolau (2003):

Se até 2003 casar ou viver em união estável apresentava poucas diferenças práticas, o mesmo não acontece hoje em dia. O companheiro na união estável apresenta séria discriminação no que diz respeito á sucessão. Primeiramente porque sua sucessão foi disciplinada em local indevido, a saber, nas disposições gerais do Direito das Sucessões. Em seguida porque o art. 1.790 constitui-se em verdadeira afronta aos direitos daqueles. Assim, em termos simples, o companheiro só tem direito á herança dos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso. Os demais bens estão fora de sua alçada. Para tornar ainda mais delicada a situação do companheiro, ele concorrerá com descendentes, ascendentes e colaterais na ordem estabelecida pelo malsinado artigo.

Como visto em capítulos anteriores, os direitos á sucessão hereditária dos companheiros encontram-se regulados no Código Civil de 2002, em seu polêmico artigo 1.790, que assim dispõe:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O aludido artigo encontra-se situado, em nosso texto legislativo, no capítulo denominado Disposições Gerais, do Título Da Sucessão em Geral, estando portanto, negada sua inestimável importância, visto que não é tão somente uma

regra geral de sucessão, mais um verdadeiro princípio de vocação hereditária para a conjuntura da união estável, razão pela qual o artigo localiza-se de forma mais adequada, o legislador não deu a relevância necessária para o referido preceito.

A impressão transmitida pelo codificador através do texto legal do aludido artigo, é que o mesmo temendo críticas sociais, não incluiu a figura do companheiro na disciplina da ordem de vocação hereditária, classificando-o apenas como mero participante da sucessão do outro; ao omitir o companheiro sobrevivente do rol do artigo 1.829, CC que dispõe sobre a ordem de vocação hereditária, que por sua vez é *numerus clausulus*, o legislador o tratou de maneira discriminatória em relação ao cônjuge.

Não obstante, o teor do artigo 1.790 CC, que é objeto de inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais, apresenta-se deficiente e falho, traduzindo um evidente retrocesso acerca da sucessão dos companheiros, frente às conquistas obtidas por meio da legislação especial. As já estudadas leis 8.971/94 e 9.278/96, inseriram relevantes preceitos para os que vivem em união estável, conferindo aos conviventes direitos que os aproximavam significativamente, dos cônjuges, porém, o atual diploma legal atenuou de forma absurda a proteção jurídica dada aos companheiros, colocando-os em posição discriminatória e inferiorizada em relação à situação do cônjuge.

Acerca da previsão de estatutos sucessórios distintos para cônjuges e companheiros, adotado pelo contemporâneo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência se posicionam na defesa de duas principais correntes, uma alegando a constitucionalidade deste dispositivo, e outra declarando a inconstitucionalidade do mesmo.

A primeira corrente acima citada, acolhe o princípio de que a lei deve atribuir um tratamento diversificado, no aspecto sucessório, dos cônjuges em relação aos companheiros, dando aos primeiros maiores garantias, em face do preceito constitucional que não equipara o instituto da união estável com o do casamento, pois a própria lei assegura a facilitação para a conversão daquele instituto, neste último; evidenciando que não se converte o que já é igual, portanto, a elevação do casamento e seus conseqüentes privilégios não ferem o princípio da isonomia, visto serem entidades familiares diferenciadas.

Desta feita, para esses autores a atribuição de direitos sucessórios claramente mais vantajoso para as pessoas casadas está em conformidade com o que preconiza a nossa Carta Magna.

Para melhor compreensão desta corrente, destacamos os mandamentos do ilustre prof. Guilherme Calmom Nogueira da gama (2001, p. 88):

Outro aspecto implícito na norma contida no dispositivo constitucional ora comentado é o da prevalência do casamento sobre o companheirismo, pois do contrário estar-se-ia desestimulando a conversão prevista na Constituição Federal. Ou seja, a Constituição Federal fez uma opção clara: o casamento ainda é a espécie de família hierarquicamente superior às demais quanto à outorga de vantagens para os partícipes, em suas relações internas (efeitos intrínsecos da união matrimonial), caso contrário haveria a equiparação entre os dois institutos formadores da família através da união sexual entre o homem e a mulher. Assim, o legislador infraconstitucional não pode reconhecer direitos aos companheiros que, simultaneamente, não sejam reconhecidos aos cônjuges. Do mesmo modo, os benefícios reconhecidos aos cônjuges não podem ser outorgados em maior extensão aos companheiros, sob pena de inconstitucionalidade do ato legislativo, executivo, administrativo ou judicial. No entanto, tal aspecto em nada altera a eficácia plena e a aplicabilidade imediata da norma constitucional a respeito do aspecto de proteção que o Estado deve ministrar a toda e qualquer espécie de família, e não mais apenas àquela formada pelo casamento.

A segunda corrente ora citada, defende em sentido oposto, a inconstitucionalidade do direito sucessório do companheiro, explicitado pelo atual Código Civil. Este posicionamento é baseado principalmente, na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, elencados em nosso texto

constitucional. Assim, se todas as entidades familiares têm como objetivo promover a dignidade de seus membros, e como a Constituição Federal garantiu ao instituto da união estável o caráter de entidade familiar, implicando dizer que em conformidade com o princípio da isonomia não se pode pensar em preferência de uma entidade familiar em relação à outra, sendo portanto, inconstitucional a previsão de tratamento diferenciado em prejuízo de qualquer delas.

Este pensamento é fundamentado pela renomada Prof^a. Ana Luiza Maia Nevares (2004, p. 16) , a qual dispõe que apesar de casamento e união estável encerrarem situações diversas, não é aceitável que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo maiores vantagens a uma entidade familiar em detrimento de outra, se ambas constituem família e detêm especial proteção do Estado. Os ensinamentos da referida autora mostram sua indagação com relação ao problema, mostrada a seguir:

Dessa maneira como é possível dizer que o casamento é entidade familiar superior se todos os organismos sociais que constituem a família têm a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros? Admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio. Esta situação, sem dúvida, enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.

Apesar do pensamento doutrinário e jurisprudencial ainda apontarem bastante resistência quanto à aceitação do aperfeiçoamento do direito sucessório na união estável e a sua equiparação à situação das pessoas casadas, posiciona-se em conformidade a segunda corrente exposta, visto que apresenta um conteúdo mais coerente, e revela maiores vantagens aos companheiros, que hodiernamente, vêm crescendo em números consideráveis no seio de nossa sociedade. O instituto

da união estável é uma realidade entre milhares de brasileiros que optaram, por algum motivo, por esta forma de relacionamento.

3.3 Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002

A atual situação sucessória do companheiro exige uma alteração legislativa, que tenha como principal objetivo a circunstância de equilíbrio, ou seja, o tratamento igualitário entre a condição dos cônjuges e conviventes, no concernente a matéria sucessória.

O panorama acerca da sucessão hereditária no regime de união estável vêm explicitado no artigo 1.790 do novo Codex; referido artigo, que é alvo de gigantescas críticas, por regular de maneira preconceituosa e discrepante o instituto sucessório dos que vivem na constância da união estável, tem seu texto disposto da seguinte forma:

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.

A inconstitucionalidade material do dispositivo em análise é completamente visível em todo seu contexto, pois se percebe a omissão do legislador quanto ao preceito constitucional (art. 226, § 3º, CF), além de retirar dos companheiros direitos e vantagens anteriormente auferidas, tais como o direito de receber a totalidade da herança do falecido, quando este não deixasse descendente ou ascendente, excluindo assim os sucessores colaterais, conforme dispunha a Lei nº 8.971/94, bem como trazer ambigüidades e divergências em seu conteúdo.

A crítica inicial quanto ao aspecto substancial do artigo, refere-se ao seu caput, que preceitua que a sucessão do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Com esta norma, o legislador confundiu sistematicamente, os institutos da herança e da meação, tendo em vista que a herança é transmitida aos sucessores conforme previsão legal, enquanto que a meação é decorrente de uma relação patrimonial, onde são partilhados os bens que ambos os parceiros adquiriram pelo esforço comum.

Entretantes, verifica-se que a sucessão do companheiro limita-se tão somente aos bens contraídos de forma onerosa na constância da relação estável, no entanto, com relação a esses bens o companheiro já é considerado meeiro, por força do artigo 1.725, CC, que diz se aplicar o regime de comunhão parcial aos companheiros na falta de contrato escrito.

Logo, se considerar que o codificador, frente ao silêncio da lei, entende que o companheiro terá direito à meação, conclui-se que além da meação conferida pela art. 1.725, determinada através da comunhão parcial de bens, o companheiro ainda teria direito de concorrência com os descendentes quanto aos bens adquiridos na constância da união, visto que o companheiro supérstite nada recebe em relação aos bens particulares do de cujus. Fica portanto, evidente a difícil interpretação do artigo, onde cabem as sábias palavras de Giselda Maria Novaes Hironaka (2003, P. 68):

Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota-parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes deste, percebendo, quanto aos bens comuns, exclusivamente a meação do condomínio até então existente, o convivente que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns como herda quota-parte desses mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo, no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando, solução esta que não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema.

Além do exposto, a redação do artigo supracitado, determina que inexistindo descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis, e havendo inexistência também quanto a bens adquiridos onerosamente ao longo do relacionamento, o companheiro definitivamente, não terá direito á sucessão, e os bens particulares do de cujos passarão ao domínio do município ou do Distrito federal; o que representa uma verdadeira afronta aos direitos dos companheiros.

Em análise aos incisos do estudado artigo, observa-se que o inciso I prevê que, concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito a mesma cota atribuída aos filhos, como se filho fosse, destaca-se porém, que não há previsão de qualquer reserva em favor do companheiro sobrevivente, tal como existe para o cônjuge, na proporção de $\frac{1}{4}$ de herança no mínimo.

Em se referindo ao inciso II do comentado artigo 1.790, o qual estabelece que, concorrendo somente com descendentes do autor da herança, ao companheiro será destinada apenas a metade do que couber a cada um deles; nota-se que houve uma errônea técnica legislativa, uma vez que o inciso I menciona filhos e o inciso II faz referência a descendentes; logo, o primeiro inciso deve ser interpretado de forma extensiva, abrangendo também os descendentes, evitando injustiças na hipótese de não haver filhos comuns, mais sim netos comuns.

Ainda quanto ao inciso II, torna-se evidente a desvantagem do companheiro em relação ao cônjuge, pois o cônjuge mesmo quando concorre com descendentes apenas do seu par, a ele cabe a mesma cota destinada a cada descendente, e não somente a metade como é disposto para o convivente.

O inciso III determina que, concorrendo com outros parentes sucessíveis, o companheiro terá direito a um terço da herança, ou seja, na ordem da vocação hereditária, o direito á adjudicação da herança pelo companheiro nasce

apenas quando termina o direito dos ascendentes e dos colaterais do de cujus. Neste ponto, também se reconhece enorme diferença em relação aos direitos conferidos aos cônjuges, uma vez que não existe concorrência entre cônjuges e colaterais, pois os primeiros ocupam o terceiro lugar e os segundos ocupam o quarto lugar na ordem de vocação hereditária.

Por fim, o inciso IV prevê que não havendo parentes sucessíveis, e somente neste caso, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

É importante ressaltar, que apesar dos incisos III e IV mencionarem o termo “totalidade da herança”, a doutrina predominante entende que esses incisos devem ser interpretados de acordo com o caput do artigo, ou seja, restringem-se somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. É o que defende o prof. Zeno Veloso (2005):

A totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do caput do art. 1.790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, ou depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou á União, quando situados no Território Federal.

Apesar da predominância deste entendimento, existem doutrinadores que defendem que aos incisos III e IV não se aplicam a limitação prevista no caput do artigo 1.790, tendo em vista que o legislador utilizou a expressão herança, neste caso, a participação sucessória do companheiro abrangeria todos os bens do falecido, inclusive os particulares; é o que preceitua as lições da prof^a. Heloísa Helena Barboza (2003).

Embora, a manifesta polêmica destinada ao estudo da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do novo Código Civil, em recente julgado, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaque nacional por suas decisões, declarou ser inconstitucional o texto legal abordado pelo referido artigo, conforme exposição abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. A decisão 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 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. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº70009524612, Rel. Dês. Rui Portanova, acórdão de 18.11.2004).

Convêm salientar ainda, que tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 6.960/2002, propondo nova redação para o artigo 1.790, que assim dispôs:

O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória;

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único – Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo de participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Não obstante, essa nova redação apresentar poucas alterações quanto ao aspecto sucessório do companheiro, apresenta-se visivelmente mais justa que a anterior, na medida em que o companheiro herdará a metade do que couber aos descendentes do *de cujus*, seja comuns ou exclusivos do falecido, como também lhe caberá a metade do que tocar aos ascendentes; por último elimina-se por completo a injustiça de o companheiro concorrer com colaterais de até quarto grau. Urge ressaltar também que o projeto destinou ao companheiro direito real de habitação sobre o imóvel residencial, o qual não existe no ordenamento atual.

Enquanto essa divergência acerca do instituto sucessório dos companheiros, que ainda têm muito para se aperfeiçoar, não se soluciona em âmbito legislativo, só resta ao juiz, como aplicador da lei, atender aos fins sociais e preservar pelo bem comum, buscando o objetivo maior do Direito, a Justiça.

Relevante se faz também, observar com veemente atenção os princípios constitucionais outrora citados, tais como o da dignidade da pessoa humana, o qual torna necessária a avaliação de toda ação estatal, sob pena de inconstitucionalidade e violação da dignidade da pessoa, considerando-se que cada indivíduo possui o valor supremo da democracia, representando a raiz de estrutura do Estado; bem como o princípio da isonomia, que embora seja reconhecido em todas as nossas Constituições, determinando que a lei deve ser igual para todos, a legislação ordinária persiste em estabelecer regras de desigualdade, sobretudo entre os cônjuges e companheiros, dificultando assim, a autoaplicabilidade do preceito constitucional da isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante a explanação feita ao longo desta pesquisa científica, acerca do direito sucessório do companheiro, verificou-se um total desrespeito à união livre, fazendo-se presumir que as idéias propagadas durante anos, por entidades preconceituosas, continuam preexistindo. Assim, ao reproduzir regras tratadas em outras legislações, sob a influência de pensamentos retrógrados, denotou-se um verdadeiro retrocesso da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Demonstrou-se a necessidade de se reportar ao passado, não muito longínquo, para que se buscasse melhor entendimento de cada instituto mediante o estudo de sua essência. No transcorrer dessa pesquisa, verificou-se que a união estável era tida como ato imoral, cuja prática afrontava os valores e princípios norteadores da família legítima, razão pela qual se justificou a morosidade no reconhecimento da união de fato como entidade familiar.

Observou-se que a difusão do concubinato puro reclamava por um disciplinamento jurídico, capaz de reconhecer todos os seus efeitos, inclusive os patrimoniais. Diante de tal situação não olvidou o legislador constituinte em reconhecer a união estável, entre o homem e a mulher, como entidade familiar, sob a proteção do Estado, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Partindo desta premissa, denotou-se uma nova modalidade de se constituir família, além do casamento, porém, com conseqüências jurídicas divergentes principalmente, no que atine as relações patrimoniais. Percebeu-se que há ainda certa proteção ao instituto do casamento por constatar-se o privilégio com que fora tratado o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, em face do que se estabeleceu

ao companheiro supérstite.

Diante do exposto, percebeu-se mediante toda a pesquisa, que o Código Civil de 2002, em seu art. 1.790, incisos, fez referência ao direito hereditário do companheiro de forma bastante restrita, limitando-o aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, dando-lhes, portanto, tratamento diferenciado ao do cônjuge sobrevivente, que o expõe a uma situação inferior e desvantajosa, a qual se mostra contrária às aspirações sociais, além de ferir a Constituição Federal de 1988, que garante em seu contexto a igualdade de direitos e liberdade de escolha.

Foi com base nessa diferença de tratamento, entre direitos do cônjuge e do companheiro sobreviventes, que se permitiu analisar os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, buscando se ater com precisão à problemática exposta, face à obscuridade da norma. Os diversos entendimentos propostos pelos estudiosos do direito serviram de fundamento à aplicabilidade das regras impostas, de forma clara e concisa, para que se chegasse ao bem comum fazendo valer o princípio maior que é a justiça.

Utilizou-se de legislações anteriores, tais como as leis nº 8.971/94 e 9.278/96, para melhor entender o processo evolutivo do direito sucessório do convivente, e observar o retrocesso conferido com a vigência do aludido Código de 2002, que deixou de proferir algumas regras cujo conteúdo o beneficiava.

Enfim, diante da explanação feita e dos argumentos apresentados, conclui-se que a obscuridade da lei dificulta a aplicabilidade do artigo, ademais, percebeu-se que em determinados casos a lei também foi omissa deixando de tratar de algumas situações de considerável valor, o que faz com que o artigo 1.790 do novo Código Civil seja visto como inconstitucional por vários estudiosos do tema.

Aliás, o direito como garantidor da ordem e do bem comum deverá acompanhar a dinamicidade do comportamento humano, para tanto, faz-se necessário estar em constante modificação, aspirando os anseios sociais. Logo, verifica-se a precisão de um aperfeiçoamento do referido artigo, nos moldes do que fora elencado na ordem de vocação hereditária para os cônjuges, incluindo-o neste patamar, afim de que seja reconhecida, efetivamente, a união estável como constituidora da base familiar.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**, V. 7.– 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil - constitucional das Relações Familiares. Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio**. Temas de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**, in Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord), **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família – V. 6 - 5.ed.** – São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil: direito das sucessões – V. 7 - 5.ed.** – São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. **Direito das Sucessões**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Novo Direito de Família**. 15ª ed. ver. atual. e ampl. Pelo autor de acordo com a jurisprudência e como o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), com a colaboração da prof^{ra}. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.