UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Felipe Matte Russomanno

A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO DENTRO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA EUDEMONISTA – UMA DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Porto Alegre
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Felipe Matte Russomanno

A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO DENTRO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA EUDEMONISTA – UMA DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Porto Alegre
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Felipe Matte Russomanno

A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO DENTRO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA EUDEMONISTA – UMA DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado pela Banca Examinadora em:

Banca Examinadora:

_____

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

_____

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo

_____

Prof. Sérgio Augusto Pereira de Borja

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar de que forma a sucessão do companheiro, no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser abordada face às normas referentes à união estável, insertas tanto na Constituição Federal de 1988, quanto na legislação infraconstitucional vigente, que privilegiam o afeto como elemento formador das entidades familiares. Para tanto, far-se-á, a partir dos métodos dedutivo e comparativo, uma revisão acerca da supremacia da norma constitucional, perpassando pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil à luz do reconhecimento da família eudemonista na Carta Política. Em um segundo momento, serão investigados os fundamentos de alguns dos princípios do Direito de Família contemporâneo, como são exemplos a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e o pluralismo das famílias. Por fim, sem pretender esgotar a matéria, serão expostas as bases normativas da sucessão do cônjuge e do companheiro em nosso cenário jurídico para se discutir a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tudo a partir de uma interpretação sistemática do Direito.

Palavras-chave: Família – Afeto – União estável – Casamento – Sucessões – Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 5
1. O DIREITO DE FAMÍLIA COMO MATÉRIA CONSTITUCIONAL 8
1.1. A SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL 8
1.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL 13
1.3. DA FAMÍLIA PATRIARCAL À FAMÍLIA EUDEMONISTA 21
2. A UNIÃO ESTÁVEL NO CONTEXTO DA FAMÍLIA EUDEMONISTA..... 30
2.1. PARA ALÉM DO AFETO: ALGUNS DOS PRINCÍPIOS DA FAMÍLIA EUDEMONISTA 30
2.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana 31
2.1.2. Princípios do pluralismo democrático, da liberdade e da não intervenção estatal 33
2.1.3. Princípio da igualdade material e do respeito às diferenças 34
2.1.4. Princípio da afetividade 36
2.1.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares..... 37
2.2. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR 37
2.2.1. Requisitos para a caracterização da união estável 42
2.2.2. Os efeitos da união estável 49
2.3. O ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO 52
3. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO DIANTE DA IGUALDADE DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO NO PLANO CONSTITUCIONAL 63
3.1. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... 63
3.2. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 75
3.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL 87
CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 98

INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, observamos uma constitucionalização de matérias que, ao menos em teoria, deveriam permanecer na esfera infraconstitucional, afastando-se de um modelo constitucional tal que trate fundamentalmente de normas acerca da organização do Estado e direitos fundamentais. Ampliando seu perímetro normativo, a Carta Política de 1988 inaugura o cenário jurídico dispondo de forma minuciosa sobre institutos antes relegados ao direito privado - como questões atinentes à propriedade privada -, sem deixar de lado, no entanto, preocupações de cunho coletivo e instrumental, a exemplo da tutela do meio ambiente e as respectivas exigências processuais no seu zelo. Se, por um lado, uma configuração posta nestes termos implica em maior estabilidade às relações jurídicas e interpessoais, por outro, pode representar o engessamento de avanços sociais conquistados paulatinamente, sobretudo no campo do Direito de Família, que também mereceu profundas digressões em seu artigo 226.

No Brasil, durante muito tempo a única família juridicamente protegida era aquela decorrente do casamento indissolúvel. Havia a possibilidade de desquite, o qual não tinha força de ruptura do vínculo jurídico matrimonial e, por conta disso, vedava que os desquitados convolassem novas núpcias. Tal situação perdurou até o ano de 1977, quando foi instituída a Lei do Divórcio.

Porém, não previu o legislador da época que, diante de uma revolução de costumes experimentada socialmente, surgiriam uniões despidas das formalidades matrimoniais, baseadas principalmente no afeto e no respeito, elementos comuns de uma família, inclusive assim se comportando. Nesse interregno, decorrido relevante lapso temporal, coube à Constituição o papel de positivar a evolução desses valores, o que se deu inclusive com a criação de princípios informativos e normas programáticas que serviram como norte para o sistema infraconstitucional.

Nesse contexto, tem-se constatado que as normas jurídicas de Direito de Família e de Sucessões passaram a exigir fundamentos de validade constitucionais. Por conta disso, artigo 226, §3º, da Carta Política passou a reconhecer que não apenas o casamento é capaz de criar um núcleo familiar, atribuindo-se também o *status* de família à união estável e aos outros arranjos familiares, frutos de nossa sociedade contemporânea, passíveis de receber a mesma proteção estatal que o casamento.

Insculpido o norte do Direito de Família em âmbito constitucional, ainda pendia de regulamentação na esfera infraconstitucional a delimitação do que realmente seria uma união estável, visto que o Código Civil de 1916 era incompatível com os novos princípios

de 1988. Não tardou muito para que duas leis especiais sobre o direito do companheirismo fossem editadas: a Lei n. 8.971/1994 e a Lei n. 9.278/1996, dando luz à solução de inúmeros conflitos que batiam às portas do Poder Judiciário. Porém, o ordenamento jurídico ainda apresentava inúmeros problemas sem respostas.

Com a edição do Código Civil de 2002, muitas foram as expectativas depositadas no legislador infraconstitucional em relação à união estável, as quais, frise-se, restaram frustradas, visto que "o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho" [1], considerando que o seu Anteprojeto datava do longínquo ano de 1975, quando a família ainda era marcada por valores patriarcais e patrimoniais. Dessa forma, o que se constatou foi uma certa inoperância do diploma civilista frente ao tema. Não bastasse isso, o Código acabou ainda por retirar direitos conquistados pelos companheiros em leis pretéritas.

Assim, muito embora se tenha reconhecido a união estável como meio de formação de uma família, o passo dado foi menor do que se esperava e se exigia, a ponto de haver questões amplamente debatidas, sem haver um consenso doutrinário e jurisprudencial, a ponto de ainda residir, em nosso ordenamento, ferrenho debate sobre a profundidade dos efeitos da norma constitucional do artigo 226, §3º, da Constituição Federal. Tanto é assim que doutrina e jurisprudência divergem sobre se o constituinte, de fato, equiparou, para fins jurídicos, a união estável ao casamento ou apenas limitou-se a reconhecer as relações fáticas dentro da esfera familiar, em momento algum os igualando, sobretudo porque previu a criação de facilidades para a conversão do companheirismo em matrimônio.

Cumpre destacar, por oportuno, que a norma não se confunde com dispositivo, o que significa dizer que em alguns momentos uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo, enquanto um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou abrigar mais de uma. Daí pode-se inferir do corpo constitucional como um todo uma igualdade de tratamento e não apenas de um único parágrafo ou artigo constitucional.

Reside aqui, pois, o conflito inicial que o trabalho pretende resolver, uma vez que a discussão apresentada acima incide diretamente no campo sucessório, uma vez que, em se admitindo a equiparação dos dois institutos, estaria dissonante dentro de nosso ordenamento jurídico o conteúdo do artigo 1.790 do Código Civil, sendo defeso ao legislador infraconstitucional diferenciar pontos que foram equiparados pelo constituinte, gozando este de indiscutível hierarquia sobre aquele. Por outro lado, em não havendo qualquer vício de constitucionalidade da previsão civilista, o que se poderia suscitar seria o preconceito

[1] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

ainda vigente em nossa sociedade com relação à união estável, porquanto essa reação representaria uma postura político-legislativa discriminatória, concedendo tratamento excessivamente desigual em relação baseadas primordialmente em afeto.

Independente do posicionamento a ser adotado, é indiscutível que o arranjo familiar constituído pela união estável é cada vez mais comum em nossa sociedade, não havendo como se fechar os olhos para esse tipo de avanço social, mesmo porque a união estável ocorre faticamente, pelo desejo exclusivo dos companheiros de conviverem intimamente, em comunhão de afeto e patrimônio.

No campo do direito sucessório, o trabalho pretende fazer um estudo aprofundado acerca da sucessão do cônjuge e do companheiro, visto que, dada a divisão jurisprudencial e doutrinária quanto à equiparação da união estável ao casamento, muitas vezes depara-se com casos semelhantes em que um companheiro nada recebe do falecido, com quem conviveu por longo período, enquanto um cônjuge recém casado herda a integralidade do patrimônio do falecido, o que evidencia que o legislador infraconstitucional não utilizou a melhor técnica, ao tratar de forma diferente companheiros e cônjuges. É justamente por conta disso que encontramos os mais variados posicionamentos dos artigos relacionados à sucessão, os quais serão apresentados ao longo do terceiro capítulo do presente estudo.

Porém, é de se adiantar à própria discussão da matéria ao longo do trabalho que, se tanto a união estável quanto o casamento foram considerados pelo constituinte como espécies de família, é evidente que devem receber o mesmo tratamento em nível infraconstitucional, o que não se verificou no aspecto sucessório, visto que hipóteses há em que o cônjuge goza de mais direitos do que o companheiro, assim como que, em outras situações, é o companheiro que supera o cônjuge quanto às quotas hereditárias, a partir do que se pode inclusive falar em vício de inconstitucionalidade no artigo 1.790 do Código Civil.

Por fim, cabe ressaltar que o presente trabalho se desenvolveu a partir dos métodos dedutivo e comparativo, para a análise das normas atinentes ao Direito de Família e de Sucessões relativas aos companheiros, buscando uma maior abrangência do tema e um possível resultado através da comparação entre diversos autores e da interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, a pesquisa a ser realizada utilizará a técnica da documentação indireta, através de fontes doutrinárias jurídicas, precedentes jurisprudenciais, legislação ordinária relativa ao tema e sentenças prolatadas pelos Tribunais brasileiros.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA COMO MATÉRIA CONSTITUCIONAL

1.1. A SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

A discussão acerca da formação histórica do Estado e do respectivo constitucionalismo moderno, já há algum tempo, dá ensejo a discussões tão fascinantes que se posicionam como tópicos centrais na literatura jurídica. Não sem razão, o único modelo de Estado aceito nos dias de hoje é aquele concebido na forma constitucional, cuja materialização pressupõe, no entendimento de J.J. Gomes Canotilho[2], o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e variadas condições históricas. Nesse modelo, o ordenamento só goza de unidade porque dispõe de uma norma fundamental, superior, a garantir esse conjunto, justamente por isso chamado de "ordenamento". Sem ela, não há dúvidas, o que haveria seria nada mais do que um confuso amontoado de fontes.[3]

O assim denominado Estado Constitucional de Direito, ensina Luís Roberto Barroso[4], surgiu com o fim da 2ª Guerra Mundial e chegou ao seu ponto alto na última parte do século XX, com a presença de uma Constituição centralizadora, em relação à qual toda legalidade deve estar subordinada, inclusive porque a compatibilidade com as normas constitucionais é pressuposto de validade do ordenamento jurídico. Não bastasse isso, o modelo de Constituição moderna ainda impõe limites ao legislador infraconstitucional e, sobretudo, determina-lhe deveres de atuação.

Essa visão constitucional surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos, na Constituição norte-americana de 1787, e ficou conhecida como *The Reign of Law*, aderindo desde logo à idéia de *always under law*. Se, por um lado, isso significou a supressão do direito do povo de instituir uma Constituição que estabelecesse pontos essenciais da sociedade, como questões de governo, direitos e garantias dos cidadãos, por outro, caracterizou a subordinação do poder governamental ao império das leis, vistas como um corpo de princípios, coeso e harmônico, que justifica a legitimidade do próprio governo.[5]

Com efeito, na concepção norte-americana, o poder constituinte adquire uma idéia de centralidade, atribuindo ao povo autoridade e poder político superior e, por conseqüência

---

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

3 STÜRMER, Amelia Elisabeth Baldoino da Silva. O princípio da supremacia da Constituição e a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *In.* DE OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes (org.). *Leituras do direito constitucional*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009, p. 85.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br>. Acesso em: 12.07.2010, p. 16.

5 CANOTILHO. Op. cit., p. 94-95.

disso, subordinando o legislador e as leis por ele produzidas às normas constitucionais. O constituinte não goza de autonomia, pois sua função é exclusivamente de criar a Constituição, vista como uma forma de proteger direitos e, ao mesmo tempo, limitar poderes. Essa estrutura dá estabilidade a um conjunto de direitos previstos pelo constituinte nas normas constitucionais, podendo inclusive ser suscitada diante do legislador e de outros poderes que eventualmente possam interferir na esfera constitucional.[6]

Por outro lado, o modelo francês surgido após a Revolução Francesa dá novo colorido à questão, garantindo maior importância política à nação, titular do poder constituinte, o qual lhe autoriza criar uma nova ordem política e social visando ao futuro e, paralelamente, rompendo com o passado. Pode-se sintetizar esse pensamento revolucionário com a idéia de que a nação é titular do poder constituinte, originário, autônomo e onipotente, e, desejando criar ou reformar sua Constituição, pode fazê-lo, pois se trata de ato imperativo seu para organizar a hierarquia dos poderes.[7]

Desta feita, combinando as idéias norte-americanas e francesas, a doutrina tem entendido que a Constituição aparece não como um resultado conquistado pela sociedade, mas sim como um ponto de partida para avanços. Muito mais do que descrever, ela cria um norte para a sociedade, imprimindo seu significado jurídico no ordenamento em que vige, bem como garantindo sua força obrigatória dentro do direito, uma vez que subordina a legislação infraconstitucional e dá limites aos poderes.[8]

Dentro dessa concepção moderna, segundo Jorge Miranda[9], à Constituição é atribuído o papel de *constituir* o Estado à semelhança de sociedades em que um conjunto de normas tem função estruturante, com a diferença de que a Constituição é originária e goza de alcance universal. Prosseguindo, acerca da relação Carta Política – Estado moderno, o aludido jurista[10] escreve que todo Estado necessita de uma Constituição como "enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade e sinal também da sua presença diante dos demais Estados", pois ela justifica o Estado enquanto instituição, revela a prevalência dos elementos objetivos das relações políticas e, por fim, é base de legalidade.

Canotilho[11], a seu turno, vai mais além, ao se posicionar no sentido de que o Estado Constitucional é o próprio Estado de Direito, visto que este pressupõe a existência de uma Constituição que estruture a ordem jurídico-normativa fundamental, vinculando todos os poderes a ela, o que implica a imposição de uma forma para a organização estatal e

---

6 CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2003, p. 70.
7 Ibid., p. 71.
8 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164.
9 Ibid., p. 161.
10 Ibid., p. 161.
11 CANOTILHO. Op. cit., p. 245-246.

para os atos políticos. Para ele, essa é a razão de a norma constitucional não ser uma lei comum dentro do sistema normativo estatal, mas sim uma "verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia – a supremacia da constituição*".

A partir daí, dois desdobramentos do princípio da supremacia da Constituição interessam ao presente estudo: a) Vinculação do legislador: as leis devem obrigatoriamente obedecer às disposições constitucionais, adotando forma e procedimento previstos em nível constitucional, sem desrespeitar disposição superior, o que significa dizer que a Constituição representa parâmetro material intrínseco do ato legislativo;[12] b) Força normativa: uma norma jurídico-constitucional jamais pode ser relativizada, cabendo a esse princípio defender o ordenamento jurídico contra sua possível desintegração, causada, muitas vezes, por superestimação do direito, sem legitimidade para isso.[13] Além disso, o sistema hierárquico coloca a Constituição em seu cume, dando-lhe garantia de superioridade e premência de suas normas, exatamente para que ela goze de eficácia e legitime o sistema de princípios e regras existente.

Para Jorge Miranda[14], a supremacia da Constituição advém dos atos e normas surgidas no ordenamento jurídico, porque nenhum ato legislativo pode, ao mesmo tempo, ser válido e contrário a ela, sob pena de os representantes do povo serem superiores aos seus representados. Desse modo, em havendo divergência incontornável entre a Constituição e uma lei ordinária, obrigatoriamente deverá prevalecer a primeira. A Carta Política, assim, passou a ser tida dentro do sistema jurídico como seu fundamento de validade, devendo obrigatoriamente os atos praticados sob o manto constitucional estar em conformidade com o texto constitucional, além de serem interpretados com base no conteúdo constitucional.[15]

Ainda que paire algum tipo de crítica a esse modelo, sob o fundamento de que poderia haver uma *hiperinterpretação* constitucional, Maria Cecília Bodin de Moraes[16] destaca que "a uniformidade do ordenamento jurídico consiste exatamente em utilizar todo o potencial do sistema jurídico em um renovado positivismo, que não se exaure na pura e simples obediência à letra da lei, mas que, acatando substancialmente as escolhas políticas do legislador constituinte, estende os valores constitucionais a toda legislação". Isso representa uma tendência cada vez mais forte de não se permitir a utilização das normas

---

12 CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2003, p. 246.
13 Ibid., p. 248.
14 MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2009, p. 165.
15 DE MENEZES, Maurício Moreira Mendonça. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://www.bocater.com.br>. Acesso em 17.06.2010. p. 11.
16 MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. vol. 1. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Disponível em < http://www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em 16.06.2010, p. 8.

constitucionais como limite ao legislador ordinário, mas, ao revés, aceitar seu caráter de fundamento e princípio geral de todo conjunto normativo infraconstitucional.[17]

Além disso, Jorge Miranda[18] observa que as leis constitucionais são fundamentais porque "os corpos que existem e actuam com base nelas não as podem afectar", aduzindo que "a Constituição não é obra do poder constituído, mas sim do poder constituinte. Nenhum poder delegado pode alterar as condições de sua delegação", acrescentando, ainda, que a Constituição deve ser considerada mais do que fundação, a fundamentação do poder público e da ordem jurídica, já que estabelece os Poderes do Estado e prevê o procedimento de criação das normas jurídicas, o que obriga que toda atuação estatal esteja em consonância com o conteúdo constitucional para que sejam reputados válidos.

Ademais, a respeito da função da Constituição no ordenamento jurídico estatal, Jorge Miranda[19] aduz que:

> a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, as crenças as atitudes mentais, a geografia e as condições econômicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe caráter, funciona como princípio de organização sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente ora de conservação, ora de transformação.

Concluindo essa idéia, o referido autor português[20] aduz que a Constituição é a expressão de valores jurídicos presentes na comunidade, o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder e, radicada na soberania do Estado, torna-se também ponte entre a sua ordem interna e a ordem internacional.

Complementando tal visão, Luís Roberto Barroso[21] observa que a idéia de constitucionalização do Direito está associada à expansão das normas constitucionais, cujo conteúdo se irradia por todo o sistema jurídico com força normativa. Como antes visto, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição condicionam a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo, inclusive, nas relações entre particulares.

Cumpre ressaltar, porém, que o conceito de Constituição transformou-se em um modelo elástico, para incluir em seu conteúdo matérias políticas, econômicas e sociais. Ademais, em razão da dinâmica política presente na sociedade atual, a Constituição, para

---

17 MORAES. *A caminho de um direito civil constitucional*. Acesso em 16.06.2010, p. 8.
18 MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2009, p. 165-166.
19 Ibid., p. 167.
20 Ibid., p. 208.
21 BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2006, p. 30. Acesso em: 12.07.2010.

permanecer em vigência, deve estar em consonância com a essência dos princípios e preceitos que a instituíram[22], sobretudo porque as Cartas Constitucionais têm o dever de introduzir ao sistema normativo a nova ordem de valores sociais que devem influenciar a interpretação de institutos jurídicos.[23] Exatamente por isso, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu elevada relevância à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e determinou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I).

Nesse sentido, Canotilho[24] tratou de desenvolver um enfoque de Constituição engajada com a realização da justiça social, defendendo que as disposições constitucionais mantenham-se como marcos de um projeto de modernidade social, que tenha a igualdade substantiva dos indivíduos e a concretização de uma democracia real e plural como base do ordenamento. A essa concepção, o constitucionalista português deu o nome de *Constituição Dirigente*, a qual abandona a velha limitação política para ser o centro fundamental do ordenamento, sob pena de perda de sua legitimidade.

A expressão *Constituição Dirigente*, para o citado autor, pode ser reconhecida quando presentes normas que estabeleçam um programa constitucional de efetiva direção, sinalizando em sentido prospectivo e futuro, prevendo fins e tarefas ao Estado e, acima de tudo, consagrando instrumentos jurídicos que garantam igualdade a todos os cidadãos[25], o que não significa que não seja dado o devido reconhecimento da importância e da racionalidade da lei, visto que esta não se trata mero ato executivo da Constituição, razão pela qual deve ser preservada a liberdade de atuação do Legislativo. Isso possibilita a relativização da vinculação deste às normas constitucionais[26], observado, sobretudo, no processo de edição de leis.

Uma concepção tal de Constituição procura, para além de traçar uma linha política de atuação do Estado, implementar um fundamento constitucional que dê base à atuação legislativa. É, pois, a concepção de uma lei fundamental programática – sem, contudo, restringir-se à previsão de normas de tal natureza –, estruturada com base em diretivas jurídico-constitucionais, princípios jurídicos, imposições legiferantes e fixação de fins à atuação estatal. A ordem jurídico-constitucional não se limita a um estatuto jurídico apto a garantir uma estrutura, mas sim um esboço de vida efetivamente desejado[27].

Frise-se, porém, que a Constituição dirigente nunca se propôs a ser o meio exclusivo de regulação jurídico-social, exatamente por reconhecer o processo político-

---

22 MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2009, p. 209.
23 DE MENEZES. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: Acesso em 17.06.2010. p. 11.
24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 148.
25 Ibid., p. 395.
26 Ibid., p. 174.
27 Ibid., p. 153.

decisório, marca dos regimes democráticos de Direito. A Constituição brasileira, por exemplo, nascida dentro um contexto pluralista, perfeitamente ajustada no conceito de Constituição dirigente, dispõe acerca do compromisso com o futuro da nação[28].

Ao fim e ao cabo, o respeito das normas inferiores à Constituição não fica adstrito ao ponto de vista formal, com base no procedimento de sua criação, mas também amparado em correspondência substancial aos valores consagrados no texto constitucional sob a forma de princípios, que passam a servir de norte para todo o sistema jurídico. Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, senão exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.[29]

Diante dos desafios da sociedade moderna, não resta dúvida de que cabe à Constituição criar elementos garantidores da segurança jurídica e de proteção dos atingidos pelas mudanças, reforçando as suas garantias. Por isso, o papel constitucional de integração da comunidade política torna-se mais necessário do que nunca.[30] Não sem razão, paulatinamente vem sendo reconhecida a aplicabilidade direta da Constituição e a sua prevalência sobre a lei ordinária, mesmo porque, como visto, para que a norma jurídica goze de validade, deve estar amparada em disposição constitucional.

A discussão ganha ainda maior destaque se considerarmos que o atual sistema jurídico não mais comporta a dualidade "direito público *x* direito privado", a ser tratada no sub-capítulo seguinte, o que importa na constitucionalização do Direito Civil, a determinar que as disposições civilistas obrigatoriamente estejam em consonância com o Texto Maior, o qual, nessas condições, servirá de norte para o legislador e, ao mesmo tempo, parâmetro interpretativo do texto legal.

1.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O perfil jurídico-dogmático do direito civil moderno não pode ser analisado de forma divorciada de suas origens históricas, pelo que se faz necessário um breve recuo às bases de sua discussão acadêmica. Sua conceituação remonta, originalmente, ao Código de Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat, primeiro jurista a estabelecer uma divisão entre leis civis e leis públicas, utilizada para a delimitação do

---

28 CANOTILHO. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* 1994, p. 142-3.

29 MORAES, Maria Celina Bodin. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.* In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. Vol. 9. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006, P. 233.

30 MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2009, p. 175.

conteúdo inserido dentro do *Code* e posteriormente adotada pelas codificações do século XIX.[31]

A partir daí, o direito civil passou a ser identificado como o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e sua propriedade, consagrando-se como o reino da vontade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica, e as limitações existentes eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social. Dentro dessa idéia, portanto, o indivíduo era visto como centro do sistema civilista, podendo, inclusive, dispor de sua própria liberdade por meio do contrato.[32] Havia, pois, uma forte proteção contra a atuação estatal intervencionista.

Especificamente quanto à existência do direito civil e sua evolução histórica, Paulo Luiz Netto Lôbo[33] salienta que:

> O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

O referido doutrinador[34] ainda giza que o constitucionalismo e o fenômeno da codificação surgiram com o Estado liberal e a conseqüente consolidação do individualismo jurídico: o primeiro serviu para limitar a atuação estatal e o poder político, enquanto o segundo assegurou mais espaço para uma atuação autônoma dos indivíduos, principalmente do burguês, livre do controle e do impedimento públicos, uma vez que ele era a consubstanciação do homem comum para as codificações da época. Ao passo que se protegia o cidadão proprietário de bens, era excluída do campo de atuação da codificação grande parte da população, porquanto a tendência iluminista entendia que a plenitude humana só era verificada mediante a posse do homem sobre as coisas. A liberdade aqui não se tratava do não impedimento, pois "livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado" .[35] Nessa esteira, as primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, estabelecendo os contornos de um Estado mínimo. Ao Estado,

---

31 MORAES. *A caminho de um direito civil constitucional*. In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. Acesso em 16.06.2010, p. 2.
32 DE MENEZES. *Constitucionalização do direito civil*. Acesso em 17.06.2010. p. 03.
33 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do direito civil*. *In.* Revista de informação legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em <http://www.senado.gov.br >. Acesso em 16.06.2010, p. 99.
34 Ibid., p. 101.
35 Ibid., p. 101.

então, coube prever as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. [36]

Dessa forma, facilmente podiam ser divididas as esferas do Direito Público e do Direito Privado: enquanto aquele se ocupava das normas criadas pelo Estado para a tutela de interesses comuns, este cuidava dos direitos naturais e inatos dos cidadãos, a fim de regular amplamente os aspectos do homem em face da sociedade. O Estado só poderia impor limites aos indivíduos para que essa intervenção se operasse em favor dos próprios cidadãos.[37]

Neste cenário, a Constituição era vista como uma *Carta Política*, referência para as relações entre o Estado e o indivíduo, com aplicação indireta e mediata, enquanto o Código Civil era o documento *jurídico* que regulamentava as relações entre particulares, freqüentemente visto como a "Constituição do direito privado", influência do direito romano.[38] Justamente por isso é que ao Código Civil cabia garantir o exercício livre e ilimitado dos direitos subjetivos, enquanto que, paralelamente, à Constituição era atribuído o papel de regulamentar as relações nas quais, em um dos pólos, obrigatoriamente se encontrasse Poder Público, protegendo o indivíduo da intervenção estatal. Desse modo, a aplicação de normas constitucionais não era admitida para as relações entre particulares, ficando limitada aos Códigos de Direito Privado.[39]

Corroborando esse posicionamento, Gustavo Tepedino[40] diz que o direito público e o direito privado constituíram dois ramos muito bem divididos. No âmbito do direito civil, os princípios constitucionais destinaram-se ao legislador e, em caráter excepcional, poderiam ser utilizados como princípio geral de direito, o que significa dizer que, nesses casos, as previsões contidas na Carta Política tinham mero caráter subsidiário da norma ordinária.

Essa visão patrimonialista e individualista do Direito Civil manteve-se hígida até bem pouco tempo em nosso ordenamento jurídico. Foi com o passar do tempo, contudo, que as leis extravagantes, mesmo excepcionalmente, passaram a ameaçar a visão de completude e exclusividade da codificação civil.[41] Os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica constituíram-se como exigências de liberdade, assim como foram elemento para as igualdades materiais e de emersão de novos direitos,

---

36 LÔBO. *A constitucionalização do direito civil*. In.*: Revista de informação legislativa*. 1999. p. 101.
37 DE MENEZES. *Constitucionalização do direito civil*. Acesso em 17.06.2010. p. 03.
38 BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2006, p. 42.
39 DE MENEZES. *Constitucionalização do direito civil*. Acesso em 17.06.2010, p. 03.
40 TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em 16.06.2010, p. 02.
41 KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*. *In.:* Revista da Ajuris. n. 110. Porto Alegre: Ajuris, 2008, p. 51.

para o que a codificação não se mostrou própria.[42] Os códigos, por sua vez, tornaram-se obsoletos e verdadeiros óbices ao desenvolvimento do direito civil, não conseguindo mais se firmar por si só diante da sociedade.

Esse fenômeno ficou conhecido como "descodificação do direito civil", conceituado por Gustavo Tepedino[43] "como o deslocamento do centro da gravidade do direito privado, o Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatuto autônomos".

Acerca desse fenômeno, Paulo Luiz Netto Lôbo[44] ressalta que o choque existente entre o Código Civil e a ideologia consolidada em nível constitucional afastou o predomínio dessa abordagem, da mesma forma em que os fatos e fenômenos sociais exigiram, em sua complexidade e dinamicidade, regras multidisciplinares e interdependentes – a exemplo de minicodificações –, capazes de responder a anseios hoje dissociados da rigidez do antigo modelo.

Ao longo do século XX, portanto, com o surgimento do Estado social e o aparecimento de uma percepção crítica da desigualdade entre os cidadãos, o direito civil iniciou um processo de superação do individualismo exacerbado, deixando de ser única fonte da autonomia da vontade, assim como, simultaneamente, notou-se uma intromissão do Estado nas relações privadas, mediante a introdução de *normas de ordem pública* para regulá-las, em nome da solidariedade social e da função social de algumas instituições do direito civil.[45]

Nesse contexto, no caso brasileiro, como bem observa Antonia Espíndola Longoni Klee[46], o Código Civil de 1916, tido por muitos como a "Constituição do Direito Privado", surgiu como produto da influência de doutrinas individualistas, consagradas pelo Código de Napoleão e encampadas pelas codificações do século XIX, sendo visto, logo após a sua entrada em vigor, como o único ordenador das relações privadas. Contudo, não demorou muito para que fosse sentida a necessidade da edição de leis excepcionais, os estatutos. O Código Civil, então, começou a perder sua influência legisladora. Era o início de um *polissistema* civil, baseado em centros de gravidade autônomos, que, paralelamente, ainda

---

42 LÔBO. *A constitucionalização do direito civil*. 1999. Acesso em 16.06.2010, p. 102.

43 TEPEDINO. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Acesso em 16.06.2010, p. 04.

44 LÔBO. Op. cit., p. 102.

45 BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2006, p. 43.

46 KLEE. *Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*. 2008, p. 49.

serviram para desviar o foco do indivíduo para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos intrínsecos a elas.[47]

Com efeito, sustenta Maria Celina Bodin de Menezes[48] que a busca pela integração dos estatutos jurídicos partimentados obrigou o intérprete a juntar-se à Constituição, por conta de seus princípios. A Constituição, nesse passo, tornou-se elemento centralizador do ordenamento jurídico, unificando-o e, sobretudo, harmonizando as mais diversas esferas legislativas. [49] A partir disso, constituído um sistema, a unidade amparou-se na existência de uma norma fundamental, fator determinante para a validade da ordem jurídica, não admitindo choques entre as várias proposições normativas, colocando-se, para tanto, a Constituição como a instância de legitimação da revalidação da ordem jurídica.

Aliado a isso, aos poucos o texto constitucional aventurou-se no tratamento de temas até então restritos aos limites do direito privado, como a função social da propriedade, o exercício da atividade econômica, a organização familiar. Isso significou que matérias de direito privado passaram a integrar a nova ordem pública constitucional.[50]

Essa fase marcou a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde surgiu uma atuação da Carta Política como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil.[51] Desse modo, a visão civilista encontrou barreiras, não conseguindo avançar, pois observou-se uma intervenção estatal na esfera privada dos cidadãos, decorrente da crise econômica mundial, iniciada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, e, posteriormente, com surgimento inúmeras codificações especiais, que, apesar de admitirem o Código Civil de 1916 como centro normativo de nosso direito civil, minaram essa estrutura até então vigente[52], pois o Estado deixou sua inércia estatal para promover a edição de normas em face de situações novas, não previstas legalmente[53] ou que simplesmente subtraíram do Código matéria que lhe tocava.[54]

A esse respeito, destaca Paulo Luiz Netto Lôbo[55] que o processo de publicização do Direito Civil esteve intimamente ligado à crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. A partir de então, tem-se a

---

47 KLEE. *Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*, 2008, p. 51-52.
48 MORAES. *A caminho de um direito civil constitucional*. Acesso em 16.06.2010, p. 4.
49 DE MENEZES. *Constitucionalização do direito civil*. Acesso em 17.06.2010. p.06.
50 KLEE. Op. cit., p. 52.
51 BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2006, p. 43.
52 TEPEDINO. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Acesso em 16.06.2010, p. 03.
53 KLEE, Op. cit, p. 52.
54 TEPEDINO. Op. cit., p. 03.
55 LÔBO. *A constitucionalização do direito civil*. 1999, p. 100. Acesso em 16.06.2010.

redução do espaço de autonomia privada, no fito de garantir a tutela jurídica dos mais fracos.

Ainda para o citado jurista[56], a complexidade da vida contemporânea não condiz com a rigidez de suas regras. Por isso, justificada está a exigência de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não estão subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil, havendo evidente conjunção de vários ramos do direito no mesmo diploma legal para disciplinar matéria específica. Assim, são utilizados instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, assim sejam denominados.[57]

Como o Código Civil de 1916 continuava intacto, quedando-se inerte frente aos avanços sociais conquistados, coube à nossa Carta Política incorporar princípios do direito privado para atender às necessidades sociais.[58] Assim, acompanhando esse momento histórico, nas últimas décadas do século XX, no Brasil, a Constituição Federal brasileira tomou o lugar central de nosso sistema jurídico, deixando para trás a idéia de que constituía mera carta de aspirações políticas para ser aceita sua força normativa. Fixou-se, a partir de então, a defesa, dentro da esfera jurídica, da pessoa humana, rechaçando o racismo, o preconceito e a intolerância.[59]

Dessa feita, a patrimonialização das relações civis presente nos códigos tornou-se incompatível com a nova ordem jurídica vigente. A prevalência do patrimônio como valor individual tutelado nos códigos até essa época, submergindo a pessoa humana, que figurava como sujeito abstraído de sua dimensão real[60], ficou isolada diante do reconhecimento do caráter normativo de princípios como a solidariedade social, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade privada, que têm eficácia imediata nas relações de direito civil.[61]

Note-se que, no âmbito do direito de família do Código Civil de 1916, havia 290 artigos no Livro de Família, sendo que 151 artigos tratavam de interesses patrimoniais.[62] Além disso, o modelo consagrado de família obrigatoriamente era centrado no individualismo e caracterizado pelo predomínio do patriarcado e da proteção às relações patrimoniais, obrigatoriamente originadas por uma relação conjugal decorrente do

---

56 LÔBO. *A constitucionalização do direito civil*. 1999, p. 102, Acesso em 16.06.2010.
57 Ibid., p. 103.
58 KLEE. *Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*. 2008, p. 54-55.
59 Ibid., p. 54-55.
60 LÔBO. Op. cit, p. 100.
61 TEPEDINO. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Acesso em 16.06.2010, p. 10.
62 LÔBO. Op. cit., p. 103.

matrimônio[63], cujos termos eram determinados em nível estatal, sob pena de não ser reconhecido aquele "agrupamento" como instituição familiar e os seus filhos não contarem com a presunção de legitimidade.[64]

Contudo, os preceitos da Constituição de 1988 fundaram a família atual com base na afetividade[65], vista como a *celula mater* da sociedade. Já as declarações de direito contemporâneas, por sua vez, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, preferiram vinculá-la à sociedade como reconhecimento da perda histórica de sua função política, este um dos traços mais marcantes da história brasileira.

A configuração da família atual, todavia, com seus princípios dispostos na Carta Política de 1988, relativizou a tradição, de modo que fez desaparecer as funções política, econômica e religiosa da família, as quais exigiam uma origem biológica, para recuperar uma função presente na origem da família, qual seja, a de grupo mantido pelo afeto, em comunhão de vida. Maria Berenice Dias[66] entende que é justamente o vínculo afetivo o elemento que coloca a família sob o manto da juridicidade.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se premente estender à tutela jurídica o respeito à liberdade de constituição, convivência e dissolução, a auto-responsabilidade, a igualdade irrestrita de direitos, a igualdade entre irmãos, sejam eles biológicos ou adotivos, a solidariedade recíproca[67], porque a razão de existência da família focou-se no indivíduo e não mais nos bens mantidos durante a relação familiar. A anterior família-instituição, dessa forma, deu lugar à família-instrumento, que existe para o desenvolvimento completo de seus integrantes e, inclusive, da própria sociedade.[68]

Posta essa nova situação, ficava ainda mais evidente que o Código Civil não podia mais ser visto como a lei fundamental do direito de família. Era imprescindível, pois, a aprovação de um novo Código Civil brasileiro.

Em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor, então, o Código Civil de 2002, cujo projeto original data do ano de 1975, anterior à própria Constituição Federal, o que acarretou enormes mudanças e graves descompassos com a ordem constitucional após sua entrada em vigor[69], visto que a Carta Política está insculpida sob o fundamento da dignidade

---

63 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. *In.:* WELTER, Pedro Belmiro; MADALENO, Rolf Hansen. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 257.

64 RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009. 232 f. Dissertação (Mestado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 110.

65 LÔBO. *A constitucionalização do direito civil*. 1999, p. 103.

66 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

67 LÔBO. Op. cit., p. 104-105.

68 DIAS. Op. cit., p. 43.

69 Ibid., p. 31.

da pessoa humana e, no âmbito do direito de família, predomina o afeto, superando a antiga idéia de família, o que muitas vezes não é observado no Código Civil.

Milita a doutrina no sentido de que o Código Civil de 2002, apesar dos inúmeros avanços experimentados, ainda foi tímido ao permitir a sobreposição dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, apontando que as razões para as causas suspensivas do casamento[70] e para a obrigação da adoção do regime de separação de bens ao idoso que contrai casamento são quase todas voltadas à defesa do patrimônio, assim como as normas destinadas à tutela e à curatela.[71]

Ademais, como observa Maria Cláudia Crespo Brauner[72], se de um lado o Código Civil de 2002 acatou as inovações trazidas pela Carta Magna de 1988, mesmo porque se cuida de fonte hierarquicamente superior, de outro desconheceu diversas conquistas doutrinárias e jurisprudenciais alcançadas. Cita a jurista ainda que algumas leis elaboradas para dar efetividade aos princípios constitucionais tiveram sua aplicação restringida pelo Código Civil de 2002, o que obrigou a produção de uma doutrina e da jurisprudência inovadora e criativa a transcender os limites impostos pela codificação.

Em assim sendo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas obriga doutrina e jurisprudência a reler o Código Civil e as leis especiais civis à luz da ordem constitucional.[73] Isto porque, segundo Luís Roberto Barroso[74], com a constitucionalização do direito privado, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados em sede constitucional passaram a condicionar as normas infraconstitucionais, repercutindo na atuação dos Poderes, principalmente em suas relações com os particulares, e, sobretudo, nas relações entre particulares.

Para Paulo Netto Lôbo[75], a mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como costumava acontecer. Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que condicionam o respeito por parte dos cidadãos e a aplicação pelos tribunais da legislação infraconstitucional.

---

70 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *In.:* DEL´OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). *Direito de família contemporânea e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 107.

71 Ibid., p. 108.

72 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. *In.:* WELTER, Pedro Belmiro; MADALENO, Rolf Hansen. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 256.

73 MORAES. *A caminho de um direito civil constitucional*. Acesso em 16.06.2010, p. 9.

74 BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2006, p. 45-46.

75 LÔBO. *A constitucionalização do direito civil*. 1999, p. 102.

Concluindo, Luís Roberto Barroso[76] aponta as conseqüências da constitucionalização do ordenamento jurídico e a expansão dos princípios constitucionais aos demais ramos da ciência jurídica, referindo que a constitucionalização do Direito acarreta a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição para todo o ordenamento jurídico, do que resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, elementos que serão de fundamental relevância em nosso estudo.

1.3. DA FAMÍLIA PATRIARCAL À FAMÍLIA EUDEMONISTA

Como já visto, a atual concepção de Direito não mais aceita a dualidade de direito público e direito privado. Com isso, é inevitável que a família seja analisada em conformidade com a Lei Maior e jamais em contrariedade a ela, de modo que se impõe a valorização dos membros de cada arranjo familiar enquanto indivíduos, o que nem sempre se verificou na história da sociedade brasileira.

Na Carta Política de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, não houve qualquer referência à família comum, limitando-se o constituinte a abordar a "Família Real e sua Dotação", sem adentrar na questão da estrutura familiar. Influenciada por modelos individualistas, que não viam no homem comum um membro da sociedade, preocupou-se em regular a divisão dos poderes e limitar a atuação imperial em proteção dos cidadãos, fato explicado pela restrita participação política, com voto censitário e limitado aos homens.[77]

A segunda Constituição brasileira, primeira do período republicano, foi promulgada em 1891. Filiada à visão dos Estados liberais burgueses da época, previu tão-somente que "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita" (artigo 72, §4º) e que "Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados" (artigo 72, §7º), o que indicava que a cerimônia religiosa não produziria efeitos civis[78], configurando-se como mera relação concubinária.[79] A família patriarcal continuou dominando a estrutura social no texto constitucional, e o direito à cidadania ainda não alcançava a mulher.[80]

---

76 BARROSO,. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2006, p. 48.

77 DE OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-32.

78 Ibid., p. 32-39.

79 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 139.

80 RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 99.

Em seguida, sobreveio a edição do Código Civil de 1916, que tinha na família uma unidade de produção, com fins de amealhar patrimônio e posteriormente transmiti-lo à prole formada daquela união. No modelo familiar de então, vigia uma estrutura hierarquizada, patriarcal, matrimonializada, impessoal e heterossexual, como observa Cristiano Chaves de Farias[81]:

> os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo conjugal, pois a desestruturação familiar significava, em última análise, a desestruturação da própria sociedade. Sacrificava-se a felicidade pessoal em nome da manutenção da "família estatal", ainda que com prejuízo à formação das crianças e adolescentes e da violação da dignidade dos cônjuges.

Com a crise experimentada pelo modelo estatal liberal e a Revolução de 1930 no Brasil, era indiscutível que a ordem política então vigente não mais se sustentava, razão pela qual se tornou imperiosa a criação de uma nova Constituição para a República Brasileira. Com isso, em 1934, surgiu uma nova Carta Política, que representou a transição do modelo liberal clássico para uma estrutura de intervenção estatal e que, por isso, tinha evidente caráter pragmático, dando azo à inserção de direitos sociais no corpo constitucional.[82] Era o aparecimento da família jurídica constitucionalizada no direito brasileiro.[83]

Preocupou-se o constituinte da época em criar um título específico para a matéria, denominado "Da família, da educação e da cultura", reconhecendo como família o vínculo estabelecido por meio do casamento, ato indissolúvel.[84] Rechaçou-se, por evidente, a possibilidade de divórcio e, paralelamente, ratificou-se o casamento como o único instrumento reconhecido de formação da família juridicamente constituída.[85]

A Constituição de 1934, nesta seara, também tratou do direito de se prover a própria subsistência e a da família mediante trabalho honesto (artigo 113, 34), da vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil (artigo 134) e do dever público de amparar a maternidade e a infância e proteger a juventude (artigo 138). Nessa esteira, garantiu às mulheres o direito à cidadania, através do voto – obrigatório quando se cuidasse de funcionárias públicas (artigo 109). Houve, ainda, extensão dos efeitos civis aos casamentos religiosos, observadas as regras de ordem pública e de bons costumes (artigo 146).

---

81 DE FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas 'versus' famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)*. In.: Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Aracaju. n. 3. 2002. Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 16.06.2010.

82 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*., 2002, p. 43-45.

83 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33.

84 Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

85 DA GAMA. Op. cit., p. 33.

Todavia, a doutrina é uníssona ao afirmar que a referida Constituição, ainda que tenha inovado ao criar o dever do Estado de proteção especial, foi bastante tímida no que concerne ao reconhecimento da família, pois deu mais atenção à sua forma de origem, o casamento, do que a família em si, isto é, a substância do instituto.[86] [87] A razão desse posicionamento do constituinte, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama[88], diz com "a preocupação com a instituição matrimonial se revela evidente no bojo de tais textos constitucionais como forma de preservação de um modelo político, econômico e social em que a *paz familiar* e o *patrimônio familiar* encontravam-se acima de qualquer outro valor".

Como se vê, a Constituição de 1934 mostrou-se ideologicamente conservadora e preconceituosa, tendo na indissolubilidade matrimonial um de seus dogmas. A família, enquanto instituição, gozava de tutela constitucional, ao passo que seus integrantes não dispunham da mesma proteção, mesmo que a convivência pudesse a eles causar.

A Constituição de 1937, conhecida como "Polaca", foi decretada sem qualquer participação do poder constituinte, inspirada nos modelos fascista italiano e nazista alemão. Constituiu-se como precursora da defesa da instituição da família, dedicando a ela um capítulo especial, muito embora tenha se limitado a manter as garantias previstas pela Constituição anterior, adequando-as para os contornos constitucionais da época.[89]

Para José Sebastião de Oliveira[90], o que de fato se verificou foi a ausência de interesse na elaboração de um conceito para a família dentro do direito constitucional. Pondera o doutrinador[91], porém, que dentro do título "Da Família" se observam algumas modificações, já que houve a preocupação de se atribuir ao Estado a função de tutor da infância e da juventude.

A fim de suceder a "Polaca", dado que o atual momento histórico de Pós-Guerra já não mais compactuava com regimes políticos totalitários, sobreveio a promulgação da Constituição de 1946, que, ao mesmo tempo em que tutelava interesses coletivos e individuais, também amparava os direitos sociais.

A quinta Constituição brasileira, acerca da família, pouco inovou no cenário nacional, deixando de acompanhar os avanços sociais experimentados no período, para manter a estrutura até então vigente, sobretudo no que se refere ao casamento como ato de

---

86 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 48.
87 RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 100-101
88 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 33.
89 DE OLIVEIRA. Op. cit, p. 50-53.
90 Ibd., p. 53.
91 Ibid., p. 53.

celebração da família, cujos vínculos permaneciam indissolúveis e protegidos pelo Estado.[92] Retomou-se, ainda, a possibilidade de conversão do casamento religioso em casamento civil se realizadas as formalidades legais (artigo 163), abandonada pela Constituição de 1937.

Acerca do caráter conservador da Carta Magna promulgada em 1946, José Sebastião de Oliveira[93] se manifestou no sentido de que a Carta Política retratava o pensamento da Igreja Católica brasileira, com o qual comungava grande parte do povo brasileiro, manifestada pela maioria esmagadora dos legisladores constituintes.

A Constituição de 1967, por sua vez, surgiu no contexto da ditadura militar, pretendendo dar estabilidade e continuidade aos governos militares, reduzindo as disposições acerca da família para um artigo e quatro parágrafos.[94] Editada pelo legislador ordinário, a quem foi atribuído pelo Poder Executivo caráter excepcional de Poder Constituinte[95], muito pouco se alterou quanto ao tratamento constitucional dispensado à família pelas Cartas Políticas anteriores[96], o que significa dizer que a proteção jurídica continuou a ser dada apenas às famílias formadas pelo casamento, cujos laços permaneciam indissolúveis. O Poder Constituinte, porém, continuou sem definir o que era uma família.[97] Ressalte-se, por outro lado, que, enquanto nas cartas anteriores a proteção à família matrimonializada era papel do Estado, aqui houve transferência dessa atribuição aos Poderes Públicos.[98]

A Emenda Constitucional nº 1, promulgada em 1969, a seu turno, tinha como objetivo maior conferir poderes ao Presidente da República para suspender a eficácia de qualquer norma constitucional. Em seu texto, não houve preocupação em acompanhar as evoluções sociais, de modo que o legislador optou por continuar com a estrutura anterior da família constitucional, mantendo o casamento civil, de laços indissolúveis, como forma de constituição da família, sem também se preocupar em conceituá-la.[99]

---

92 Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

93 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 59.

94 Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

95 DE OLIVEIRA. Op. cit., p. 62-65.

96 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 34.

97 DE OLIVEIRA, Op. cit., p. 66.

98 RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 103.

99 DE OLIVEIRA. Op. Cit., p. 69-70.

No ano de 1977, constatando que o número de desquites crescia e que a permissão do divórcio era medida que se impunha[100], foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, suprimindo do ordenamento jurídico nacional o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e estabelecendo parâmetros da dissolução do casamento[101], desde que existente prévia separação judicial por lapso de tempo superior a três anos. Com isso, coube à denominada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), aprovada no final daquele mesmo ano, a regulamentação do assunto.

Ainda assim, os avanços pretendidos não tiveram o efeito almejado, pois a estrutura matrimonial continuava intacta. Como observa da Guilherme Calmon Nogueira da Gama[102], "a família constitucional continuava sendo apenas a família matrimonial, com proposital omissão a respeito de outros modelos de família existentes no mundo dos fatos".

Superado o período de domínio militar, observando-se a instituição do divórcio, a independência da mulher, a quebra de tabus quanto à sexualidade, o crescimento de movimentos reivindicatórios, as parcerias civis, a abertura política, a maior participação de todos os setores sociais na vida pública[103], ficou evidente a necessidade de se alterar o sistema constitucional brasileiro, inclusive para que a abertura democrática efetivamente ocorresse. Eis então que em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil.

Como leciona José Sebastião de Oliveira[104], o Direito de Família é o ramo da ciência jurídica no qual são mais facilmente sentidas as mudanças sociais e a dificuldade do ordenamento jurídico em se adaptar à realidade social. Isso porque, conforme Giselda Hironaka[105], a família é uma entidade histórica, interligada com os rumos e os desvios da história. A família passou do final do século XIX até os dias de hoje por grandes modificações, que acabaram por conferir-lhe os contornos atuais.

Nessas circunstâncias, a Carta Política de 1988 inseriu em seu conteúdo a grande maioria desses avanços, rompendo com o modelo matrimonializado de família para incluir em seu texto a pluralidade das entidades familiares[106], delineando também a afetividade como fundamento de existência e manutenção da família brasileira, restringindo as funções

---

100 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 192.
101 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 70.
102 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 34.
103 RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 104.
104 DE OLIVEIRA. Op. cit., p. 77.
105 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1, p. 7.
106 CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 42, 2007, p. 45.

política, econômica e religiosa da família, antes tão prestigiadas, e valorizando a dignidade de cada um dos componentes do núcleo familiar.[107]

Nesse contexto, Gustavo Tepedino[108] ensina que a Constituição Federal de 1988 dá indícios de ter consagrado um novo sistema de valores, ao romper de forma definitiva com aquele conceito clássico de família decorrente exclusivamente do casamento e reconhecer a união estável e a entidade monoparental também como família, de igual modo protegidas pelo Estado. A razão para tanto, segundo ele, diz com relação ao objetivo da regulamentação legal da família: anteriormente, a tutela voltava-se para a proteção doméstica, e a família, vista como instituição essencial à sociedade, estava fundada no casamento como um bem em si mesmo; atualmente, diversamente, a funcionalização da família se dá como instrumento do desenvolvimento da personalidade de seus membros, de modo que protegê-la significa guardar a dignidade da pessoa humana de cada um de seus componentes.

Segundo Maria Berenice Dias[109], não é o casamento, a diferença de sexo entre o par ou o desenvolvimento do caráter sexual que identifica a família, mas sim a presença do vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos de vida comum. A família, para a doutrinadora, não guarda ligação com os princípios dos primórdios desse ramo do direito, quais sejam, casamento, sexo e procriação. Tanto assim é que algumas relações extramatrimoniais e homoafetivas são reconhecidas como entidades familiares.

Em assim sendo, resta evidente que a concepção patriarcal, que tinha na família um agrupamento com caráter econômico, político, procracional e religioso, vigente até a Constituição de 1988, não mais encontrou amparo no ordenamento jurídico nacional, sendo então substituída por uma visão de família socioafetiva, formada a partir de laços afetivos, com deveres de afeto e cooperação, visando a fomentar a solidariedade e a criação de condições próprias para o desenvolvimento saudável de cada um de seus membros[110] e, se não lograr êxito na obtenção de seus fins, ser dissolvida[111], pois essa nova visão constitucional foca em cada um dos membros do grupo familiar em particular, já que, mais

---

[107] CHANAN. As entidades familiares na Constituição Federal. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*. 2007, p. 47.

[108] TEPEDINO. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Disponível em: <www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 06.07.2010, p. 1.

[109] DIAS. *Manual de direito das famílias*., 2009, p. 42.

[110] CHANAN. As entidades familiares na Constituição Federal. 2007, p. 46-47.

[111] RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 106.

do que a instituição familiar e os bens amealhados durante uma união, valoriza individualmente cada um dos indivíduos que a compõe.[112]

Não há dúvidas, por conseguinte, de que a instituição família já não é mais a mesma de outrora, havendo evidente modificação em seu papel dentro da sociedade.

Acerca da perda da função econômica da família, assim escreveu Paulo Luiz Netto Lôbo[113]:

> a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares.

Já, no que toca à função procracional, superou-se a influência da tradição religiosa de que família serviria para gerar prole natural à medida que começaram a ser tuteladas uniões familiares cuja destinação principal não era gerar filhos, seja por livre escolha, seja em razão da infertilidade, e ainda a favorecer a adoção, ratificando a opção por uma família socioafetiva, para a qual a procriação não é imprescindível.[114]

Corroborando esse entendimento, conforme Paulo Luiz Netto Lôbo[115], a família atual está baseada em três princípios básicos, com carga dinâmica, modificável de acordo com as circunstâncias de cada momento histórico: *liberdade*, *igualdade* e *afetividade*. Enquanto houver afeto, haverá uma família – unida por laços de liberdade e responsabilidade –, consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não-hierarquizada. Acrescenta ainda o doutrinador[116] um sub-princípio de existência da família atual: a *solidariedade*, que a identifica inclusive como forma de afetividade, superando o individualismo que dominou os dois últimos séculos.

Nesse sentido, aliás, oportuno transcrever o ensinamento de Maria Cláudia Crespo Brauner[117]:

> Com efeito, o reconhecimento da pluralidade de formas de constituição de família é uma realidade que tende a se expandir pelo amplo processo de transformação global, repercutindo na forma de tratamento das relações interindividuais. A reivindicação e o reconhecimento de direitos de igualdade, respeito à liberdade e à intimidade de homens e mulheres,

---

112 RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 110.
113 LÔBO. A repersonalização das relações de família., 2006, p. 101.
114 Ibid., p. 101-102.
115 Ibid., p. 99.
116 Ibid., p. 101.
117 BRAUNER. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. 2004, p. 259.

> assegura a toda pessoa o direito de construir vínculos familiares e de manter relações afetivas, sem qualquer discriminação.

Assim, sem sombra de dúvidas, por decorrência do texto constitucional, consagrou-se uma nova família dentro do sistema jurídico brasileiro, chamada de *eudemonista*, constituída pela afetividade - e não pela vontade –, na busca da felicidade e da realização pessoal de cada um dos seus integrantes.[118]

Na seara da família contemporânea, portanto, pouco importa se os pais são casados ou não, se há lanços sanguíneos ou não, porque ela é multifacetária e aberta, acolhendo qualquer modelo de arranjo familiar.[119]

A par desse posicionamento, Guilherme Calmon Nogueira da Gama[120] ainda acrescenta um novo elemento – o estímulo jurídico à dissolução do núcleo familiar que não cumprir com o papel que lhe é dado, o desenvolvimento de seus componentes:

> A convivência saudável e a afeição entre os familiares deverão ser os ingredientes que permitirão a proteção da família, aí considerada na pessoa de seus componentes. Do contrário, o ordenamento jurídico estimula a desconstituição das famílias que não vêm exercendo a função social para qual teriam sido constituídas: o pleno atendimento aos interesses existenciais das pessoas que as integram.

À guisa de conclusão, como leciona Maria Berenice Dias[121], a família atual identifica-se pela comunhão de vida, de afeto, de liberdade, de solidariedade. Por isso, imperioso o reconhecimento de um conceito de família que lhe tenha, na forma mais genuína, como função, não mais existindo razões de qualquer natureza para justificar a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida dos indivíduos[122] e nas opções que fizeram ao decidir por constituir uma entidade familiar, quaisquer que sejam os contornos adotados.

Por outro lado, urge ressalvar que, muito embora não se desconheça que a afetividade tornou-se elemento nuclear da união familiar, visando a conferir dignidade à pessoa humana, essa repersonalização de modo algum significa um retorno ao humanismo vago ou ao individualismo liberal, como poderia ser ventilado, mas sim o prestígio ao afeto

---

118 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 54.
119 RENON. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009, p. 114.
120 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 121.
121 DIAS. Op. cit., p. 55.
122 Ibid., p. 55.

de uma pessoa pelos demais integrantes do seio familiar e ao humanismo baseado na solidariedade, que pressupõe a existência do outro.[123]

Eis o cenário em que se insere a nova configuração familiar brasileira, vale dizer, um ambiente plural em que deve predominar o afeto e a vontade de cada um dos membros do grupo familiar de permanecer inserido nesse núcleo, enquanto perdurar o afeto, independentemente da maneira como os laços foram constituídos. Em vista disso, o capítulo seguinte se ocupa de tratar dos princípios que permeiam as relações afetivas contemporâneas e de tentar conceituar o que de fato é união estável e delimitar seus efeitos jurídicos, discutindo ainda se, ao reconhecer a união estável ao casamento, o constituinte a equiparou, para fins jurídicos, ao casamento.

[123] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *In.:* DEL´OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). *Direito de família contemporânea e os novos direitos* . Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 113-114.

2. A UNIÃO ESTÁVEL NO CONTEXTO DA FAMÍLIA EUDEMONISTA

No capítulo anterior, destacou-se que o modelo contemporâneo do que se tem por família tem como base as ligações criadas pelo afeto e pela liberdade de constituição. É nesse contexto de repersonalização das relações afetivas fundado na solidariedade e na existência do outro, dentro de ambiente plural, que surge a união estável.

Diante das circunstâncias já expostas, impende apresentar alguns princípios relevantes à configuração do companheirismo, porque justificam o instituto, analisar os requisitos criados pela lei, doutrina e jurisprudência para delimitar esse tipo familiar e, por fim, discutir se há ou não hierarquização entre ele e o matrimônio.

2.1. PARA ALÉM DO AFETO: ALGUNS DOS PRINCÍPIOS DA FAMÍLIA EUDEMONISTA

As normas constitucionais detêm atributos essenciais das normas jurídicas, contendo uma ordem que, em caso de descumprimento, dá ensejo ao manejo de mecanismos de coação, a fim de assegurar-lhes a imperatividade.[124] Como observa Flávio Tartuce[125], os princípios constitucionais, na realidade atual, ganharam um novo papel social, aplicável às relações particulares, servindo como norte para o direito privado guiar-se. Muitas cláusulas gerais foram deixadas pelo legislador para o preenchimento por parte do operador jurídico. [126] Tanto é assim que o Código Civil de 2002 pretendeu ajustar-se à realidade social, levando para seu texto inúmeras mudanças legislativas ocorridas ao longo dos tempos, garantindo à família contemporânea um tratamento condizente com a realidade, de onde advém a incorporação de relevantes princípios ao Direito de Família.

Inúmeros são os princípios que regem as entidades familiares contemporâneas. Por isso, sem pretender esgotar a matéria, limitar-se-á o presente trabalho a analisar alguns princípios relevantes para o deslinde do problema central estudado. Para tanto, ainda que

---

124 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 65.

125 TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. In.: Temas atuais do Direito de Família. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em 15.07.2010.

126 Essa *eficácia irradiante* é atribuída à *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, os quais operam não propriamente como princípios e garantias nas relações havidas entre individuo e Estado, senão como *princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional*. Passa a existe, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, uma função outorgada a tais direitos na busca por parâmetros que possibilitem a criação e constituição de instituições públicas que assegurem o conteúdo material das garantias presentes na Carta Política: "A descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação." (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.151).

não se desconheçam as variadas classificações feitas pela doutrina especializada a respeito dos princípios do Direito de Família, eles serão apresentados de maneira única, passando ao largo de discussões sobre serem princípios gerais ou específicos, constitucionais ou infraconstitucionais, porque tais divisões não guardam relação com o fim que a presente pesquisa pretende alcançar.

2.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III[127], o princípio da dignidade da pessoa humana[128] é visto pela doutrina e jurisprudência como fundamento do Estado Democrático de Direito e valor nuclear da ordem constitucional[129], pois representa o epicentro axiológico da ordem constitucional a partir do qual se irradiam os efeitos sobre o ordenamento jurídico, não apenas em relação aos atos estatais[130], tanto negativos, quanto positivos, visto que, além do dever de abster-se da prática de atos contrários à dignidade da pessoa humana, o Estado deve não só ocupar-se da promoção da dignidade dos cidadãos[131], mas também quanto às relações privadas.

Para Rodrigo da Cunha Pereira[132], a dignidade é o valor intrínseco ao homem, que o diferencia e o faz superior às coisas, tornando-o pessoa. Na visão de Luís Roberto Barroso[133], "a dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo". Segundo Ingo Wolfgang Sarlet[134], o princípio ora abordado é o "reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana".

---

127 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

128 A respeito do termo, apenas por precisão conceitual, ressalta-se a definição de Ingo Wolfgang Sarlet: "por dignidade da pessoa humana entende-se a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer adote cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nosdestinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

129 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 61-62.

130 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 60.

131 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 62.

132 PEREIRA. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2006, p. 96.

133 BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em 08.08.2010, p. 20.

134 SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2007, p. 124.

Destaque-se que, diante de inúmeras possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas são reconhecidas pelo conhecimento convencional e que em muito guardam relação com o objeto do presente trabalho, quais sejam, a de que o indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como meio, e a de que os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, sendo, por isso, merecedores de reconhecimento.[135] Por conta disso, a dignidade da pessoa humana costuma ser tutelada por uma função de proteção e defesa contra atos degradantes ou desumanos, contra o Estado e contra a comunidade em geral e por outra função de promoção da participação ativa da pessoa humana na vida comunitária, dando-lhe condições mínimas de convivência[136], o que, em última análise, significa que a dignidade da pessoa humana deva ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos, permitindo o resguardo e a promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.[137]

Acerca do princípio em comento no plano do Direito de Família, Guilherme Calmon Nogueira da Gama[138] ressalta que, dentro de um núcleo familiar, "incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais". Ainda prossegue o jurista:

> Atualmente, a dignidade da pessoa humana atua no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas humanas que integram a entidade familiar, ainda que sob o prisma social haja tanta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente das crianças, dos adolescentes e dos idosos.

Inegável, portanto, a importância do referido princípio para o Direito de Família contemporâneo. Acrescenta-se a isso o fato de que tal dignidade apresenta profunda relação com todos os direitos fundamentais, já que, como apontado por Alexandre Pasqualini[139], ambos atuam no centro do discurso jurídico constitucional, configurando espécie de código genético, em cuja unifixidade mínima convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática.

---

135 BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*.. Acesso em 08.08.2010, p. 21.

136 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 69.

137 Ibid., p. 71.

138 Ibid., p. 71.

139 PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 80-81.

2.1.2. Princípios do pluralismo democrático, da liberdade e da não intervenção estatal

O princípio do pluralismo democrático, constante no artigo 1º, inciso V, da Carta Política[140], está intimamente ligado à liberdade de escolha do modelo e da espécie de família a ser constituída, o que se relaciona à evolução dos tempos, com reflexos imediato no Direito de Família, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama[141]:

> A passagem do modelo autoritário para o período notabilizado por valores democráticos, em termos políticos, também se refletiu no campo dos princípios gerais de Direito de família. Assim, a passagem do modelo único, patriarcal e hierarquizado para o modelo plural, igualitário e humanista, em matéria de entidades familiares, reflete a encampação dos valores democráticos também no grupo familiar, com igual dignidade, respeito e consideração a todos os seus integrantes, sejam crianças, adolescentes, adultos (ou idosos), homens ou mulheres, havidos no casamento ou fora do casamento etc.

Não diferente da dignidade humana, a liberdade, prevista expressamente no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal[142], tem como razão de existir a preocupação do constituinte em acabar com perseguições de qualquer ordem dentro de um Estado pluralista.[143] Para Luís Roberto Barroso[144], um Estado Democrático de Direito deve assegurar o direito do indivíduo de escolher entre várias alternativas possíveis e propiciar condições para que elas possam se efetivar. Caracteriza-se, também, pela não-intervenção estatal na esfera de intimidade dos indivíduos, os quais gozam de autonomia privada para dispor sobre seus interesses.[145]

No âmbito do Direito de Família, isso significa autonomia privada para escolha da maneira de constituição, de manutenção e extinção da entidade familiar, protegida de qualquer influência externa. É justamente nesse contexto que o modelo tradicional de família foi submetido pelo agrupamento eudemonista.[146]

Em nível infraconstitucional, a corporificação de tal princípio em sede de Direito de Família ocorre no corpo do artigo 1.513 do Código Civil, que prevê ser "defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

---

140 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.

141 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 74.

142 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

143 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 63.

144 BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Acesso em 08.08.2010, p. 18.

145 TARTUCE. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Acesso em 15.07.2010.

146 DA GAMA. Op. cit., p. 75-76.

Contudo, a liberdade de escolha de constituição familiar exige o respeito à liberdade alheia e à dignidade de todos. Ela representa uma opção valorativa pela autonomia e o ônus derivado desta. O Estado intervém na autonomia individual para proteger integrantes dos núcleos familiares se estes apresentarem-se ameaçados.[147] Como lembrado por Flávio Tartuce[148], ainda que defeso ao Estado intervir nas relações familiares, poderá o ente estatal incentivar, por exemplo, o controle de natalidade e o planejamento familiar. Isso significa que a postura negativa estatal não pode ser absoluta, devendo, por isso, ser ponderada[149] em razão de outros princípios.

Diante da reconhecida liberdade que o cidadão goza, fica evidente que a postura de controle estatal das relações familiares não mais encontra guarida em nosso sistema jurídico. Como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira[150], "a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros". Essa defesa da menor intervenção estatal está ligada à autonomia privada, que superou os limites do direito patrimonial e atualmente apresenta-se como uma questão de extrema relevância, já que nos insere na ferrenha discussão entre o que é publico e o que é privado.[151]

2.1.3. Princípio da igualdade material e do respeito às diferenças

Considerado princípio geral de direito, a igualdade material está constitucionalizada no artigo 5º, *caput* e inciso I[152], e, dentro de nosso espectro de estudo, especializou-se no âmbito constitucional nos artigos 226, §5º, e 227, §6º, da Carta

147 CHANAN. As entidades familiares na Constituição Federal.2007, p. 53.

148 TARTUCE. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Acesso em 15.07.2010.

149 Apenas para alcançar certa precisão terminológica, destaca-se que da colisão existente entre diferentes direitos fundamentais extrai-se um impasse somente superável, para Luis Roberto Barroso, diante da análise de um caso concreto e lançando mão da *técnica da ponderação*, que se dá em três fases. Em um primeiro momento, identificam-se as normas relevantes e os seus respectivos conflitos. Feito isso, são examinadas as circunstâncias do caso concreto e as interações com os elementos normativos de maior peso para, por fim, analisar conjuntamente os diferentes grupos de normas e repercussões fáticas, apurando os pesos a serem atribuídos a cada valor, tendo sempre em mente o princípio instrumental da proporcionalidade (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada ao Código Civil e Lei de Imprensa. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, jan/mar., p. 1 – 36).

150 PEREIRA. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2006, p. 156-157.

151 Ibid., p. 154.

152 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Política[153], e, na esfera infraconstitucional, consta dos artigos 1.511, 1.566, incisos III e IV, e 1.596, do Código Civil[154].

Segundo esse princípio, a lei não pode garantir privilégios a uns e perseguir outros. Muito pelo contrário, deve regular a vida social e, por isso, dar tratamento igualitário a todos.[155] A Constituição, portanto, é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação.

Acerca da distinção entre igualdade formal e material, ensina Luís Roberto Barroso[156] que, enquanto a igualdade formal, presente na origem histórica liberal do princípio, impede o surgimento de uma hierarquia entre pessoas e veda a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas, determinando que o Estado aja de modo impessoal e deixe de selecionar a quem beneficiar ou prejudicar, visto que todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade, a igualdade material traz elementos de maior complexidade e ideologia, pois remete à idéia de justiça distributiva e social. Ao fim e ao cabo, segundo o constitucionalista, não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei (igualdade formal), sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente (igualdade material).

Nesse diapasão, dentro do espectro do Direito de Família, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama[157],

> Nenhum princípio constitucional provocou tão profunda transformação do Direito de Família quanto o princípio da igualdade entre homem e mulher nas relações matrimoniais e convivenciais, e entre filhos no segmento da parentalidade. Se, no passado, a legitimidade da família constituía instituto demarcador das fronteiras entre o lícito e o ilícito no campo das relações familiares e definia a titularidade (ou não) de situações jurídicas ativas, atualmente o princípio da igualdade material atua em direção exatamente oposta, derrubando toda uma série de dogmas de discriminação e de exclusão.

Dentro do presente estudo, a igualdade manifesta-se pela equiparação das entidades familiares. O papel do princípio ora em pauta significa muito mais do que igualar

---

153 Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
Art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

154 Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.
Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

155 CHANAN. As entidades familiares na Constituição Federal. 2007, p. 52.

156 BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Acesso em 08.08.2010, p. 14.

157 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 72-73.

os cidadãos a um parâmetro previsto em lei. Na verdade, trata-se de admitir que as escolhas individuais sejam postas em um mesmo plano, que lhe confira a mesma proteção jurídica.[158]

2.1.4. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é considerado fundamento basilar das relações familiares – uma vez que é a razão principal para a existência e permanência de uma entidade familiar –, apesar de a previsão de afeto não ser explícita em nosso ordenamento jurídico, o que determina sua caracterização como princípio implícito, decorrente de uma interpretação sistemática dos artigos 226, §§3º e 6º, e 227, *caput* e §1º, ambos da Constituição Federal. A afetividade insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, superando os elementos de ordem patrimonial ou biológica.[159]

Maria Berenice Dias[160] observa que a Constituição prevê um rol de direitos individuais e sociais na busca da garantia da dignidade de todos, o que, na visão da jurista, nada mais é do que compromisso de assegurar afeto. Prova disso é que, ao se reconhecer a união estável como entidade familiar, o ordenamento jurídico inseriu esse sentimento em seu conteúdo. Da mesma forma, com a previsão de divórcio, a prevalência da afetividade tornou-se central nas relações conjugais, visto que o Código Civil de 2002 estabeleceu, no artigo 1.511, a *comunhão de plena vida*, termo que engloba o afeto, como requisito e efeito do vínculo matrimonial.[161]

A respeito do importante papel do afeto na família eudemonista, importante referir o ensinamento de Maria Berenice Dias[162] no sentido de que a família modifica-se na medida em que é dado maior destaque às funções afetivas da família, inclusive permitindo-se o surgimento de novos modelos familiares mais igualitários nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes. Ainda prossegue a doutrinadora:

> A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

---

158 Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003.
159 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 83.
160 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 69.
161 DA GAMA. Op. cit., p. 83.
162 DIAS. Op. cit., p. 70-71.

2.1.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares

Decorrente da disposição do artigo 226, §§§ 1º, 3º e 4º, da Constituição Federal, esse princípio garante proteção a inúmeras famílias que sempre viveram à margem do sistema jurídico, sem qualquer tutela estatal, pelo simples fato de não terem sido formadas a partir do matrimônio. Isso porque, antes da Constituição Federal de 1988, somente o casamento outorgava *status* de entidade familiar, enquanto que, atualmente, doutrina e jurisprudência dominantes se inclinam no sentido de que o rol de entidades familiares previsto em sede constitucional é exemplificativo e não taxativo, considerando que o principio da dignidade da pessoa humana determina o reconhecimento dos mais variados tipos de entidades familiares.[163]

Através desse preceito, houve a inclusão de espécies de família diversas daquelas decorrentes do casamento, todas elas com especial dignidade para fins de proteção estatal. Aliado ao princípio do pluralismo democrático, esse princípio permite que cada pessoa possa livremente decidir qual modelo ou espécie de entidade familiar pretende constituir.[164] Não bastasse isso, ressalta Maria Berenice Dias[165] que "excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente chancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça".

2.2. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Com o advento da Constituição de 1988, observou-se pela primeira vez, no âmbito jurídico brasileiro, o alargamento do conceito de família para além dos limites do matrimônio. Trata-se de um rompimento tardio do modelo de família exclusivamente patriarcal e matrimonializado, para se estender a tutela estatal a modelos familiares extramatrimoniais, que, muito embora já fossem socialmente aceitos, até então ainda eram juridicamente ignorados ou vistos sob um enfoque estranho ao espectro familiar.

Durante muito tempo viu-se, no Direito pátrio, o legislador regulamentar os efeitos jurídicos decorrentes dessas uniões, sem enfrentar a questão do núcleo familiar. Havia "um tratamento oblíquo e fracionado do problema"[166], porque sempre se repugnou a

---

163 PEREIRA. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2006, p. 165.
164 DA GAMA. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2008, p. 84.
165 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 67.
166 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 146.

possibilidade da existência de outros tipos de união constituídas à margem da lei.[167] Aos poucos, porém, esse tratamento hostil deu lugar ao acolhimento de soluções jurídicas amoldadas aos casos concretos, distinguindo-se o concubinato em algumas modalidades.[168]

Por conta disso, convém observar que, antes de 1988, as uniões alheias aos laços matrimoniais tinham como ponto de partida o conceito de concubinato, o qual se dividia em *puro*, concernente a uma união duradoura, sem casamento civil, cujos conviventes não mantinham laços matrimoniais ou ligações concubinárias com terceiros, e o *impuro*, que englobava o adultério, o incesto e a relação paralela e simultânea.[169] Justamente por conta dessa visão pejorativa e preconceituosa que atualmente evita-se nomear a relação baseada no companheirismo de concubinato, relegando o termo às relações mantidas paralelamente.

O tratamento indireto dado às uniões estáveis apareceu no sistema jurídico brasileiro pela primeira vez através do Decreto 2.681/1912, o qual estabeleceu uma indenização à concubina por morte de seu companheiro em estradas de ferro. Logo em seguida, o Código Civil de 1916 ignorou a existência de concubinato, na tentativa de proteger a família matrimonializada, inclusive punido as relações extramatrimoniais, ao proibir doações entre os concubinos, instituição de seguros e a nomeação da concubina como legatária no testamento de seu convivente.[170]

Após isso, sobrevieram legislações no afã de disciplinar o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Decreto-lei nº. 4.737/1942, Lei 883/1949, Lei 6.515/1977), as quais se limitavam a abordar os efeitos jurídicos decorrentes e indiretos da relação concubinária, sem adentrar no mérito da relação concubinária. No âmbito previdenciário, houve o Decreto-Lei nº. 7.036/1944, a Lei nº. 6.367/1975 e a Lei nº. 8.213/1991, instituindo a possibilidade de a companheira receber indenização do companheiro que viesse a falecer em decorrência de acidente trabalho, desde que este não fosse casado e a tivesse incluído como beneficiária. A companheira ainda foi inserida como dependente do contribuinte falecido, por conta da entrada em vigor da Lei nº 6.194/1974. Por fim, quanto às locações urbanas, as Leis nº. 6.649/1979 e 8145/1991, permitiram ao companheiro sobrevivente a continuação da locação celebrada pelo falecido.

No ano de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, prevendo que a comprovação da sociedade de fato entre os concubinos autorizava a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, o que, na visão do Ministro Carlos Alberto Menezes

---

167 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 156.
168 BRAUNER. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. 2004, p. 260.
169 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 394-395.
170 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 158.

Direito[171], reconhecia que o concubinato, por si só, não gerava qualquer direito patrimonial, sendo fundamental a comprovação da contribuição de ambos os concubinos para a aquisição do patrimônio durante a convivência. A Súmula 382, por sua vez, dispôs que a vida em comum sob o mesmo teto não era indispensável à caracterização do concubinato. Nesse contexto, o ensinamento do citado Ministro[172]:

> A construção dos julgados para reparar a injustiça decorrente do desconhecimento legal da vida concubinária alcançou duas vertentes. A primeira, atribuindo à companheira que durante longa convivência prestou serviços domésticos ao concubino o direito à indenização por aqueles serviços. A segunda, foi aquela consagrada na já citada Súmula 380 do colendo STF. Na verdade, o que se procurou consolidar foi a idéia da inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, "pois o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação da mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber a herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento", como mostrou Edgar Moura Bittencourt.

O reconhecimento de outras formas de família além do matrimônio foi gradual e decorrente do esforço hermenêutico, obrigando o enfrentamento das mais distintas realidades afetivas por parte dos aplicadores do Direito.[173] Assim, as mudanças sociais eram evidentes, de modo que a Constituição, enquanto organizadora da sociedade e dos princípios fundamentais que a regem, não poderia por mais uma vez abster-se de incluir essa transformação no âmbito familiar. Diante disso, sobreveio a redação do artigo 226, §3º, da Constituição Federal:

> 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.

Contudo, parte da doutrina pondera que o texto constitucional não pode ser tido como criador de novas instituições familiares, visto que apenas tratou de abordar fatos presentes no cotidiano e que clamavam por regulamentação, sendo que há muito eram objeto de análise doutrinária e jurisprudencial, mas que ainda eram legislativamente ignorados. Ademais, a existência fática de uma instituição como família não tinha sentido se a norma legal a desconsiderava e não lhe conferia a especial proteção que o Estado, por meio de uma positivação constitucional, fornecia às famílias normatizadas.[174]

---

171 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da união estável como entidade familiar*. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br>. Acesso 29.07.2010, p. 5.
172 Ibid., p. 5-6.
173 BRAUNER. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. 2004, p. 261.
174 BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. *Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002*. 2006. 135 f. Dissertação (Mestado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 2006, p. 40.

Com efeito, como refere Guilherme Calmon Nogueira da Gama[175], o reconhecimento da união estável pelo constituinte é expresso, tanto que o verbo "reconhecer" é utilizado com o significado de que o companheirismo já havia se estabelecido, fática e socialmente, como espécie de família, o que significaria a reparação de um erro histórico. Nessa esteira, deu-se fim à ausência de respaldo legal aos que viviam sob essa forma de vida em comum e eram discriminados justamente porque o sistema jurídico pátrio não reconhecia a forma alternativa de vida em conjunto.[176]

Assim, com a promulgação da Carta Magna de 1988, as disposições inovadoras atribuíram novo sentido às entidades familiares, trazendo consigo relevantes modificações no sistema jurídico nacional, a fim de serem incorporadas as transformações havidas.[177] Nesse passo, a sociedade concubinária deixou de assim ser reconhecida, para ser alçada ao patamar de família, ganhando, a partir de então, um novo termo: a união estável. Com isso, estendeu-se a ela o manto da proteção estatal, dando-lhe os mesmos termos de igualdade de condições que sempre gozou a família matrimonializada. Dessa forma, reconheceu o constituinte que a família é muito mais do que um conjunto de pessoas caracterizado a partir da existência de um par de cônjuges ou de pais: ela serve para denominar outras vinculações grupais articuladas[178], sobretudo pela existência de afeto.

Dentro do cenário posto, faz-se necessário trazer à baila o pensamento do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama[179]:

> Não há, portanto, como negar a existência de profundas transformações no seio da família, não somente sob o prisma exterior como também e, principalmente, levando em conta as relações internas mantidas entre os seus partícipes. Ora, a visão atual e consentânea com a realidade não pode olvidar que as uniões formadoras de família espelham a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, além de se fundarem em valores psíquicos e próprios do subjetivismo humano.

Como a norma constitucional acerca da união estável expressa na Constituição de 1988 mostrou-se carente de aplicação imediata, fazia-se necessário o enfrentamento da questão no plano infraconstitucional. Duas leis ordinárias, então, ocuparam-se com a união estável. Para Rodrigo da Cunha Pereira[180], essas leis, de forma contraditória, deram

---

175 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo – uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.
176 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 143.
177 BRAUNER. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. 2004, p. 261.
178 DA GAMA. Op. cit., p. 90.
179 Ibid., p. 91.
180 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*. In.: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 220.

elementos para a compreensão do que viria a ser uma união estável, sendo a mais recente mais aberta e que melhor traduziu o que vem a ser união estável.

A Lei n. 8.971/1994 instituiu o direito dos companheiros aos alimentos e à participação na sucessão. Para que fosse configurada a união estável, passou-se a exigir a comprovação de convivência por período superior a cinco anos ou a existência de prole comum, "como se isso purificasse a relação".[181] Além disso, a constituição da união estável era reconhecida apenas quando formada por pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas. Excluídos, portanto, restaram os separados de fato. A referida lei assegurou, ainda, ao companheiro sobrevivente, o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus* e, no caso de inexistência de descendentes ou ascendentes, incluiu o companheiro na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo, tal qual o cônjuge.[182]

Não demorou muito para que surgisse a Lei n. 9.278/1996, que deu efeitos mais abrangentes ao companheirismo, tocando em pontos que a lei anterior não se aventurara. Como não pretendeu abordar os pontos enfocados pela lei de 1994, mas sim complementar a disciplina anterior, houve derrogação do texto anterior, razão pela qual devem ser analisadas individualmente as regras da Lei nº. 8.971/1994 que ficaram incompatíveis com a Lei nº. 9.278/1996, preservando os artigos que não se chocaram com o texto posterior.[183]

Em suma, regulamentou a Lei 9.278/1996 a previsão constitucional constante do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, definindo a união estável, em seu artigo 1º, como entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Para a verificação da união estável, tornou-se prescindível o prazo de convivência e passou-se a admitir que pessoas separadas de fato optassem por esse modelo de família. Ratificando o reconhecimento dessa entidade familiar, a citada lei fixou a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, além de reconhecer o direito real de habitação ao companheiro supérstite. Gerou, ainda, a presunção *juris et de juri* de que os bens adquiridos onerosamente na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando discussões sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder à partilha igualitária dos bens. [184]

Já, em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o atual Código Civil, incorporando as duas leis vistas acima. Porém, o fato de o projeto Código Civil tramitar no Congresso Nacional antes mesmo da promulgação da atual Carta Política obrigou-o a submeter-se a

---

181 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 160.
182 Ibid., p. 160.
183 BARROS. *Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002*. 2006, p. 72.
184 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 161.

várias modificações, "daí o sem-número de emendas que sofreu, tendo sido bombardeado por todos os lados. Assim, o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho". [185]

Rodrigo da Cunha Pereira[186] ainda observa que, na realidade, as mudanças e evoluções introduzidas pelo Código Civil de 2002 foram, na realidade, apenas adaptações dentro de uma estrutura antiga:

> Em outras palavras, o novo Código Civil manteve a mesma organização estrutural do Código de 1916, fazendo variações dentro dessa mesma estrutura. E uma dessas variações e modificações na sistematização foi a inclusão da união estável em sua estrutura organizacional.

Assim, o atual conceito de união estável decorre da leitura do artigo 1723, *caput*, do Código Civil:

> Art. 1.723. 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.
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Eliminou-se, como se vê, a demarcação de tempo para caracterização da união estável, como já ocorrera no texto da lei de 1996.[187] Além disso, o §1º do referido artigo dispôs acerca da impossibilidade de configuração de união estável se presentes os impedimentos matrimoniais do artigo 1.521, excetuando as hipóteses do separado judicialmente e do separado de fato[188], abandonando definitivamente a previsão contida na Lei nº. 8.971/1994, ao ratificar o texto da Lei nº. 9.278/1996.

2.2.1. Requisitos para a caracterização da união estável

Não há dúvidas de que nem todo relacionamento afetivo mantido sem os laços matrimoniais pode ser considerado como união estável. Por conta disso, alguns requisitos devem delimitar os contornos da união estável.

Maria Helena Diniz, consubstanciando uma visão mais conservadora do Direito de Família, pretende que a união estável tenha aparência de casamento perante terceiros. Por isso, apresenta como elementos essenciais da união estável a *diversidade de sexos* e *continuidade das relações sexuais*, a *ausência de matrimônio civil válido e de impedimento*

---

185 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 31.
186 PEREIRA. *Da união estável*. 2004, p 220.
187 Ibid., p 222.
188 BARROS. *Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002*. 2006, p. 82.

matrimonial, a *notoriedade de afeições recíprocas*, a *honorabilidade*, a *fidelidade ou lealdade*, a *coabitação*, a *colaboração da mulher no sustento do lar*. Quanto aos elementos secundários, que, embora não sejam exigidos, valorizam a entidade familiar, elenca a *dependência econômica da mulher ao homem*, a *compenetração das famílias*, a *criação e educação pela convivente dos filhos de seu companheiro*, o *casamento religioso*, o *casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente*, a *gravidez e* os *filhos da convivente com o homem com quem vive*, a *situação da companheira como empregada doméstica do outro*, a *maior ou menor diferença de idade entre os conviventes* e a *existência de contrato escrito e atos e negócios jurídicos relativos à união*.[189]

Contudo, nem todos os requisitos apresentados pela jurista podem prevalecer dentro do ordenamento jurídico, sob pena de se descaracterizar o instituto da união estável, como relação fática que é, inclusive porque o conceito apresentado traz requisitos anacrônicos, que há muito já foram extirpados de nosso ordenamento, como veremos a seguir.

Inicialmente, cumpre destacar que o posicionamento acerca da obrigatoriedade da diversidade de sexos entre os companheiros parece perder forças dentro de nossos tribunais. Muito embora ainda seja muito recente no Brasil, paulatinamente ganha espaço a tendência de reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis[190], estendendo-lhes os

---

189 DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro*. 2010, p. 375-393.

190 "EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS. PROCEDÊNCIA. A Constituição Federal traz como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV). Como direito e garantia fundamental, dispõe a CF que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, caput). Consagrando princípios democráticos de direito, ela proíbe qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto a sexo, sendo incabível, pois, discriminação quanto à união homossexual. Configurada verdadeira união estável entre a autora e a falecida, por vinte anos, deve ser mantida a sentença de procedência da ação, na esteira do voto vencido. Precedentes. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (SEGREDO DE JUSTIÇA)" (Embargos Infringentes Nº 70030880603, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 14/08/2009)

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: "Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo.

mesmos direitos, deveres e conseqüências patrimoniais, previdenciárias e hereditárias das uniões estáveis heteroafetivas.[191] Isso porque, como dito anteriormente, o respeito à dignidade da pessoa humana baliza nosso sistema jurídico, vedando, assim, a discriminação e os preconceitos das mais variadas origens, o que atribui igualdade e isonomia às relações jurídicas, de modo que qualquer desrespeito ou prejuízo a um ser humano em função de sua orientação sexual significa dar-lhe tratamento indigno.[192]

Não bastasse isso, Paulo Luiz Netto Lôbo[193] destaca que o constituinte, no artigo 226 da Constituição Federal, quando estipulou que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", não determinou sobre qual espécie de família referia-se, o que permite a existência de qualquer entidade familiar. Comunga desse entendimento Luís Roberto Barroso[194], ao ressaltar que, muito embora a Constituição de 1988 faça menção exclusiva à união estável entre homem e mulher, seguida pela legislação ordinária, o constituinte não exercitou o que o constitucionalista chama de "silêncio eloqüente", deixando o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito, de modo que gozando as relações entre pessoas do mesmo sexo dos requisitos essenciais para atribuição do conceito de família, quais sejam, a afetividade e a comunhão de vida, não há como negar-lhe tal

---

Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. [...]"(REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010)

191 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 159.

192 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 187.

193 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos* numerus clausus. In. DE FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). Temas atuais de direito e processo de família. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

194 BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Acesso em 08.08.2010, p. 27.

requisito, ressalvando ainda que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar.

Acerca dessa tendência contemporânea, Rodrigo da Cunha Pereira[195] ensina que:

> É preciso que o Direito esteja acima dos conceitos estigmatizantes, porque das relações de afeto, hetero ou homossexuais, decorrem conseqüências patrimoniais, e não dar a cada um o que é seu foge dos ideais de justiça. Interessa, ao Direito então, saber se as relações homossexuais duradouras, contínuas, estáveis e monogâmicas constituem uma entidade familiar, ou mesmo união estável nos moldes da união heterossexual.
> A decisão sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo não pode significar apologia da homo ou da heterossexualidade, ou de minorais, pois estas divergem nas premissas e argumentos que fundam suas posições. O objetivo de trazer a discussão das relações homoafetivas para o Direito é o de se pensar no ideal de justiça e da não-expropriação da cidadania, a consideração e a inclusão das diferenças no laço social.

Nesse sentido, ainda se faz imperiosa a observação do constitucionalista Luís Roberto Barroso[196]:

> As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma conseqüência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interditado pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança.

Prosseguindo-se na análise dos elementos da união estável, não menos controvertida é a questão da sua formação quando um dos companheiros mantiver casamento civil válido ou se, entre os companheiros, houver causa impeditiva de casamento. Isso porque, muito embora a doutrina e a jurisprudência dominantes militem no sentido de não se estender aos companheiros nessas condições o *status* de companheiros, mas tão-somente de concubinos, sob argumento de preservação da monogamia, esse posicionamento já vem sendo relativizado.

É o que ensina Maria Berenice Dias[197], quando diz que "nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. No entanto, em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe.". Prossegue a jurista[198]:

---

195 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 155.
196 BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Acesso em 08.08.2010, p. 7.
197 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 167.
198 Ibid., p. 167.

> Tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas nem por isso há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las.
> Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro.

No mesmo sentido, em julgado proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, restou reconhecida a possibilidade de união estável paralela ao casamento:

> APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DA UNIÃO. DEMONSTRAÇÃO CABAL. Caso em que a prova dos autos mostrou à saciedade que o falecido, apesar de casado, manteve verdadeira união estável com a apelada. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70036915361, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/08/2010)

Ademais, como corolário da série de modificações experimentadas hodiernamente pela comunhão de vida, outra tendência que toma espaço entende ser desnecessária a coabitação para a caracterização da união estável, mesmo porque atualmente já há casamentos em que os cônjuges não dividem mais a mesma residência.[199] Esse entendimento jurisprudencial vem sucessivamente ganhando força[200], já tendo, aliás, se posicionado o Supremo Tribunal de Federal, no longínquo ano de 1964, a esse respeito:

---

199 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 29-30.

200 APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMPROVADOS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA COABITAÇÃO. PRECEDENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL E DA SÚMULA 382 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tratando-se a união estável de instituto de marcada aproximação ontológica do casamento, com graves e eventualmente perenes efeitos sobre a vidas das pessoas, seja no âmbito do direito obrigacional, seja no que tange a alimentos, ou mesmo ao patrimônio, é mister que a prova fática, - pois que relação jurídica eminentemente de fato-, seja robusta e concludente, recomendando, além do que, interpretação restritiva, sob pena de desvirtuamento do instituto que, em última análise, teve ingresso no mundo jurídico brasileiro como forma de proteção do Estado à família. Hipótese em que restou evidenciada a condição similar a de casados, porquanto visíveis os requisitos da continuidade, publicidade e estabilidade. APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS PELA EX-COMPANHEIRA. ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA DECORRENTE DO COMPROMISSO DE SOLIDARIEDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.694 DO CC. No caso, observa-se que não restou comprovada a necessidade da ex-companheira de receber alimentos do varão. Aliás, a prova carreada aos autos evidencia a total impossibilidade de o ex-companheiro prestar alimentos, porquanto responsável pelo pagamento de pensão alimentícia à filha de 19 anos de idade. Ausência, ainda, de prova da incapacidade laborativa da apelante, que embora possua 60 anos de idade, percebe aposentadoria do INSS e trabalha como costureira. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. RECURSOS DESPROVIDOS. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70030759864, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 26/05/2010)

> Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato.

Por outro lado, ainda que não seja exigida a coabitação, necessária é a manutenção de relações regulares, seguidas e conhecidas – nem que seja restrita a um grupo limitado de pessoas. Maria Berenice Dias[201] diz que, quando o legislador usou o vocábulo "público", pretendia exigir a "notoriedade", sendo que ambos vocábulos têm significados distintos, porque nem sempre o fato notório é público, muito embora o que seja público sempre seja notório. "A publicidade denota a notoriedade da relação no meio social freqüentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de 'como se casados fossem'" [202].

A esse respeito, Rodrigo da Cunha Pereira[203] faz importante ressalva:

> Entretanto, não é também elemento essencial para a caracterização do instituto e poderá perfeitamente, em caso de necessidade, ser provada a relação por testemunhos de pessoas do círculo mais restrito e íntimo de amizade. Na verdade, a notoriedade era um elemento importante quando não se fazia ainda a distinção entre concubinato e união estável. Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, esse elemento perde um pouco o sentido caracterizador para a união estável, uma vez que o seu requisito básico é a monogamia e, sendo assim, não há por que ser uma relação clandestina.

No tocante ao dever de lealdade, que substituiu no Código de 2002 a fidelidade, entende Rodrigo da Cunha Pereira[204] que aquela é um gênero no qual esta está inserida como elemento do princípio da monogamia. Na visão do jurista, pretende-se, na realidade, que a união seja mantida com base no respeito, na consideração ao companheiro e no *animus* da preservação da relação patrimonial, o que indicaria uma postura mais ampla e aberta do legislador, pois não se restringe à questão sexual, abrangendo a exigência de honestidade mútua dos companheiros.

Detalhadamente Paulo Nader [205] distingue os deveres de lealdade e fidelidade:

> Lealdade é princípio de ordem moral. Seu conceito confunde-se com o de fidelidade e este não se restringe à exclusividade nas relações amorosas. Ser fiel ou leal na relação é não faltar com a sinceridade, é ser autêntico com o companheiro. Agir com lealdade é corresponder à confiança do companheiro. Quebra o dever de lealdade o companheiro que namora ou mantém relações íntimas com terceira pessoa, traindo o compromisso de fidelidade, implícito na união estável. Para Carlos Alberto Menezes Direito, o legislador foi feliz ao substituir o vocábulo fidelidade por lealdade, que seria mais abrangente e

---

201 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 264.
202 Ibid., p. 264.
203 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 30-31.
204 Ibid., p. 31-32.
205 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 595.

> não teria "a conotação opressora na relação de amor". Lamentou o eminente magistrado que igual critério não tenha sido empregado no art. 1.566, que manteve a expressão fidelidade recíproca. Não obstante a importância dos vocábulos, mais significativa é a mentalidade dos intérpretes. Se estes não se engajam no pensamento da época, interpretarão os novos textos ao velho estilo.

Caio Mário da Silva Pereira[206], a seu turno, entende que, em uma interpretação literal, apenas o cônjuge tem o dever de ser fiel, enquanto aos companheiros cabem os deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos; não se justificando, contudo, atribuir tratamento diverso às entidades familiares quando se está diante de valores essenciais tanto para cônjuges, quanto para companheiros. Porém, na lição de Álvaro Villaça Azevedo[207], o descumprimento do dever de lealdade provoca injúria grave, que, no casamento, representa o adultério, a quebra do direito-dever de fidelidade. Inexistente na união estável o adultério, restringem-se os companheiros ao dever de serem leais.

Maria Helena Diniz[208], por sua vez, assim como grande parte da jurisprudência, trata o dever de fidelidade e de lealdade como se sinônimos fossem, enquanto, por outro lado, Maria Berenice Dias[209] defende que, inexistindo o dever de fidelidade, seria dispensável a obrigação de fidelidade na união estável, o que inclusive possibilitaria o reconhecimento de vínculos paralelos, pois, "se os companheiros não têm o dever de serem fiéis nem de viverem juntos, a mantença de uma união não desconfigura nenhuma delas".

No mais, quanto aos elementos secundários apontados por Maria Helena Diniz, parecem ser de todo desarrazoados, diante da atual conjuntura vivida, não servindo de prova para configuração da união estável. Ora, é pacífico que, cada vez mais, surgem relacionamentos baseados na convivência de duas pessoas economicamente independentes, não se podendo exigir que, para configuração de um núcleo familiar, um de seus componentes esteja subjugado ao mando econômico de outro. Da mesma forma, desnecessário que um de seus membros auxilie no sustento do lar, seja trabalhando em serviços domésticos, seja investindo seus proventos em favor da família, porque o elemento necessário para sua verificação é o afeto, sendo que cada entidade familiar organiza-se da maneira que tiver condições e que melhor aprouver aos seus componentes.

Nesse mesmo passo, a existência de filhos também não é determinante para a configuração da união estável. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira[210], "se fosse determinante, os casais sem filhos, casados no civil e no religioso, não poderiam constituir uma família, assim como aqueles que optaram por não ter filhos ou mesmo não puderam tê-los por razões biológicas ou genéticas".

---

206 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 546.
207 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2002, p.445.
208 DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro*. 2010, p. 387.
209 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 169.
210 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 32.

2.2.2. Os efeitos da união estável

Com efeito, o artigo 1.724 do Código Civil prevê as mesmas conseqüências pessoais que o legislador, no artigo 1.566 do mesmo diploma, estabeleceu para o casamento, salvo a coabitação, como se pode ver abaixo:

> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.
>
> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
> I - fidelidade recíproca;
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
> III - mútua assistência;
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
> V - respeito e consideração mútuos.

Vistos no item anterior os deveres apontados pelo Código sob o prisma de elementos caracterizadores da união estável, oportuno destacar que, a partir do dever de assistência moral e material entre os companheiros, surge a possibilidade de pleito de alimentos pelo rito especial na união estável, caso provado o vínculo familiar[211], estendendo-lhes as mesmas garantias com as quais contam os cônjuges[212]:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

A esse respeito, ensina Maria Berenice Dias[213] que o único requisito para a concessão de alimentos em favor do companheiro é a prova da necessidade, de modo que, presentes indícios da existência da união estável, da possibilidade do alimentante e da necessidade do alimentado, possível inclusive a concessão de alimentos provisórios. Além disso, ainda destaca a doutrinadora que a obrigação alimentar não ocorre apenas entre os companheiros, mas também em relação ao vínculo de afinidade em linha reta.

---

[211] Maria Berenice Dias observa que, para que haja ação de alimentos, deve se dispor de prova constituída da relação ou, ao menos, indícios que levem aos reconhecimento do vínculo, sob pena de se tornar inviável o manejo de tal via. Prossegue: "Porém, em face da possibilidade de antecipação de tutela (CPC 273), basta prova que convença da verossimilhança do direito, para que sejam postulados, a título provisório, alimentos também na ação de rito ordinário, vez que viável a antecipação dos efeitos condenatórios e executivos de eventual sentença de procedência". (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 182-183).

[212] BARROS. *Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002*. 2006, p. 84.

[213] DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 182-183.

Um segundo efeito da união estável vem contido no artigo 1.725 do Código Civil, que dispõe acerca do regime de bens entre companheiros.

> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Dessa forma, assim como no casamento, o regime da comunhão parcial de bens é considerado o regime legal para a união estável, o que significa que os bens adquiridos antes do início da união estável ou amealhados durante a relação a título gratuito são de propriedade exclusiva do companheiro que os adquiriu, enquanto que os adquiridos a título oneroso durante o relacionamento são comuns.

Conforme Rodrigo da Cunha Pereira[214], essa novidade criada pelo legislador do Código Civil de 2002 consolidou o entendimento da doutrina e da jurisprudência, aproximando ainda mais casamento e união estável, ao tornar mais objetivos os critérios para partilha de patrimônio, em caso de inexistência de contrato de convivência, e eliminar a possibilidade de se comprovar o esforço comum. A partir da entrada em vigor da codificação civilista, tornou-se definitivo o *status* de meeiro e titular de parte do patrimônio comum, o que significa que, nos casos de adoção do regime legal, basta a comprovação da união para que a partilha se dê automaticamente, aplicando-se as disposições contidas no artigo 1.658 e seguintes do Código Civil.

Apontam-se ainda algumas diferenças entre as duas formas de constituição de família: o contrato de casamento deve obrigatoriamente ser solene, formal e público, enquanto que o contrato de união estável pode, inclusive, ser tácito e de natureza particular, já que a lei exige apenas que o instrumento seja escrito, sem nenhuma outra formalidade para a sua validade, desde que contenha manifestação inequívoca da vontade livre de ambos os companheiros, podendo até mesmo ser alterada a qualquer tempo[215]; a presunção de paternidade decorre apenas do casamento, enquanto que, na união estável, ela é apenas prova da paternidade, considerando que não há expressão legal para essa presunção[216]; a união estável não cria um estado civil e o casamento ou sua dissolução cria ou altera o estado civil[217], fato que, para Maria Berenice Dias, é inadmissível, eis que o companheirismo gera efeitos jurídicos desde a sua constituição e, assim, sem dúvidas cria

---

214 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 117.
215 Ibid., p. 39-41.
216 Ibid., p. 53-55.
217 Ibid., p. 232.

um novo estado civil, o qual deve ser reconhecido para dar segurança jurídica às relações jurídicas e evitar prejuízos aos conviventes e aos terceiros.[218]

Por fim, ainda paira larga discussão na doutrina nacional acerca da obrigatoriedade de adoção do regime de separação obrigatória de bens na união estável formada por idosos, tal qual ocorre no casamento. De um lado, Caio Mário Pereira da Silva[219] se posiciona no sentido de se estender ao companheirismo a mesma vedação legal dada ao casamento, prevista no 1.641, inciso II, do Código Civil[220]. Em sentido antagônico, com mais propriedade, Maria Berenice Dias[221] aponta haver relevante diferença nos efeitos patrimoniais para união estável e casamento constituídos por idosos, pois o casamento de idoso, sem adentrar no mérito da constitucionalidade ou não do artigo 1.641, não gera efeitos patrimoniais, o que não ocorre na união estável, visto que, por limitar direitos, não se pode aplicar interpretação análoga no caso particular, sendo necessária a previsão expressa do legislador.

Um terceiro efeito da união estável é possibilidade de sua conversão em casamento, nos termos do artigo 1.726 do Código Civil:

> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

A questão posta é bastante polêmica sob dois aspectos. Primeiramente, no plano constitucional, há incansável debate sobre se, ao prever a necessidade de se facilitar a conversão da união estável em casamento, a real intenção do constituinte não seria manter o casamento em um plano hierarquicamente superior à união estável em nosso sistema jurídico. Já, no plano infraconstitucional, indiferente à discussão na esfera constitucional, há dúvidas acerca do procedimento a ser adotado para se converter a união estável em casamento, o que exige requerimento ao juízo competente para que, na hipótese de impedimento matrimonial, haja a conversão judicial.

Contudo, como observa Rodrigo da Cunha Pereira[222], o referido dispositivo de lei não goza de aplicabilidade prática, uma vez que as resoluções específicas sobre o procedimento não facilitam a apontada conversão, o que significa ser mais simples que as pessoas que já vivem em união estável casem diretamente do que tentem converter a união estável mantida. Além disso, ao retirar do Oficial de Registro Civil a possibilidade de proceder à diligência de transformação da união estável em matrimônio, da mesma forma o

---

[218] DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 165-166.
[219] PEREIRA. *Instituições de Direito Civil.* 2005, p. 547.
[220] Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II - da pessoa maior de sessenta anos;
[221] DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 170.
[222] PEREIRA. *Da união estável*. 2004, p 228.

legislador dificultou o procedimento ao invés de facilitar, como prevê o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, o que poderia inclusive dar azo à inconstitucionalidade do artigo do diploma civilista.

Os efeitos decorrentes da união estável no plano do Direito das Sucessões serão tratados no capítulo seguinte, dada sua indiscutível importância e por ser matéria bastante polêmica, razão pela qual por ora apenas se faz menção de que a união estável acarreta efeitos jurídicos no plano sucessório.

2.3. O ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

Atualmente, em que pese muitos juristas evitem adentrar na questão, dada a sua aridez, doutrina e jurisprudência, ao se ocuparem da discussão, dividem-se em três correntes distintas, sendo duas delas completamente antagônicas no tocante à equiparação da união estável ao casamento. Tal debate ganhou espaço devido às alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226[223], ampliou o conceito de entidade familiar, dando proteção a modelos familiares diversos do casamento, como antes abordado.

A primeira corrente, de cunho mais tradicional, posiciona-se no sentido de que o constituinte não pretendeu a equiparação do companheirismo ao casamento, de modo que este, muito embora já não mais seja a única entidade familiar admitida, ainda é o único modelo de família como base do Estado. Entidade familiar, assim, não é sinônimo de família, residindo o fundamento para tanto na parte final do §3º do referido artigo constitucional, pois, ao prever que a lei deva facilitar a conversão da união estável em casamento, de forma alguma o constituinte quis equipará-los, uma vez que não há razão para se converter dois institutos idênticos, sob pena de a norma se tornar inócua.

Nesse sentido, leciona Sílvio de Salvo Venosa[224] que só há razão para se converter uma coisa em outra se ambas forem desiguais, o que ocorre na espécie, uma vez que a natureza jurídica dos fenômenos não é a mesma, já que o casamento é negócio jurídico e a

---

[223] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

[224] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* v. 6. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 44.

união estável é fato jurídico. As semelhanças entre casamento e união estável, portanto, estão restritas aos seus elementos essenciais.[225]

A respeito da regulamentação da união estável feita pelo Código Civil de 2002, Eduardo de Oliveira Leite defende que o constituinte de 1988 não pretendeu igualar a união estável ao casamento, havendo inclusive indevida atuação do legislador infraconstitucional quando, no Código Civil de 2002, alargou a proposta constitucional na tentativa de equiparar ambos os institutos.[226] Afirma ainda o jurista que, se a lei ordinária deve facilitar a conversão da união estável em casamento, o parâmetro buscado na Carta Política ainda é o casamento, apesar do reconhecimento de novas formas de entidade familiar.[227]

Filiando-se a essa corrente, Maria Helena Diniz[228] entende que as expressões "entidade familiar" e "família" não são sinônimos, sendo que esta é gênero e compreende apenas o casamento civil ou religioso, enquanto que aquela é espécie desta e pode ser formada tanto pela união estável como por um núcleo monoparental independentemente de vínculo conjugal. Defende a doutrinadora que

> a CF/88, no art. 226, §3º, 2ª parte, não pleiteou a edição de leis substantivas que conferissem direitos e impusessem deveres aos conviventes como se a união estável fosse idêntica ao casamento, mas sim de normas adjetivas que viessem a simplificar ou facilitar procedimento para conversão da união estável em matrimonio.

Pondera a citada doutrinadora[229] que, em virtude de ser a união estável uma realidade presente em nossa sociedade, acertou a Constituição em reconhecê-la como entidade familiar e garantir-lhe proteção estatal, o que não significa que tenha havido a equiparação de ambos os institutos, inclusive porque previu o constituinte a criação de facilidades para a conversão do companheirismo em matrimônio. Acrescenta que os conviventes que optarem pela união estável estarão exercendo sua liberdade de não aderir ao matrimônio, mas, por conta dessa escolha, deverão aceitar que o Estado lhes assegure tão-somente proteção. Com isso, não deverá a lei se incumbir de regular a união estável, limitando-se apenas a prever os requisitos para uma futura e eventual conversão em casamento, de modo que as Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, bem como o próprio Código Civil, são inconstitucionais quando estimulam o concubinato puro em algumas disposições legais.

---

225 VENOSA. *Direito civil*: *direito das sucessões.* 2008, p. 134.
226 LEITE, Eduardo de Oliveira. *O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e incertezas*. *In*.: CAHALI, Yussef Said; PINTO, Teresa Arruma Alvim (Coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 98-99.
227 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.
228 DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro*. 2010, p. 403.
229 Ibid., p. 435-436.

Francisco José Cahali[230], a seu turno, em prestigiado estudo acerca da matéria, divide o polêmico artigo 226, §3º, da Constituição Federal em três pontos independentes: proteção estatal à união estável como entidade familiar; conversão da união estável em casamento; relações jurídicas de direito material relativas à união estável e aos seus partícipes. Quanto ao primeiro ponto, refere não haver dúvidas de que a proteção constitucional não está adstrita ao casamento, uma vez que a família não mais se funda necessariamente no matrimônio e o constituinte deixou clara essa proteção, gozando essa parte da norma, portanto, de aplicação imediata e plena. No que toca à conversão da união estável, sustenta que se trata de norma de eficácia limitada, porque dá um comando ao legislador infraconstitucional para facilitar o procedimento, sem fixar qualquer efeito interno da essência da união estável. Por fim, no que concerne à natureza jurídica de direito material relativa do instituto, rechaça a possibilidade de ter havido equiparação das duas espécies de família, porque nada foi disciplinado pelo constituinte quanto ao companheirismo, tendo a norma eficácia limitada de princípio institutivo.[231]

Idêntico posicionamento tem Guilherme Calmon Nogueira da Gama[232], que assim concluiu:

> De maneira bem sucinta: o casamento é estimulado pela Constituição Federal, ao passo que o companheirismo é reconhecido no próprio texto, sendo que ambos, como instrumentos, devem atender ao objetivo constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana dos seus partícipes. E, nesse sentido, ao casamento ainda é reservada posição de destaque, representativa do ideal de união entre pessoas de sexos diferentes com um projeto de vida familiar em comum.[233]

Dentro da primeira corrente, Yussef Said Cahali[234] sustenta que o casamento continua mantendo sua dignidade e, exatamente por isso, a união estável entre homem e mulher não está a ele equiparada. Nesse diapasão, o jurista ocupa-se de fazer pesadas críticas à tendência do sistema jurídico brasileiro atual de agregar novos valores ao Direito de Família, inclusive culpando-a pelo que denomina de "crise familiar":

> é exatamente nesta notória mutação dos conceitos básicos, nestes "novos critérios" a que se submetem as relações do grupo societário, especialmente agora sob a pressão apologística da relação concubinária sob a forma de "entidade familiar", que reside a crise da família, na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas

---

230 CAHALI, Franciso José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 26.
231 Ibid., p. 26.
232 DA GAMA. *O companheirismo – uma espécie de família*. 2001, p. 74-75.
233 Ibid., p. 79.
234 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

> liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações entre os cônjuges.[235]

Em contramão ao já exposto, surge a segunda corrente doutrinária, cuja tese entende que houve sim equiparação entre união estável e casamento, de modo que, estando o afeto presente, todos os arranjos familiares seriam merecedores de tratamento idêntico dispensado pelo Estado.

Essa corrente, assim como parte da anterior, reconhece que a Constituição consolidou a aceitação social das uniões extramatrimoniais, dando nova dimensão à família, ao introduzir o termo generalizante "união estável" e expandir o conceito de família, de modo que também passaram a ser protegidos relacionamentos diversos do casamento, que até então eram marginalizados pela lei.[236] Mais ainda, entende que a Constituição não tratou de maneira desigual as entidades familiares elencadas em seu artigo 226, senão apenas limitou-se a elencá-las, de modo que a ordem em que são apresentadas não representa uma preferência entre elas, concluindo que "ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção". [237]

Nesse sentido, Guilherme Giacomelli Chanan[238] destaca que a Carta Magna de 1988 reconheceu a pluralidade de formas de surgimento da família, não havendo motivos para se garantir supremacia ao casamento em detrimento da união estável, quando ambos se diferenciam exclusivamente pela forma de constituição – um formal e outro informal.

Corroborando esse posicionamento, Zeno Veloso[239] considera que as famílias constituídas pelo matrimônio, pela união estável ou por qualquer dos pais com seus descentes têm a mesma importância para nossa sociedade, razão pela qual deve ser-lhes dispensado o mesmo tratamento, amparado no princípio da igualdade. A esse respeito, sublinha o citado autor o término de uma era na qual predominavam visões de mundo que classificavam as famílias "como produtos nas prateleiras das mercearias", havendo famílias de primeira classe, de segunda classe e, até mesmo, excluídas de qualquer classe.

A fim de afastar a tese de superioridade hierárquica do casamento em face da união estável, a respeito do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, Belmiro Pedro Welter sustenta que ambos os institutos são entidades familiares originadas a partir de elementos

---

235 CAHALI. *Divórcio e separação*. 2005, p. 24-25.
236 DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2009, p. 159.
237 Ibid., p. 160.
238 CHANAN. As entidades familiares na Constituição Federal. 2007, p. 60.
239 VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In.: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 246-247

comuns[240], sendo que o entendimento em sentido contrário, que duramente muito tempo dominou nosso sistema jurídico, restou afastado pelo constituinte.

Em análise detalhada do citado dispositivo constitucional, o doutrinador aponta que a expressão que inicia o artigo, "para efeito de proteção do Estado" determina que o Estado tem a mesma obrigação legal de outorgar direitos e deveres aos companheiros, assim como o faz aos casados.[241] No que toca ao dever da lei de "facilitar a sua conversão em casamento", diz que o pretendido foi a transformação da questão fática vivida pelos companheiros em questão jurídica, o que significa que, sendo a união estável objeto de prova pós-constituída, a conversão tornaria o relacionamento objeto de prova pré-constituída, consubstanciada na certidão de casamento.[242] Em outras palavras, essas famílias tornar-se-iam formais e, assim, seria mais fácil para o Estado protegê-las.[243] Quanto ao terceiro elemento, o reconhecimento "da união estável entre homem e mulher como entidade familiar", destaca ser ele justamente o equiparador da união estável ao casamento, porque reconhece ambos os institutos como entidades familiares, estendendo-lhes a proteção estatal, de forma que torna irrelevante a perquirição acerca de alguma vantagem do casamento que exclua a união estável.[244]

Em posição moderada em relação a ambas as correntes, há ainda um terceiro posicionamento, defendendo a equiparação da união estável, mas relativizando a extensão dos efeitos do matrimônio aos demais núcleos familiares.

Nessa esteira, Gustavo Tepedino[245] defende que a mudança na ótica valorativa constitucional inaugurada pela Carta Política atual impede que se pretenda dar tratamento desigual às entidades familiares previstas no artigo 226, de modo que toda e qualquer norma acerca das relações familiares tenha como suporte fático todos os tipos de entidades familiares constitucionalmente previstos, pois "a comunidade familiar não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana", não se admitindo que interpretações legais privilegiem uma espécie delas em detrimento das demais. Todavia, pondera o jurista que, muito embora as normas vinculadas às relações familiares sejam aplicadas a todas as entidades familiares, os dispositivos legais que se destinam a regular os efeitos do casamento, ato jurídico solene que é, têm outro norte: eles não incidem sobre a união estável, justamente porque dependem de uma

---

240 WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 20.
241 Ibid., p. 19.
242 Ibid., p. 51.
243 Nesse sentido, o citado autor refere que "não é pelo fato de a união estável carecer de prova material pré-constituída que não possa ser comprovada, até porque o ordenamento jurídico pátrio permite a plenarização de todas as provas lícitas. Então, a única diferença que se pode aceitar entre casamento e união estável é quanto a prova." (Ibid., p. 23).
244 Ibid., p. 56.
245 TEPEDINO. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Acesso em 06.07.2010, p. 5.

formalidade para produzirem seus efeitos. Isso ocorreria, por exemplo, no regime de bens pactuado e o título sucessório decorrente da qualidade jurídica de pessoa casa, assim como na outorga do cônjuge para constituição de fiança.

Dentro dessa linha, Paulo Luiz Netto Lôbo[246], muito embora defenda aguerridamente a inexistência de superioridade hierárquica entre casamento e união estável, pondera que, existente estatuto jurídico próprio, cada entidade familiar submete-se a ele, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra; inexistente previsão legal particular, aplicam-se à entidade familiar os princípios e regras constitucionais, os princípios e regras gerais de Direito, assim como a contemplação de suas especificidades.[247]

No âmbito do Poder Judiciário, a discussão não é menos intrincada. Tanto é assim que, diante dos posicionamentos divergentes de seus desembargadores a respeito da equiparação da união estável ao casamento e os seus reflexos no plano sucessório[248], a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul suscitou, por maioria, incidente de inconstitucionalidade nos autos do agravo de instrumento movido contra decisão que declarou inconstitucional o artigo 1790, inciso III, do Código Civil, sob o argumento de que o dispositivo legal, ao conferir tratamento desigual aos companheiros, seria inconstitucional.

Julgado como Arguição de Inconstitucionalidade, tombado sob o nº 70029390374, o incidente, em que pese fosse dominante nas Câmaras especializadas em Direito de Família e Sucessões o posicionamento favorável à equiparação da união estável ao casamento e a conseqüente inconstitucionalidade do artigo de lei acerca da sucessão do

---

246 LÔBO. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos* numerus clausus. 2004, p. 4-5.

247 Ibid., p. 18.

248 EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL. Tendo a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, equiparado a união estável ao casamento, o disposto no art. 1.790, III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resguardados na Carta Constitucional, razão para ser negado vigência ao disposto legal. À união estável são garantidos os mesmos direitos inerentes ao casamento, efeito que se estende ao plano sucessório, mormente no caso em exame onde autora e de cujus viveram more uxorio por três décadas, obtendo o reconhecimento judicial desta união como estável aos fins da C.F. Inexistindo descendentes e ascendentes, é da companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança, excluindo-se os parentes colaterais. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. SUSCITADO INCIDENTE DE RESERVA DE PLENÁRIO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70027265545, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/07/2009). Em sentido contrário: COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. NÃO AFASTAMENTO, NO CASO EM EXAME, DA REGRA DO ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, ao dispor que a companheira, concorrendo com outros parentes sucessíveis do companheiro, terá direito a um terço da herança, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Aplicação do artigo 1.787, do Código Civil. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento Nº 70025169244, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 21/08/2008).

companheiro, acabou por decidir, por maioria, em sentido contrário, consolidando a constitucionalidade do dispositivo.[249] Para o Desembargador Leo Lima, relator do citado incidente, uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico e a constitucionalização do Direito de Família impõem a sua remodelação, de modo que, se a igualdade entre cônjuges e companheiros mereceu tratamento constitucional, o ordenamento jurídico infraconstitucional deve acolher esse princípio como norte. Por outro lado, a divergência, liderada pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo e Souza, entendeu que, ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, houve distinção entre o casamento e a união estável, pois, caso houvesse equiparação entre os institutos, desnecessária seria a conversão da união estável em casamento, uma vez que já teriam status de casados os companheiros. Por maioria, foi vencido o relator, restando assim ementado o julgamento:

> INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Leo Lima, Redator para Acordão: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/11/2009)

No Superior Tribunal de Justiça, em que pese a matéria ainda não tenha sido amplamente explorada, já houve posicionamento no sentido contrário ao da equiparação do companheirismo e do patrimônio. Em um dos votos mais expressivos acerca da discussão posta, o Ministro Fernando Gonçalves, nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 736.627, proveniente do Estado do Paraná[250], não vislumbrou a almejada

---

[249] Muito embora a questão da sucessão do companheiro vá ser tratada em capítulo próprio, neste momento de nosso estudo a questão se mostra relevante porque tem como fundo a discussão da equiparação dos efeitos jurídicos da união estável ao casamento.

[250] União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar. 2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta

igualdade porque, a seu sentir, a união estável não produz alguns efeitos jurídicos próprios do casamento, sobretudo no tocante aos direitos sucessórios, havendo regras próprias para ela. Concluiu, assim, haver "grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável".

Menos rara ainda é a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Ainda que já haja posicionamento em relação ao instituto da união estável, muito pouco foi dito até o momento pelos ministros quanto à equiparação do companheirismo ao matrimônio. Um dos poucos julgados da Corte a esse respeito, datado do longínquo ano de 1995, foi proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 21449. Nele, o Ministro Octavio Gallotti afirma ser a união estável inferior ao casamento, nos seguintes termos:

> Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu, do benefício de pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo com o disposto no par. 3. do art. 5. Da Lei n. 4.069-62. A essa orientação, não se opõe a norma do par. 3. do art. 226 da Constituição de 1988, que, além de haver entrado em vigor após o óbito do instituidor, coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta naquela. Prescrição ou preclusão do direito da viúva não configuradas. Preterição, também não caracterizada, da garantia constitucional da ampla defesa do impetrante. Mandado de segurança indeferido. (MS 21449, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado 27;09;1995, DJ 17.11.1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01139 RTJ VOL-00163-01 PP-00116)

Desta feita, apresentados diversos posicionamentos existentes em nossa doutrina e jurisprudência nacionais, cumpre observar que, diferentemente do que os mais conservadores pretendem fazer crer, o reconhecimento da união estável como entidade familiar não significa que ela esteja rebaixada a uma classe inferior de família, mesmo porque não existe uma hierarquia entre os mais diversos tipos de núcleos familiares. Interpretação diversa importa uma leitura literal e restritiva do conteúdo do artigo 226, §3º, da Carta Política, como se o referido parágrafo exorbitasse o *caput* e os demais parágrafos do artigo do qual faz parte, o que não se aceita, visto que, como ensina Miguel Reale[251], um preceito não deve ser isolado de sua concatenação imediata ou dos demais preceitos que fazem parte de um sistema e que com ele se articulam logicamente. Isso nada mais é do que a interpretação lógico-sistemática da Constituição. Assim, os três modelos familiares

---

representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. 3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 736.627/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 01/08/2006, p. 436)

[251] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 279.

citados pelo constituinte são considerados famílias do mesmo modo, o que determina que a todos eles deve ser dispensada idêntica tutela estatal prevista na cabeça do dispositivo.

Não bastasse isso, também se mostra equivocada a interpretação que veda a equiparação dos efeitos da união estável ao casamento com base na possibilidade de conversão do companheirismo em matrimônio. Isso porque, como o casamento é uma união formalmente constituída, devendo estar registrada para que possa ser assim classificada, a prova de sua vigência é muito mais fácil do que a da união estável e o instituto pode inclusive representar maior segurança jurídica, de forma que se pretender dar maior registro a entidades familiares em nenhum momento significa que somente as entidades estabelecidas formalmente sejam passíveis de uma proteção maior do que àquela dada aos demais núcleos familiares.

Ainda faz-se importar frisar ser de todo descabida a idéia que muitos ainda mantêm de que qualquer união entre pessoas pode dar azo à formação de uma união estável, considerando que, como já abordado, o artigo 1.723 do Código Civil dispõe acerca dos requisitos para a configuração da união estável, amplamente discutidos por doutrina e jurisprudência. Desse modo, defender entendimento de que o instituto abarca qualquer relacionamento deslegitima o companheirismo como entidade familiar, quando, na verdade, há necessidade de preenchimento de uma série de requisitos, já que se trata de uma família.

Outrossim, quanto aos argumentos de que o reconhecimento da união estável como família poderia acarretar a crise do Estado, por ser a família sua base[252], parece-nos que tais críticas apresentam fundamento moral completamente irrelevante para o Direito e inclusive propõem uma análise do artigo 226, §3º, da Lei Maior completamente insulada do ordenamento jurídico vigente, o qual garante tutela a todas as espécies familiares, independentemente da forma de sua constituição. Assim, em última análise, com base no conceito de família previsto com a promulgação da atual Carta Política, proteger a união estável significa proteger o Estado.

Além disso, a doutrina mais tradicional tem a visão generalizante de que as pessoas optam pelo modelo do companheirismo para manter um relacionamento informal e alheio às regras do casamento, que geralmente apresenta requisitos mais formais. Todavia, tal concepção não tem razão de ser, porque, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, muitos núcleos familiares passaram ao largo da proteção estatal exclusiva do matrimônio, foram reconhecidos interna e externamente como uma família e, ainda assim,

---

[252] Nesse sentido, Yussef Cahali, em edições anteriores de seu livro "Divórcio e separação", chegou a defender que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento continuou sendo o único meio legal para inaugurar-se a família, enquanto que as demais entidades familiares eram estranhas ao Direito de Família (CAHALI, Yussef Saida. *Divórcio e separação*. t. 1. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 13).

foram mantidos durante bastante tempo, com vidas, filhos e patrimônio comuns. Assim, embora não se desconheça que muitos prefiram a união estável como se esta fosse um namoro qualificado, esses casos não podem ser tomados como regras, porque ainda hoje surgem famílias sob a forma da união estável em virtude de os seus membros estarem impedidos legalmente de casar. Esse é o caso, por exemplo, de pessoas não divorciadas ou de parceiros do mesmo gênero.

Por fim, cumpre destacar que, em que pese o fator patrimonial seja relevante em nossa sociedade, esse não é o elemento preponderante na escolha do modelo de constituição a ser adotado pela nova entidade familiar – caso essa possibilidade de fato esteja ao alcance dos envolvidos – e pode inclusive nem estar presente nesse momento. Isso porque as pessoas, via de regra, costumam não levar em conta tais aspectos no início de um relacionamento: o que as une é o amor, o desejo da vida em comum, o sonho de formar uma família. Isso vale tanto para a união estável, quanto para o casamento e, não raro, amparado na doutrina mais tradicional, acarreta grandes injustiças. Com base nisso é que se fundamenta a necessidade de igualdade de direitos em ambos os arranjos familiares.

Por outro lado, mesmo se duas pessoas pretendem unir-se sem qualquer tipo de compromisso mútuo, mas acabam efetivamente vivendo em união estável por preencher os requisitos legais, não há dúvidas de que efetivamente constituíram uma família, o que significa que sua vontade deixou de ter relevância jurídica, pois o que se tutela é a questão fática familiar, protegendo-a de todas as formas possíveis em razão de sua própria natureza e da importância dos interesses envolvidos.[253] Isso significa que as questões inerentes à família transcendem seus indivíduos, justamente porque ela serve como base para o Estado, ainda que sirva como meio de alcance da satisfação dos indivíduos.

Portanto, o fato de a união estável formar-se de maneira informal e depender, para ser caracterizada, de prova pós-constituída não significa que se deva privilegiar o casamento, porque nosso sistema jurídico atual dá maior importância para a união de pessoas em torno de um núcleo familiar com base no afeto, sendo assegurada a liberdade de escolha da espécie de família a ser constituída, bem como vedada a concessão de qualquer tipo de privilégio por conta disso, eis que é papel da lei regular a vida social e, por isso, dar tratamento igualitário a todos, assim como toca ao Estado Democrático de Direito garantir o direito do indivíduo de escolher entre várias alternativas possíveis e propiciar condições para que elas possam se efetivar.

---

[253] DAL´BELLO, Bruna. *O tratamento da sucessão na união estável no Código Civil de 2002 comparativamente à Constituição Federal de 1988: uma relação contraditória*. 2009. 95 f. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009, p. 33.

De qualquer forma, ultrapassado esse ponto, e uma vez constatada a equiparação da união estável ao casamento não só para fins de proteção estatal, mas também para concessão de iguais direitos a cônjuges e companheiros, passaremos no capítulo seguinte a apresentar a sucessão decorrente dos laços matrimoniais e do companheirismo, analisando se o tratamento dado pela legislação infraconstitucional se coaduna com a disposição constitucional de igualdade entre os variados tipos de família.

3. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO DIANTE DA IGUALDADE DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO NO PLANO CONSTITUCIONAL

Como visto anteriormente, os efeitos jurídicos da união estável e do casamento foram equiparados pelo constituinte de 1988. Apesar de inicialmente o legislador ter definido o direito sucessório do companheiro à imagem e semelhança da sucessão do cônjuge[254], observou-se, com o advento do Código Civil de 2002, o legislador infraconstitucional optar por dispensar tratamento desigual no plano do direito sucessório para ambos os modelos de entidades familiares. Atualmente, vê-se na prática, em determinados casos, ora o companheiro ser muito mais privilegiado do que se casado fosse, ora o cônjuge ter seu quinhão aumentado quando comparado ao companheiro em situação análoga.

Diante desses fatos, o presente capítulo pretende apresentar a sucessão em cada um dos casos e, ao final, tentar propor uma solução para o deslinde da questão, da qual muito vem se ocupando a doutrina e a jurisprudência nacionais.

3.1. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após a Independência, no Brasil vigoraram as Ordenações Filipinas, através das quais o cônjuge sobrevivente ocupava o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, precedido pelos descendentes, ascendentes e colaterais até o décimo grau. Isso significava ser remota a hipótese de o cônjuge receber parte da herança do *de cujus*. Com a edição do Decreto 1.839/1907, Lei Feliciano Pena, o cônjuge foi promovido para o terceiro lugar na escala sucessória.

Com o advento do Código Civil de 1916, a ordem de vocação hereditária foi mantida, mas restou reduzida até os colaterais de quarto grau. Além disso, o artigo 1.611 previa que, na falta de descendentes ou ascendentes, deveria ser deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não se encontrava dissolvida a sociedade conjugal. Na codificação de 1916, o cônjuge não era herdeiro necessário, mas apenas legítimo, de modo que, nos casamentos regidos pelo regime da comunhão parcial de bens nos quais não houvesse bens adquiridos na constância do casamento ou no regime da separação de bens, o sobrevivente poderia nada receber na sucessão do consorte falecido,

[254] VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 236.

uma vez que em tais casos não havia o direito à meação e à herança[255]. Ademais, justamente porque era herdeiro legítimo e não necessário, nada impedia que o cônjuge sobrevivente fosse afastado da herança por meio de testamento, visto que não havia obrigatoriedade de lhe ser reservada a legítima.

Visando a amenizar situações que poderiam deixar o cônjuge na total miséria, foi editada a Lei 4.121/1962, o Estatuto da Mulher Casada, o qual acrescentou ao artigo 1.611 dos parágrafos[256], prevendo, respectivamente, o instituto do usufruto vidual e o direito real de habitação. Evidente, portanto, a proteção e a assistência dadas pelo legislador em sua inovação[257], mesmo porque esses institutos serviram para atenuar a situação dos cônjuges sobreviventes excluídos do patrimônio deixado pelo falecido.

Sobreveio ainda a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, outra forma de proteção do cônjuge sobrevivente, determinando que, no regime da separação legal de bens, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam.

O Código Civil de 2002, por sua vez, filiando-se a uma tendência universal, contribuiu para a melhoria da posição do cônjuge na sucessão legítima, erigindo-o à condição de herdeiro necessário, junto a descendentes e ascendentes.[258][259] Assim, ao cônjuge sobrevivente será reservada a legítima, salvo exceções previstas na lei, o que significa que cabe ao viúvo participar da legítima, a ser dividida entre todos os herdeiros assim qualificados.[260]

Além disso, o artigo 1.829 prevê a ordem de vocação hereditária na qual o cônjuge concorre com os descendentes e ascendentes.[261] Ainda, com a inclusão do cônjuge na

---

[255] Nesse ponto, importante faz-se diferenciar os institutos da meação e da herança. "A meação é decorrente da comunhão total dos bens ou comunhão parcial em relação aos aquestos (adquiridos na constância do casamento). A herança representa exclusivamente o patrimônio particular do falecido, e a parte dele na comunhão conjugal. A meação não é objeto da sucessão, pois pertence ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento. A herança, objeto do inventário, será destinada aos sucessores (legais ou instituídos), sempre preservada a eventual meação, dela não integrante. Mesmo que o viúvo não tenha direito à meação, poderá ser convocado para receber a herança do cônjuge falecido." (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.)

[256] Artigo 1.611 do Código Civil Brasileiro de 1916: [...]. §1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*; §2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

[257] VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 235.

[258] Artigo 1.845 do Código Civil Brasileiro de 2002: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge".

[259] VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 237.

[260] CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 166.

[261] Artigo 1.829: A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

categoria de herdeiro necessário, passa a valer para ele a regra prevista no artigo 1.961 do Código Civil (mesma redação do artigo 1.741 do Código Civil de 1916), que dispõe acerca da possibilidade de os herdeiros necessários serem privados de sua legítima ou deserdados nos casos em que puderem ser excluídos da sucessão. Isso porque, apesar de a lei não identificar as condutas que possam conduzir à sua deserdação, o agir inadequado do cônjuge sobrevivente não o livra de ser excluído da deserdação por meio de testamento.[262]

No tocante à ordem de vocação sucessória para os casados, verifica-se, pela redação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil[263], que a concorrência com os descendentes dar-se-á de acordo com o regime bens escolhido pelos cônjuges[264], desde que o falecido e o cônjuge sobrevivente não estejam separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, regra esculpida no artigo 1.830 do Código Civil, que traz a baila à questão da culpa, mais adiante analisada.

Consoante a apontada disposição legal, o sobrevivente não concorrerá com os descendentes se for casado pelo regime da comunhão universal[265] ou da separação obrigatória de bens[266] – prevista no artigo 1.641 do Código Civil e não 1.640, como indicado pelo legislador – e, no regime da comunhão parcial, se o falecido não tiver deixado bens particulares. Na realidade, seria mais acertado se o legislador apontasse os casos em que haveria a concorrência; como não o fez, conclui-se que haverá concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente nos regimes da separação convencional de bens, da participação final nos aqüestos e no da comunhão parcial de bens, se o falecido tiver deixado bens particulares. Trata-se de interpretação a *contrario sensu*, como defende Euclides de Oliveira.[267]

Quanto ao regime da separação convencional de bens, haverá a concorrência do cônjuge com os descendentes, haja vista não haver nenhuma ressalva na lei. Essa concorrência, porém, costuma ser muito criticada pela doutrina, uma vez que os nubentes,

---

[262] DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 57.

[263] Artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro de 2002 "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; [...]".

[264] Muitos são os doutrinadores que criticam o fato de a concorrência entre o cônjuge e os descendentes depender do regime de bens, porque isso seria injusto e ilógico. (DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam! ou a concorrência sucessória*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br> Acesso em: 10.10.2010.

[265] Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "se os cônjuges eram casados pelo regime da comunhão universal de bens, o legislador entende que a confusão patrimonial já se operara desde a celebração das núpcias, garantindo-se ao cônjuge sobrevivo, pela meação que lhe assiste, a proteção necessária e cabível na espécie, além de demonstrar 'a colaboração que cada um dos cônjuges prestava ao outro na conservação e frutificação dos bens já existentes no casal e daqueles que, entretanto, viessem a ser adquiridos'" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In. _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 94)

[266] Segundo Sílvio de Salvo Venosa, se o cônjuge herdasse no regime da separação obrigatória de bens, haveria fraude ao regime imposto por lei (VENOSA. *Direito civil*. 2008, p. 128).

[267] DE OLIVEIRA, Euclides Benedito. A concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, abr.-mai. 2005, p. 32.

ao casarem, optaram pelo regime justamente porque desejavam a incomunicabilidade de bens, devendo tal vontade ser respeitada inclusive após o passamento de um dos cônjuges.[268] Por outro lado, Mário Luiz Delgado Régis[269] defende:

> Afirmação que merece ser rechaçada é a de que, ao atribuir direito sucessório ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, teria o legislador invadido a autonomia privada e abalado um dos pilares do regime de separação, por permitir a comunicação *post mortem* do patrimônio. Ora, o cônjuge, mesmo casado sob tal regime, na vigência do Código anterior, já herdava a totalidade da herança, bastando que não houvessem descendentes ou ascendentes. Essa regra foi mantida. A novidade foi apenas a possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes. Não se trata de comunicação de patrimônio, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte extinguiu-se o regime e o que está em discussão é o direito do cônjuge a uma pequena parte da herança.

No que tange ao regime da participação final nos aqüestos, pela interpretação do artigo 1.672[270] entende-se que, quando da dissolução da sociedade conjugal, cada cônjuge tem direito à meação do que o consorte adquiriu a título oneroso na constância do casamento. Considerando-se que o artigo 1.829 do Código Civil não estabelece nenhum requisito à herança do cônjuge, ficou aberta lacuna que deu azo a duas interpretações: a primeira entende que o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes sobre todos os bens; a segunda, a seu turno, defende a aplicação da regra geral de que, onde há meação, não há herança. Para Maria Berenice Dias[271], em que pese nesse regime de bens o patrimônio comum amealhado durante o matrimônio seja partilhado, à semelhança do que ocorre na comunhão parcial, aqui o cônjuge participa da sucessão junto aos herdeiros. Nesse ponto, ressalva a doutrinadora:

> Claro que nada justifica o tratamento diferenciado entre regimes de bens que têm os mesmos efeitos. A regra é a concorrência e a lei, ao excluí-la em alguns regimes de bens, não excepciona o da participação final dos aquestos. E, para excluir direitos, é indispensável previsão legal. Não dá para subtrair direitos por analogia.

A esse respeito, o Conselho da Justiça Federal elaborou o Enunciado nº 270, na III Jornada de Direito Civil, em dezembro de 2004, estipulando que, no regime de bens ora em

---

268 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1141.

269 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *In.: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, abr.-mai. 2005, p. 208.

270 Art. 1.672. No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

271 DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 159.

estudo, o cônjuge sobrevivente somente concorrerá com os descendentes se o falecido deixar bens particulares, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.[272] Todavia, como a adoção do regime de separação final de aquestos é tímida no contexto brasileiro, os tribunais pátrios ainda não analisaram a questão, devendo ser aguardado o posicionamento da jurisprudência nacional.

As maiores controvérsias acerca do tema, porém, residem na questão da concorrência quando o regime de bens adotado se trata da comunhão parcial de bens. A primeira discussão ocorre quando o assunto gira em torno da existência de bens particulares. A esse respeito, existem três correntes distintas em nosso sistema.

A primeira corrente, composta por doutrinadores como Maria Helena Diniz[273] e Francisco José Cahali[274], entende que, havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança sobre todos os bens a inventariar deixados pelo falecido. Na interpretação da citada doutrinadora, "a existência de bens particulares é mera condição legal para que o viúvo tenha capacidade para herdar". [275]

A segunda corrente, dominante em nosso ordenamento jurídico atual, defende que, na existência de bens particulares, a herança dar-se-á tão-somente quanto aos bens exclusivos. Quanto a isso, Zeno Veloso afirma que, no regime da comunhão parcial de bens, a concorrência só ocorre em relação a bens particulares do falecido, pois, quanto aos demais, o cônjuge já é meeiro, e o legislador, nos casos gerais, não confere direito sucessório ao cônjuge supérstite quando se tratarem de titulares de meação e, ao mesmo tempo, o autor da herança houver deixado descendentes.[276]

Comunga com esse entendimento Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[277], a qual conclui que:

> no que diz respeito ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa, por direito próprio, dos bens comuns do casal, permanecendo com a meação que já lhe cabia, mas que estava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal, e herda, enquanto herdeiro concorrente com os herdeiros de primeira classe, uma quota-parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens.

---

272 III Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 270. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2004.
273 DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* 2009, p. 26.
274 CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 168.
275 DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* 2009, p. 26.
276 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 238-239.
277 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre a ordem de vocação hereditária:* condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em: 13.05.2010.

Idêntico é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DE CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADA PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. EXISTÊNCIA DE DOIS FILHOS APENAS DO VARÃO, DE RELACIONAMENTO ANTERIOR AO CASAMENTO. Sendo ambígua a redação do art. 1.829, I, existindo diversas correntes em relação ao dispositivo, a melhor interpretação é aquela que entende que o cônjuge sobrevivente deve ser herdeiro apenas dos bens comuns, sendo os bens particulares partilhados apenas entre os descendentes. Interpretação que mais se harmoniza com o regime da comunhão parcial escolhidos pelos cônjuges. Precedente do STJ. Na hipótese dos autos, entretanto, considerando que a decisão determinou a concorrência da viúva com relação aos bens particulares, em atenção à proibição da reformatio in pejus, no presente caso deve ser mantida a partilha também desses bens, afastando-se a regra do art. 1.790 que disciplina a sucessão do(a) companheiro(a) e não se aplica na hipótese. Tratando-se a sub-rogação dos bens e quitação com recursos do FGTS questões de alta indagação, deve ser mantida a remessa às vias ordinárias. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70035286681, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/05/2010)

Já a terceira corrente, representada por Maria Berenice Dias, milita no sentido de que haverá direito de herança quando o falecido não deixar bens particulares, herdando o cônjuge, portanto, somente bens comuns e não particulares. Para a citada doutrinadora, há um equívoco na lei, pois, se a intenção do legislador foi a de excluir o direito de concorrência quando o sobrevivente recebe meação, a exceção deveria levar em conta a existência ou não de bens comuns.[278]

No entanto, o que não se pode perder de vista é o objetivo da norma, a sua *mens legis.* Nesse sentido, é pertinente transcrever as palavras de Euclides de Oliveira[279]:

> Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com os descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob o regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque nestes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma como se dá no regime da separação convencional de bens.
> Quanto a esse aspecto, pairam outras divergências, decorrentes da ambigüidade do texto legal. Seu enunciado é de que o direito de herança do cônjuge, em concorrência com os descendentes, ocorre se o autor da herança houver deixado bens particulares, mas não diz se a incidência daquele direito paira sobre todos os bens ou somente sobre os bens não comunicáveis. Também aqui há de imperar a lógica do sistema. Não teria sentido atribuir ao cônjuge aquinhoado com a meação participação na herança sobre todos os bens, pois então receberia mais do que tivesse sido casado no regime da comunhão universal. Por isso o entendimento que, predominante na doutrina, beneficia o cônjuge tão-somente sobre os bens particulares.

---

[278] DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 57.
[279] DE OLIVEIRA. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão.* 2009, p. 108.

De outra questão, igualmente muito polêmica, também tem se ocupado a doutrina: é aquela que envolve a sucessão do cônjuge e a quota-parte do sobrevivente na concorrência com os descendentes. O artigo 1.832 diz que caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Assim, havendo descendentes comuns, filhos do cônjuge falecido com o cônjuge sobrevivente, este receberá quinhão igual ao dos descendentes, garantindo-se, no mínimo, uma quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, isto é, o cônjuge sobrevivente em concorrência com descendentes comuns nunca receberá menos de 25% da herança. Isso significa que, se o falecido deixar até três filhos, a partilha se faz por cabeça, dividindo-se a herança em partes iguais entre os filhos e o cônjuge; no caso de o *de cujus* possuir quatro filhos ou mais e sendo reservada a quarta parte ao viúvo, os filhos repartirão o restante do patrimônio.[280]

Por outro lado, caso os descendentes forem filhos apenas do autor da herança, então, não haverá a reserva de ¼ dos bens deixados, recebendo o cônjuge sobrevivente quinhão igual ao dos demais herdeiros. A razão disso é que a reserva hereditária mínima do cônjuge sobrevivente pressupõe filiação comum.[281][282]

A situação torna-se ainda mais espinhosa na hipótese de filiação híbrida, quando houver filhos comuns dos cônjuges supérstite e falecido e filhos exclusivos do autor da herança, visto que não há previsão a esse respeito no Código Civil. Inúmeras são as soluções apresentadas pela doutrina na tentativa de preencher a lacuna deixada pela lei.

Zeno Veloso[283] defende que, nesses casos, deve ser excluída a reserva de ¼ da herança para o viúvo, uma vez que, "num caso de dúvida, como este, num Código em que o cônjuge sobrevivente já foi extremamente beneficiado", não haveria por que se interpretar a letra da lei em favor do viúvo e contra os descendentes do *de cujus*, os quais já suportam o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência familiar. Compactuando com essa visão, Mário Luiz Delgado Régis[284] escreve que essa "é a única

---

280 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 239.

281 Ibid., p. 239.

282 Em posição minoritária, Maria Berenice Dias defende que "o fato de serem filhos só do autor da herança, ou filhos do casal, não importa; recebem todos quinhões iguais. Assim, se existirem um, dois ou três filhos, nem é preciso questionar a origem da filiação. Eles e o viúvo recebem a mesma coisa". (DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 164)

283 VELOSO. Op. cit., p. 239.

284 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *In.: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, abr.-mai. 2005, p. 213-214.

alternativa que atende à mens legis, pois assegura a reserva da quota-parte ao cônjuge somente quando todos os descendentes forem comuns". E ainda prossegue o jurista[285]:

> Essa foi a intenção do legislador. Beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos. Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique em eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes trará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge futuramente reverterá aos filhos. Em princípio, os filhos comuns terminarão herdando parte dos bens que ficaram reservados ao cônjuge sobrevivente.
> A regra da proporcionalidade não atende ao princípio da operalidade e viola o princípio da isonomia. Efetuar o cálculo dessa proporção afigura-se de difícil execução. Além do mais, sempre ocasionará desigualação entre os quinhões dos filhos comuns e dos filhos unilaterais, o que implicará em violação à norma constitucional que assegura a igualdade de todos os filhos.

A posição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, no sentido de apresentar várias alternativas de partilha em casos de filiação híbrida, tem se destacado no ordenamento jurídico. Na primeira proposta, considera-se como se todos os descendentes também o fossem em relação ao cônjuge sobrevivente, reservando-se a quarta parte da herança ao cônjuge, o que implica prejuízo aos herdeiros exclusivos do falecido, pois estes receberiam parte menor da herança em face da reserva. Contudo, é evidente que isso não representa a vontade do legislador, que pretendeu privilegiar o cônjuge sobrevivente somente quando fosse também ascendente dos herdeiros de primeira classe com quem concorresse. Na segunda proposta, considera-se como se todos os descendentes fossem exclusivos do autor da herança, não se reservando a quota parte do cônjuge sobrevivente. Essa também não foi a vontade do legislador, porque constitui prejuízo ao cônjuge sobrevivente. Na terceira proposta, divide-se a herança em duas partes, proporcionalmente ao número de herdeiros de cada grupo, as sub-heranças, sendo que aquela que se destinasse aos herdeiros exclusivos seria dividida igualmente entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente, enquanto que a sub-herança destinada aos descendentes comuns também seria dividida igualmente entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente. Feito isso, soma-se as quotas destinadas ao cônjuge, que não poderá ser inferior a uma quarta parte da herança; se menor deverá ser reorganizada a divisão, para que o preceito do legislador seja observado. Para tanto, a sugestão é abater da sub-herança atribuível aos descendentes comuns o quanto necessário para consolidar o equivalente a 25% do total da herança.[286]

Maria Berenice Dias[287], a seu turno, entende que a posição que aplica o afastamento da quota mínima para o cônjuge gera prejuízo injustificável ao viúvo, "ao

---

[285] RÉGIS. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? 2005, p. 213-214.

[286] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil:* parte especial – direito das sucessões. v.20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226-229.

[287] DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 165.

menos frente ao direito que tem com relação aos seus filhos", assim como que a divisão da herança entre filhos exclusivos e filhos comuns, que acarreta o recebimento de quinhões diferentes, fere o princípio constitucional da igualdade, defendendo então que seja adotada a média ponderada para resguardar a parte mínima da herança em relação aos filhos comuns e afastá-la quanto aos filhos exclusivos do *de cujus*, de tal modo que todos os quinhões recebidos sejam iguais.

Na prática, o que se tem observado é a adoção da posição de se desconsiderar a reserva da quarta parte da herança e fazer a partilha em partes iguais entre todos descendentes e o cônjuge sobrevivente. Contudo, é importante frisar a inexistência de óbice à aplicação do entendimento que assegura ao cônjuge a quarta parte da herança na hipótese de filiação híbrida, uma vez que a própria lei é omissa nesse sentido, restando aberto caminho para injustiças e desigualdades, haja vista que, em situações idênticas, poderão ser adotados entendimentos diversos por parte dos juízes[288], urgindo, pois, ou a mudança do texto legal, ou a uniformização da jurisprudência.

Mais pacífica é a concorrência do cônjuge com os ascendentes, porque não há que se discutir acerca do regime de bens adotado durante o matrimônio, havendo concorrência independentemente disso, quando não houver descendentes, como preceitua o artigo 1.836 do Código Civil[289], e a sociedade conjugal não estiver rompida pela separação judicial ou pela separação de fato há mais de dois anos, conforme determina o artigo 1.830 do Código Civil[290].

Importante ressaltar, quanto à classe dos ascendentes, que, diferentemente do que ocorre com os descendentes, o ascendente mais próximo exclui o mais remoto, conforme o artigo 1.836, §1º, do Código Civil[291], não havendo direito de representação. Logo, se ambos os pais forem vivos, eles concorrerão à herança com o cônjuge sobrevivente, cabendo a cada um dos herdeiros um terço da herança, segundo o artigo 1.837, primeira parte, do Código Civil[292]; se apenas um dos genitores for vivo, o sobrevivente concorrerá com o cônjuge, dividindo-se a herança em partes iguais, metade para cada um, de acordo com a previsão da segunda parte do artigo 1.837[293]; se ambos os pais forem falecidos, serão chamados os avós ou parentes mais remotos, sendo que, nesse caso, dividir-se-á a herança

---

288 NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 164.

289 Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

290 Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

291 Art. 1.836, § 1º. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

292 Art. 1.837, 1ª parte. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança;

293 Art. 1.837, 2ª parte. [...] caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

em duas partes, uma pertencerá ao cônjuge sobrevivente e a outra partilhada entre os ascendentes nos termos do artigo 1.836, §2º, do Código Civil[294].

Por outro lado, na ausência de ascendentes, a herança será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente, conforme dispõe o artigo 1.838 do Código Civil[295]. Frise-se, porém, que tal regra não se aplica se o *de cujus* houver lavrado testamento, quando, então, respeitada a última vontade do falecido, deverá ser reservada a legítima do cônjuge.

Por fim, é de se observar a inexistência de concorrência do cônjuge sobrevivente com os colaterais, uma vez que aquele se encontra em posição hierarquicamente superior na ordem de vocação hereditária.

Cumpre retornar à análise do artigo 1.830 do Código Civil para dizer que muitas são as críticas feitas pela doutrina em face dessa disposição legal, sobretudo porque é cediço que há muito a questão da culpa pelo término da relação não mais merece a atenção do Direito, não havendo porque se perquirir a respeito da culpa pelos insucessos de um relacionamento, quando as pessoas não mais desejam permanecer unidas e abrir a possibilidade de que o cônjuge "inocente", separado de fato há mais de dois anos, participe da sucessão do outro, concorrendo com os descendentes ou ascendentes do *de cujus*.

Todavia, se o cônjuge sobrevivente e o autor da herança estiverem separados judicialmente, com sentença transitada em julgado, o sobrevivente perde o direito à herança, restando tão-somente o direito à sua meação no caso de não ter sido procedida a partilha dos bens havidos durante o casamento. Importante, porém, observar que se a separação não houver transitado em julgado ou sido devidamente homologada, a dissolução da sociedade conjugal será superada e absolvida pela morte, cujos efeitos, por mais amplos, prevalecem, incluindo-se aqui o direito à herança.[296]

Justamente em razão dessas considerações é que vêm à baila as críticas tecidas por Euclides Benedito de Oliveira[297] acerca do que entende haver sido a intenção do legislador de dar solução a antigo questionamento do direito sucessório do cônjuge, que, embora ainda conservasse o vínculo do casamento, estivesse há muito separado de fato e, não raro, já convivendo com outra pessoa. São contundentes as observações:

> Num primeiro exame, afigura-se excessiva a estipulação do prazo de dois anos de ruptura da vida em comum, bastando que se compare com o prazo de um ano de separação de fato, suficiente para a separação judicial sem culpa (art. 1.572, §1º, do Código Civil, como igualmente dispunha o art. 5º, §1º, da Lei n. 6.515/77). Demais disso, o dispositivo introduz a possibilidade de

---

294 Art. 1.836, §2º. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

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

296 PEREIRA. *Instituições de Direito Civil.* 2004, p. 132-133.

297 DE OLIVEIRA. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. 2009, p. 127-128.

> discussão de culpa no âmbito do processo de inventário, para apuração das causas da separação de fato, o que se mostra inadmissível, exigindo incursionamento das partes às vidas ordinárias, por se cuidar de questão de alta indagação, pendente de dilação probatória. Mais avulta o absurdo da situação criada pelo legislador quando se sabe que a separação de fato prescinde da discussão de culpa nos processos de separação judicial pelo decurso do tempo (um ano), ou de divórcio (dois anos), pois constitui fato objetivo por si só suficiente ao reconhecimento da falência da sociedade conjugal.

Nesse mesmo sentido, Rolf Madaleno[298] destaca que, extinta a vida em comum, surge o marco para a incomunicabilidade de bens e a exclusão do cônjuge da vocação hereditária. Para o jurista, o que importa é o fato da separação e não a sua causa, uma vez que esta não refaz os vínculos.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama[299], no mesmo norte, aduz que o artigo 1.830 demonstra a intenção de se resgatar a importância da afetividade e da convivência para a continuidade da família fundada no casamento, somente merecendo tutela aqueles que efetivamente mantiveram as relações familiares até o fim da vida do autor da sucessão, porém pecou o legislador ao possibilitar o reconhecimento da qualidade de herdeiro ao cônjuge sobrevivente que estava separado de fato por culpa que não lhe pode ser imputada, posicionamento insulado no momento jurídico atual.

Por outro lado, Mário Luiz Delgado Régis[300] milita pelo exame de culpa, sustentando que se trata do mais eficaz caminho para se alcançar o valor da justiça, pois geralmente o cônjuge abandonado é o virago, que, por conta da decisão do varão, vê-se injustamente afastado da sucessão. "Daí porque sustentamos a manutenção da redação atual do artigo 1.830, a permitir ao Judiciário a correção de eventuais injustiças que resultariam do afastamento do cônjuge da sucessão pela mera separação de fato". [301]

Dentro da discussão da culpa, ainda vem à tona outra situação bastante polêmica dentro do direito sucessório: quando o cônjuge separado de fato vem a falecer deixando um companheiro com quem constituiu nova entidade familiar durante o período de dois anos da separação de fato. Nesses casos, o Código Civil não nos apresenta uma solução adequada para a controvérsia instaurada, restando à doutrina e à jurisprudência firmar um posicionamento consistente a esse respeito. Contudo, os julgados ainda são escassos em nossos tribunais[302] e a doutrina se degladia sem chegar a um consenso.

---

298 MADALENO, Rolf. *O Novo Direito Sucessório Brasileiro*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br>. Acesso em 07.09.2010.

299 DA GAMA. *Direito Civil, Sucessões*. 2003, p. 125-126.

300 RÉGIS. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? 2005, p. 205.

301 Ibid., p. 205.

302 Um dos poucos julgados acerca da matéria no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi ementado da seguinte forma: "Sucessões. Inventário. Questões de alta indagação. Necessidade de remessa às vias ordinárias. Controvérsia acerca da separação de fato supostamente havida entre a agravante e o falecido.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama[303] sugere que, em casos como esse, é possível o chamamento conjunto do cônjuge e do companheiro sobrevivente em igualdade de condições a respeito dos bens adquiridos a título oneroso durante o companheirismo, bem como o chamamento exclusivo do cônjuge sobrevivente quanto aos demais bens deixados pelo falecido. Porém, parece-nos não ser essa a solução mais adequada, visto que o processo de inventário apresentará um grande tumulto, além de exigir instrução probatória.

Em sentido diverso, Mário Luiz Delgado Régis[304] propõe que, nessas situações, deve prevalecer o direito do companheiro em detrimento do cônjuge, porque a norma que regula o direito sucessório nesse caso específico é especial em relação ao artigo 1.830. Fica, portanto, assegurada ao companheiro a totalidade da herança no tocante aos bens adquiridos durante a união estável, de maneira que resta excluído quanto a esses bens o direito sucessório decorrente do matrimônio já findo. Adverte o doutrinador que "Não se pode excluir o direito sucessório do cônjuge, porque não pode ser ele penalizado pela separação que não causou. Mas não parece justo excluir o novo companheiro".

Com efeito, de qualquer forma, se já é desnecessária a alegação da culpa pelo fim da vida em comum em uma separação ou divórcio, torna-se ainda mais descabida levar a discussão para após a morte de um dos cônjuges, quando então caberá aos herdeiros do morto provar que a separação de fato se deu por culpa do cônjuge sobrevivente, enquanto que ao sobrevivente incumbe o dever demonstrar que as causas da separação não lhe podem ser imputadas. Mais estranho é ainda nos casos em que os herdeiros do falecido são também descendentes do supérstite.

Ainda é de se observar a previsão estatuída pelo Código Civil, em seu artigo 1.831[305], segundo o qual o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação relativamente a imóvel destinado à residência da unidade familiar mantida com o finado, independentemente do regime de bens do matrimônio e da manutenção do estado de viuvez por parte do cônjuge sobrevivente, o que significa que a garantia real perdura ainda que o cônjuge sobrevivente

---

Ausência de perquirição de culpa, Cerceamento de defesa. Inteligência do art. 1.830 do CCB/02. Bens imóveis. Particularidades cuja averiguação também recomenda as vias ordinárias. Circunstâncias que obstam o andamento do inventário, não se prestando à produção de provas que não a documental (CPC, Art. 984). Sobrestamento do inventário, medida que se exibe necessária. Agravo parcialmente provido". (Agravo de Instrumento n. 70014190227. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em: 30 mar. 2006). A esse respeito, não houve manifestação do Superior Tribunal de Justiça.

303 DA GAMA. *Direito Civil, Sucessões*. 2003, p. 132.

304 RÉGIS. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? 2005, p. 218.

305 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

contraia novas núpcias ou conviva em união estável. Importantes são as considerações de Zeno Veloso[306] acerca desse instituto no plano do direito sucessório:

> essa solução pode significar grande prejuízo para os outros herdeiros do *de cujus*, que são condôminos do cônjuge sobrevivente no imóvel, mas não se utilizam dele e não pode cobrar aluguel ao que exerce o direito de habitação.
> E mais: se este cônjuge sobrevivente, que se recasou, vier a morrer, não terá direito real de habitação o viúvo ou a viúva que ele deixou? Se a resposta for positiva, não se estará perpetuando o benefício, em detrimento dos outros herdeiros? [...] adianto minha opinião de que o art. 1.831 devia ser emendado, para que ficasse constando que o direito real de habitação, no caso, será extinto se o cônjuge sobrevivente constituir nova família.

Pelo exposto, ainda que não se desconheça as inúmeras evoluções trazidas pelo Código Civil quanto ao cônjuge, como a sua inclusão no rol de herdeiros necessários, verifica-se que inúmeras controvérsias foram criadas pelo legislador infraconstitucional.

A seguir, veremos o tratamento dispensado pelo legislador aos companheiros, para que sejam comparados os direitos que lhe foram estendidos, considerando que o constituinte ocupou-se de equiparar os efeitos jurídicos das diversas entidades familiares.

3.2. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e de leis a respeito do tema, a sucessão dos companheiros – até então concubinos – dava-se dentro da esfera do direito obrigacional, prevalecendo a disposição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal[307], a qual determinava a partilha do patrimônio adquirido com esforço comum, desde que comprovada a existência de sociedade de fato.

A sucessão do companheiro teve sua relevância jurídica reconhecida pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro por meio da Lei 8.971/1994, visto que o Código Civil de 1916 foi silente a esse respeito[308]. O artigo 2º da referida lei[309] disciplinava a sucessão dos companheiros, prevendo que, havendo descendentes ou ascendentes do falecido, o companheiro teria direito apenas ao usufruto dos bens que compunham a herança, além da

---

306 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 241.

307 Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

308 Antes disso, houve a Lei nº 6858/1980, conhecida como o Estatuto do Dependente, que garantiu ao companheiro supérstite direito sucessório sobre os bens de origem previdenciária ou de pequeno valor.

309 Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

meação nos bens adquiridos onerosamente na constância da união assegurada pela Constituição Federal. O direito à herança surgia apenas na hipótese de inexistência de outros herdeiros, fato que lhe autorizava a arrecadação da totalidade do patrimônio do falecido.

Não tardou muito para que fosse promulgada a Lei 9.278/1996, assegurando ao companheiro a meação nos bens adquiridos na constância da união a título oneroso[310] e, no plano sucessório, concedendo ao sobrevivente o direito real de habitação sob o imóvel destinado à residência da família, enquanto não contraísse nova união[311].

Já, no atual Código Civil, a sucessão do companheiro está prevista no artigo 1.790:

> 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.

À primeira vista, facilmente observa-se que o artigo que disciplina a sucessão do companheiro encontra-se em capítulo destinado às disposições gerais do direito sucessório. Essa localização, contudo, é bastante diferente daquela em foi assentada a sucessão do cônjuge, colocada acertadamente no capítulo específico da vocação hereditária. Em que pese o equívoco do legislador, é indiscutível que o companheiro integra, de fato, a ordem de vocação hereditária. A esse respeito, aduz Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[312] que "a regra está topicamente mal colocada. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situado no capítulo referente à ordem de vocação hereditária".

Para Euclides Benedito de Oliveira[313] a má localização do artigo 1.790 dentro do Código Civil pode ser explicada, mas não justificada, pelo fato de a união estável ter sido

---

[310] Artigo 5º da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996: "Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito".

[311] Artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996: "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".

[312] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes*. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br>. Acesso em 16.08.2010, p. 9.

[313] DE OLIVEIRA. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. 2009, p. 141.

introduzida no Código Civil quando da fase final de votação de seu projeto, através de apresentação de emenda perante o Congresso Nacional. E prossegue o referido jurista[314]:

> A matéria é indevidamente postada entre as disposições gerais do direito das sucessões, quando de disposições gerais não se trata, em face de sua específica aplicação a determinada espécie de herdeiro. Pode ser uma falha menor, talvez sem relevância, explicável pelo açodamento das mudanças de redação na fase final de discussão do projeto. Mas também significa um manifesto desleixo no trato sucessório de quem participa de uma entidade familiar, ainda que sem o pálio do casamento, e nessa qualidade estaria a merecer adequada proteção jurídica assegurada em plano constitucional, sem distinções quanto ao modo de formação da família assim originada.

Quanto ao conteúdo, as críticas tecidas pelos juristas dizem com relação ao tratamento desigual com que foram tratados cônjuges e companheiros, ora sendo privilegiado o convivente, ora sendo privilegiado o cônjuge, daí decorrendo ferrenha discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, adiante tratada.

O artigo 1.790 diz que o companheiro participará da sucessão do outro nos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, independentemente do regime de bens da união. Isso significa que, se o patrimônio do falecido for composto por bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o companheiro sobrevivente terá sua meação garantida, consoante o artigo 1.725 do Código Civil – situação, como antes vista, estranha ao Direito sucessório – e ainda parte da herança garantida, haja vista ser herdeiro com relação a esses bens, em concorrência com os demais parentes do falecido. Porém, se o patrimônio deixado for constituído por bens particulares, a situação do convivente poderá ser de desamparo, pois nenhum direito terá sobre referido patrimônio no caso de haver parentes sucessíveis. Por conseqüência disso, Zeno Veloso faz a crítica de que tal restrição quanto à incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente pode gerar conseqüências extremamente injustas[315], ocorrendo situações em que o companheiro de longos anos fica excluído de qualquer bem do *de cujus*.[316] O Código Civil, portanto, instituiu uma limitação considerável ao direito de herança do companheiro.

Imperioso ressaltar que o artigo 1.845 do Código Civil de 2002 elevou à condição de herdeiro necessário, não havendo qualquer menção ao companheiro, o qual foi inserido no plano sucessório exclusivamente no texto do artigo 1.790. Com isso, a doutrina tem se dividido quanto

---

314 DE OLIVEIRA. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. 2009, p. 159.

315 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 243.

316 Diferente é o polêmico entendimento disposto em enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "O art. 1.790 do novo Código Civil revogou apenas parcialmente o disposto no art. 2º, inc. III, da Lei n. 8.971/94, no que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, encontrando-se em pleno vigor o restante do dispositivo, permitindo que o companheiro sobrevivente tenha direito à sucessão sobre os bens adquiridos gratuitamente na constância da união estável e sobre os bens adquiridos antes desta". (DA COSTA, Inês Moreira. Enunciado Art. 1.790. *In.* IV Jornada de Direito Civil. DE AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2007, p. 718).

à condição ou não do companheiro como herdeiro necessário, o que determinaria a possibilidade ou não de sua exclusão da sucessão testamentária pelo testador.[317]

Pela aplicação da literal da lei, seria possível afastar o companheiro da herança, já que ele não foi incluído no artigo 1.845, o qual prevê como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Parte da doutrina entende que, caso pretendesse o legislador incluir o companheiro como herdeiro necessário, ele o teria incluído no artigo 1.845; como não o fez, não pretendeu dar-lhe tal status, de modo que ele se trata de herdeiro legítimo, mas não necessário.[318]

Contudo, esse posicionamento parece não ser o mais indicado, a começar pelo fato de que o artigo 1.850 do Código Civil prevê tão-somente a possibilidade de exclusão dos colaterais através de testamento, não havendo qualquer referência quanto aos companheiros.[319] Washington de Barros Monteiro[320] afasta a possibilidade de exclusão do companheiro, no caso de haver bens adquiridos onerosamente durante a união, porque, "forçosa a participação do companheiro sobrevivente quanto a esses bens, muito embora não se trate de herdeiro necessário, ele não poderá ser excluído dessa participação por testamento". Luiz Paulo Vieira de Carvalho[321] ainda ensina que:

> O companheiro é herdeiro necessário, isso, pelo seguinte: em primeiro lugar, o legislador diz que ele participará da herança, de modo imperativo. Em segundo lugar, quem participa de uma herança, ou participa como herdeiro, ou participa como legatário. E aqui se ele recebe quinhão não individualizado, no momento *da* morte, é um herdeiro. Porém, o mais importante está situado no art. 1850: "Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.". Ora, regra restritiva de direito patrimonial se interpreta de modo estrito, não sendo possível utilizar-se aqui da aplicação da analogia. Esquecendo o legislador ou não, o companheiro ou a companheira não figuram no art. 1.850. Figuram neste artigo, o cônjuge sobrevivente não pode

---

317 Tendo em vista às inúmeras controvérsias quanto à aplicabilidade do artigo 1.790 é que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 508/2007, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, propondo a revogação do artigo 1.790 e alteração do artigo 1.829 do Código Civil, com a inclusão do companheiro ao lado do cônjuge sobrevivente, visando à equiparação dos direitos sucessórios destes. Do mesmo modo, o Projeto de Lei 267/2009, de autora do senador Valter Pereira, altera o Código Civil e o Código de Processo Civil, bem como revoga as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, para assegurar a ampliação dos direitos civis dos companheiros na união estável, prevendo que a sucessão legítima à herança será estendida ao companheiro, o qual, em união estável há mais de dois anos, também passa a ter direito, qualquer que seja o regime de bens, ao direito real de habitação, desde que o imóvel esteja na posse exclusiva do falecido e do sobrevivente ou somente do sobrevivente, quando da abertura da sucessão; instituindo que, em concorrência com ascendente em primeiro grau, o companheiro terá direito a um terço da herança, cabendo-lhe a metade desta se houver um só ascendente, e, em falta de descendentes ou ascendentes, o companheiro passa a ter direito ao total da herança; reconhece o direito sucessório também ao companheiro, desde que não esteja separado de fato há mais de dois anos; retira da lei o condicionamento do direito sucessório à prova de culpa da separação. (Projetos disponíveis em <www.camara.gov.br>. Acesso em 15.10.2010).

318 BARROS. Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002. 2006, p. 94-95.

319 O artigo 1.725 do Código Civil de 1916, que foi substituído pelo artigo 1.850 no Código Civil de 2002, tinha a seguinte redação: "Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar".

320 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v.6. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

321 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, Sucessão dos cônjuges e Sucessão na união estável. *Revista da EMERJ*, Trimestral, Número Especial, Parte II jul 2002 a abr de 2003, p. 205.

> excluí-los da sucessão por testamento. Sendo assim, eles são herdeiros necessários mesmo que suas quotas estejam reduzidas.

A concorrência do companheiro com os descendentes está disposta no artigo 1.790, incisos I e II, do Código Civil – restrita aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, conforme o *caput* do artigo. Assim, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente a que a lei atribuir a cada descendente; se concorrer com descendentes somente do autor da herança, terá direito a metade de que couber a cada um deles. Porém, para o companheirismo, diferentemente do que se verifica com o matrimônio, não há reserva de quota ao companheiro.

Importante ressaltar a divisão existente dentro da doutrina no que diz com as expressões "filhos" e "descendentes", constantes respectivamente dos incisos I e II do apontado artigo. Nas palavras de Orlando Gomes[322], a falta técnica do legislador provoca dúvida na exegese do artigo, levando a crer que deva ser acatada a limitação imposta no sentido de que a concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns que não sejam filhos será regida pela regra do inciso III, referente a outros parentes sucessíveis, que lhe assegura a terça parte da herança, como veremos a seguir. Por outro lado, sobreveio o Enunciado nº. 266 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal[323], que assim dispôs: "Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comum, e não apenas na concorrência com filhos comuns". Grande parte da doutrina, porém, permanece alheia quanto à imprecisão, aplicando indistintamente a regra do inciso I para a descendência comum, qualquer que seja o grau de parentesco.[324]

Ainda mais complicada é a situação de filiação híbrida, visto que a lei não aponta qualquer solução para esse caso, dando espaço para a construção doutrinária. Assim como na sucessão do cônjuge, inúmeros são os entendimentos existentes para o preenchimento do vazio legal.

Franciso José Cahali[325] destaca que o critério de divisão para os casos de filiação híbrida deve ser o do artigo 1.790, inciso I, do Código Civil, mesmo que nem todos os herdeiros tenham essa origem. Isso porque a situação não está abrangida pelo inciso II, porque este trata expressamente da disputa com descendentes exclusivos do falecido, sendo que o mesmo não ocorre quanto ao inciso I, por a regra não restringir a concorrência aos filhos comuns.

---

322 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 68.
323 III Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 266. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004.
324 Apenas a título de exemplo, esse é o caso de Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* v.7. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118).
325 CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 184.

Maria Helena Diniz[326] e Zeno Veloso[327] defendem que, em respeito ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, não há como não se garantir quotas hereditárias a todos os filhos do falecido, o que significa a aplicação do teor do inciso II, do Código Civil, reservando-se ao companheiro sobrevivente a metade do quinhão de cada descendente do *de cujus*. A adoção desse posicionamento, como o próprio jurista ressalva, pode preterir o companheiro, mas não prejudica os filhos exclusivos, acrescentando que os herdeiros comuns ao companheiro sobrevivente ainda têm a expectativa de herdar do supérstite. [328]

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[329], a seu turno, apresenta uma série de propostas de tentativa de composição dos quinhões do companheiro e dos descendentes no caso de filiação híbrida. A primeira delas sugere a identificação dos descendentes como se todos fossem filhos comuns, aplicando-se exclusivamente o artigo 1.790, inciso I, do Código Civil, o que, segundo a própria autora, não pode prosperar, porque desrespeita a pretensão do legislador de dar tratamento diferenciado à concorrência do companheiro sobrevivo com os descendentes comuns e exclusivos, além de privilegiar o companheiro em detrimento dos filhos exclusivos. A segunda proposta é no sentido de se ter os descendentes como se todos fossem exclusivos do falecido, aplicando-se a regra do inciso II. Essa, porém, não foi a intenção do legislador, além de nitidamente privilegiar a prole em detrimento do companheiro. A terceira proposta se refere a uma composição entre os incisos I e II, garantindo-se uma quota e meia ao companheiro sobrevivente - uma quota referente aos filhos comuns e meia referente aos filhos exclusivos –, o que garantiria a igualdade entre os filhos, mas não atenderia ao princípio que norteou o legislador, além de acabar por privilegiar o companheiro com mais do que teria efetivamente direito. A quarta proposta, por sua vez, sugere a composição dos incisos I e II pela subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo. Assim, inicialmente, dividir-se-ia a herança a ser partilha com os filhos comuns e exclusivos em sub-heranças proporcionais ao número de filhos de um ou do outro grupo; em um segundo momento, introduzir-se-ia a concorrência do companheiro em cada uma das sub-heranças conforme o inciso I; após, somar-se-ia as quotas do companheiro, obtidas mediante a soma de cada uma das sub-heranças, formando o quinhão a ele cabível. Entretanto, essa última proposta implica a diferença entre os quinhões dos herdeiros comuns e exclusivos, bem como um

---

326 DINIZ. *Curso de Direito Civil*. 2009, p. 154.
327 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 244-245.
328 Ibid., p. 244-245.
329 HIRONAKA. *Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60-64.

quinhão superior ao qual o companheiro efetivamente tinha direito se concorresse apenas com filhos comuns.

Por fim, Maria Berenice Dias[330] propõe que a solução da questão reside em um complexo cálculo matemático no qual o valor do quinhão recebido pelo companheiro sobrevivente muda de acordo com o número de descendentes comuns e exclusivos: quanto mais numerosa for a prole comum, maior a participação do companheiro; quanto maior o número de herdeiros exclusivos do falecido, menor o quinhão do sobrevivente. Alerta a autora que "ainda que complicado, este é o único jeito de respeitar o comando constitucional da igualdade entre os filhos, sem trazer prejuízo ao companheiro sobrevivente. Esta divisão não está prevista na lei, mas respeita a vontade do legislador explicitada nos incisos I e II do art. 1.790 do CC".

Pelo que foi exposto, facilmente observa-se que, em todos os posicionamentos da doutrina nacional, existe alguma barreira para a sua aplicação, justamente pela falta técnica cometida pelo legislador, ao ignorar uma situação tão comum no contexto atual da família brasileira. Por construção jurisprudencial, então, tem-se aplicado o artigo 1.790, inciso I, do Código Civil, como se todos os descendentes do autor da herança fossem igualmente comuns ao companheiro sobrevivente, entendimento da maioria da doutrina, segundo detalhado estudo apresentado por Francisco José Cahali.[331] [332]

Quanto à concorrência com os ascendentes na sucessão do companheiro, não houve tratamento específico da legislação. Em razão disso, entende-se que estes foram incluídos genericamente na categoria dos "outros parentes sucessíveis", junto aos colaterais até o quarto grau. Nessa hipótese, é reservada ao companheiro a quota fixa de um terço dos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, não importando com quais ou quantos ascendentes o companheiro concorra. Já os bens particulares deixados pelo falecido serão destinados exclusivamente aos "outros parentes sucessíveis".

---

330 DIAS. *Manual das sucessões*. 2008, p. 180.

331 Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rof Madaleno e Silvio de Salvo Venosa entendem que deva ser aplicado o artigo 1.790, inciso I, do Código Civil para os casos de filiação híbrida. Em sentido contrário, defendendo que deva ser aplicado o artigo 1.790, inciso II, do Código Civil, militam Zeno Veloso, Maria Helena Diniz, Gustavo René Nicolau e Flávio Tartuce. (CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 191-192).

332 A esse respeito o enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Na hipótese de o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns (inc. I) e descendentes somente do de cujus (inc. II), deve-se aplicar o disposto no inc. I, dividindo-se igualmente a herança. (BARRETO, Marcele Machado. Enunciado Art. 1.790. In. IV Jornada de Direito Civil. DE AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2007, p. 715).

Nesse sentido, adverte Aldemiro Rezende Dantas Júnior[333] acerca da possibilidade de haver desequilíbrio entre as quotas do companheiro e do ascendente:

> quando a concorrência se dá com apenas um dos ascendentes em primeiro grau, a aplicação irrefletida do inciso III levaria a que o companheiro continuasse a receber um terço da herança, enquanto o ascendente receberia dos terços. Veja-se, portanto, que o ascendente único receberia mais do que o filho comum que fosse único, pois a este último caberia apenas a metade, enquanto ao ascendente tocam dois terços da herança.

Quanto à concorrência com colaterais de até 4º grau, destaca-se a posição da doutrina majoritária no sentido de que se trata de um retrocesso em relação à Lei 8.971/1994, na qual o companheiro recebia a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, bem como de uma disparidade de tratamento em relação ao cônjuge sobrevivente, já que este recebe a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, não havendo concorrência do cônjuge com colaterais, tampouco importando a origem dos bens, conforme o artigo 1.838 do Código Civil.

Além de referir o retrocesso do atual Código a esse respeito, Sílvio Rodrigues[334], com muita propriedade, ainda giza o descompasso da previsão legal frente ao contexto familiar atual:

> Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. O correto, como já fazia a Lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do de cujus.

Ainda mais contundentes são as críticas feitas por Zeno Veloso[335]:

> Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cujus*. Temos de convir: isto é demais! [...] Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando? Sem dúvida, neste ponto, o novo Código Civil não foi feliz. A

---

333 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivo. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, abr.-mai. 2005, p. 137.

334 RODRIGUES. *Direito civil*. 2007, p. 119.

335 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 248-249.

> lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo *animus* de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária.

Não há dúvidas de que a concorrência do companheiro com os colaterais é injusta e até mesmo anacrônica, pois, como referido no excerto acima, muitas vezes, parentes distantes sem nenhuma convivência com o falecido acabam tendo mais direitos hereditários que o próprio companheiro sobrevivente, o que contraria frontalmente nosso atual ordenamento jurídico, o qual privilegia a família nuclear, ligada pelo afeto.

Não bastasse isso, ainda prosseguiu o legislador a fim de determinar que, em não havendo parentes sucessíveis, a herança será deferida na totalidade ao companheiro sobrevivente, nos termos do artigo 1.790, inciso IV, do Código Civil. À primeira vista, isso pode parecer muito fácil se pensarmos que a integralidade da herança é transferida ao companheiro. Mister ressalvar, porém, que a herança a que tem direito o convivente, consoante o artigo 1.790, *caput*, do diploma civilista limita-se aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Eis que surge, então, relevante debate doutrinário acerca do destino dos bens particulares do falecido.

O primeiro entendimento defende que os bens particulares têm de ser entregues ao Poder Público. Zeno Veloso[336] considera que a "totalidade da herança" referida no inciso IV do artigo 1.790 é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer, de modo que o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos na vigência da união estável, enquanto os demais bens passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal (artigo 1.844 do Código Civil). [337] Nesse mesmo sentido, observa Silvio Rodrigues[338]:

> O caput é a unidade básica da disposição, o núcleo do artigo, contendo a substância da norma, a regra geral, o princípio a respeito do assunto tratado. Os parágrafos, incisos e alíneas são desdobramentos do caput, divisões do artigo, que desenvolvem, restringem, explicitam a regra principal, da qual, obviamente, dependem. E o caput do art. 1.790 edita, claramente, que a sucessão dos companheiros só é admitida quanto aos bens que foram adquiridos onerosamente durante o tempo da convivência.

A segunda corrente, por sua vez, entende que a totalidade dos bens deve ser destinada ao companheiro sobrevivente nas hipóteses em que o falecido não tenha deixado

---

336 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 245.

337 Ainda filiam-se a esse entendimento Giselda Hironaka, Francisco José Cahali, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira e Zeno Veloso. (CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 191-192).

338 RODRIGUES. *Direito civil*. 2007, p. 118.

outros parentes sucessíveis. [339] A esse respeito, Maria Helena Diniz[340] destaca que o Poder Público não consta do rol de herdeiros, somente sendo chamado à sucessão se o *de cujus* não deixar consorte ou companheiro sobrevivente e parente sucessível até o quarto grau, sendo necessária a declaração de vacância dos bens por sentença judicial. Isso porque o ente público não é herdeiro, mas sim sucessor irregular, cujo fundamento jurídico para tanto é político social, em razão de se presumir que o Estado possibilitou ao autor o acúmulo patrimonial.

Importante é o ensinamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[341], os quais entendem haver três motivos para a permanência do companheiro na sucessão dos bens particulares do *de cujus* na hipótese de inexistência de outros parentes:

> a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cujus* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à *totalidade da herança* (CC 1790 IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar do rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

Não menos polêmico dentro da sucessão do companheiro é o direito real de habitação, que, conferido pelo Código Civil de 2002 exclusivamente ao cônjuge, nos termos do artigo 1.831[342], garante ao viúvo poder permanecer residindo no imóvel que servia de residência do casal quando da morte do outro.

Esse direito já era previsto garantido ao cônjuge sobrevivente no Código Civil de 1916[343], introduzido no texto civilista pela Lei do Divórcio, porém ficou restrito aos matrimônios que adotassem a comunhão universal de bens, regime legal da época, e enquanto o viúvo não inaugurasse nova união. O Código Civil de 2002, por sua vez, em evidente avanço para os cônjuges exclusivamente, não restringiu o direito ao regime de bens e nem determinou a cessão do direito real de habitação na hipótese de novo relacionamento.

---

339 Militam favoravelmente a esse entendimento José Fernando Simão, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno, Silvio de Salvo Venosa, Gustavo Nicolau, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Flávio Tartuce, Eduardo de Oliveira Leite e Caio Mário da Silva Pereira. (CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 191-192).

340 DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* 2009, p. 164-165.

341 NERY JÚNIOR; NERY. *Código Civil Comentado*. 2007. p. 1.117.

342 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

343 Art. 1.611, §2º. Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Por outro lado, o direito real de habitação dos companheiros não contou com qualquer previsão no Código Civil anterior, passando o convivente a gozar de tal benefício apenas com a edição da Lei 9.278/1996, a qual, no artigo 7º, parágrafo único[344], previa o direito real de habitação enquanto perdurasse o estado de viuvez. Porém, em evidente retrocesso, o Código Civil de 2002 foi silente a esse respeito, dando azo a mais uma das inúmeras incertezas quanto ao direito das sucessões, havendo em nossa doutrina pensamentos antagônicos a esse respeito.

A primeira corrente acredita na possibilidade de aplicação do direito real de habitação para o caso do companheiro sobrevivente com base em inúmeros fundamentos. Marilene Silveira Guimarães[345] ressalta que o Código Civil é lei geral, enquanto que a norma constante do artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996 se trata de lei especial, de modo que, não tendo sido revogada expressamente, permanece em vigor naquilo que a lei geral foi omissa. Sob outro aspecto, Euclides Benedito de Oliveira[346] destaca que o direito real de habitação é benefício patrimonial de cunho social e humanitário, dado o direito constitucional à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, visando a evitar que o companheiro sobrevivente fique desprovido de condições mínimas de sobrevivência. O citado autor defende ainda que a disposição do artigo 1.831, assegurando ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, deva ser estendida por analogia ao companheiro sobrevivente.[347] A esse respeito, aliás, conclui Marilene Silveira Guimarães[348]:

> para manter um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica contra medidas retroativas ou de atos retrocessivos, cabe invocar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção da confiança do cidadão no poder público e, por conseqüência, o princípio da proibição do retrocesso para impedir a frustração da efetividade constitucional na hipótese de o legislador revogar ato que tornou viável o exercício de um direito. Esses argumentos, que objetivam manter o direito real de habitação para a união estável, justificam-se não só por razões humanistas, como para tratar isonomicamente a união estável e o casamento.

Não menos importantes são as considerações de Eduardo de Oliveira Leite[349] a respeito do assunto, ratificando o posicionamento da autora citada acima acerca da interpretação análoga do instituto presente no matrimônio para a união estável:

---

344 Art. 7º, Parágrafo único. 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.

345 GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável – na constância da união e na sucessão. In. WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 314.

346 DE OLIVEIRA. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. 2009, p. 178-179.

347 Ibid., p. 180.

348 GUIMARÃES. Op. cit., p. 314-315.

349 LEITE. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2003, p. 228.

> Fica a indagação: o legislador não quis reconhecer tal direito aos companheiros? Por óbvio a resposta negativa se impõe. No estágio atual que nos encontramos, em matéria de reconhecimento de união estável, seria um retrocesso sustentar tal hipótese. Além do mais, se aos cônjuges reconhece-se a incidência desse direito, de igual modo deve ser reconhecido ao companheiro sobrevivente, não em decorrência da união (como poderia argumentar setor mais refratário da doutrina nacional) mas, pura e simplesmente, em razão da proteção aos membros da família. São estes, os membros da entidade familiar (no caso) e não a ocorrência (ou não) de formalismo, que resgatam a necessidade de se estender o benefício também ao companheiro, e que redundaria em alargamento do artigo.

Corroborando essa visão, a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado 117 no sentido de que "O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88"[350].

Em sentido contrário, encontra-se a doutrina que entende que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente não está presente no atual ordenamento jurídico em relação à união estável, por conta da revogação da Lei 9.278/1996 e a omissão do Código Civil de 2002 quanto à matéria. Nesse sentido, Francisco José Cahali[351] aduz que

> houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou a companheira "participará da sucessão do outro (...) nas condições seguintes". Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro, e aqueles direitos deixam de representar uma forma de participar na sucessão. Vale dizer, neste particular – sucessão decorrente da união estável –, o Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul filia-se à primeira corrente, de não revogação do artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996, concedendo o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Aliás, é o que se denota da ementa abaixo colacionada:

> UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA. DIREITO DE HABITAÇÃO. REQUISITOS QUE NÃO ESTÃO PRESENTES, NO CASO CONCRETO. O parágrafo único do art. 7º, da Lei n.º 9.278/96, que assegura à companheira sobrevivente da relação estável o direito real de habitação no imóvel que residia com o de cujus, não foi revogado pelo novel Código Civil, mantendo-se hígido o direito mesmo que não recepcionado pela nova legislação [...] RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Regimental Nº 70035604016, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/05/2010)

---

350 I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 117. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2002. Disponível em <www.cjf.gov.br>. Acesso em 21.10.2010.

351 CAHALI; HIRONAKA. *Direito das sucessões.* 2007, p. 185.

À guisa de conclusão, por tudo que foi exposto, Zeno Veloso[352] critica o Código Civil quanto ao direito sucessório do companheiro, referindo que o diploma "não foi feliz", porque "não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social", além de questionar por que se privilegiar vínculos biológicos em detrimento de vínculos de afetividade, ao se fazer com que os companheiros fiquem atrás de colaterais na vocação hereditária.

A seguir, uma vez comparada a sucessão do cônjuge e com a do companheiro, analisaremos a questão em face do ordenamento jurídico atual, enfocando sobretudo na tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, ponto nefrálgico de nosso estudo.

3.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Como já visto, a Constituição equiparou a união estável ao casamento, garantindo-lhe igual proteção estatal. O Código Civil, porém, tratou de contrariar a lei hierarquicamente superior, especialmente no que se refere aos direitos sucessórios, instituindo um quadro em que ora o companheiro é privilegiado, ora o cônjuge recebe mais benefícios pelo passamento do autor da herança. Evidentemente, essa situação não pode prevalecer, sob pena de inconstitucionalidade e injustiça, visto que a família eudemonista exige uma igualdade não encontrada no plano infraconstitucional.

Se tanto a união estável quanto o matrimônio detêm o mesmo status de família, eis que fundadas no afeto e no respeito recíproco, não há que se falar em diferenciação, mesmo porque ausente fundamento para tanto. Devem, por isso, receber o mesmo tratamento. Frise-se que, diferentemente do que alguns doutrinadores defendem, o registro de constituição do casamento, diferença básica do companheirismo, é mera formalidade que marca o início da vida em comum, não prestando para diferenciar direitos de cônjuges e companheiros. Se a Constituição Federal privilegia o casamento, isso se deve à maneira como ele surge, conferindo maior segurança jurídica, por conta da prova pré-constituída das núpcias e do regime de bens, o que, de maneira nenhuma, acarreta desprestígio à família constituída pela união estável. Considerando-se que o vínculo de afeto é o mesmo, é esse sentimento que deve servir de base para a ordem de vocação hereditária.[353]

Quanto a isso, Euclides Benedito de Oliveira[354] observa que a Constituição Federal prevê uma ampla conceituação de família, abrangendo mais de uma espécie dela,

---

352 VELOSO. Do direito sucessório dos companheiros. 2003, p. 249.

353 ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. *In:* PELUSO, Antonio Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007, p. 1779-80.

354 DE OLIVEIRA. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2009, p. 188.

garantindo a todas elas especial proteção por parte do Estado, de modo que a distinção presente no direito sucessório afronta o princípio constitucional da isonomia. Da mesma forma, Maria Berenice Dias[355] sustenta ser inconstitucional a regulamentação conferida pelo Código Civil à união estável no plano do direito sucessório, já que a Constituição não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de família, enquanto o Código Civil tratou de incluir o cônjuge na terceira posição na ordem da vocação hereditária e de excluir o companheiro na ordem de vocação hereditária. Assim, é evidente que feriu o legislador o princípio da igualdade insculpido em nível constitucional.

Não bastasse isso, não há como se ignorar que se aplica ao caso o princípio da proibição de retrocesso social, segundo o qual, tendo a lei previsto certos benefícios, estes restam adquiridos para sempre, tornando-se imexíveis. Em última análise, quer-se dizer que constitui retrocesso normativo o fato de uma norma posterior restringir ou extinguir direitos reconhecidos por uma norma anterior.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet[356] observa que a proibição de retrocesso vale como barreira para atos retroativos – em desrespeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada –, bem como para medidas retrocessivas – quando alguns conteúdos constitucionais são suprimidos ou leis regulamentadoras de dispositivos constitucionais são revogadas. Por conta disso, pretende o doutrinador a vinculação do princípio da proibição de retrocesso à defesa da estabilidade das relações jurídico-sociais, à garantia de graus mínimos de segurança social alcançados e ao princípio da dignidade da pessoa humana.[357] Cuida-se de um princípio lógico, pois, em se negando sua existência, admitir-se-ia que o legislador teria plenos poderes de decisão sem a necessidade de observar o que dispõe nossa Constituição, o que evidentemente contraria toda a base axiológica e de legitimação de nosso sistema jurídico.[358]

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que a Carta Política, no artigo 60, §4º, veda qualquer tipo de proposta de emenda constitucional que tenha por fim abolir direitos e garantias individuais, o que significa que os direitos fundamentais reguladores das relações privadas são intocáveis, justamente por conta da impossibilidade de retrocesso. Isso ocorre porque os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família e das Sucessões exercem função prospectiva, por serem decorrentes de uma evolução incapaz de

---

355 DIAS. *Manual das sucessões*. 2007, p. 66.
356 SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2010, p. 444.
357 Ibid., p. 442-443.
358 Ibid., p. 458-459.

retroceder[359], sob pena de comprometer a dignidade humana e esfacelar a noção da família contemporânea.[360]

Desse modo, considerando que a Lei 8.971/1994 previu a possibilidade de o companheiro herdar a totalidade dos bens do falecido na hipótese de ausência de descendentes e ascendentes, independentemente de a aquisição haver se dado a título oneroso ou gratuito, assim como a Lei 9.278/1996 estabeleceu o direito real de habitação enquanto o companheiro não constituísse novo relacionamento, é indiscutível o retrocesso imposto pelo Código Civil de 2002, porque, além de desigualar as diferentes formas de família e não dar essencial proteção à união estável como modelo de família, ainda lhe retira direitos e vantagens anteriormente fixadas em favor dos companheiros.[361] Rodrigo da Cunha Pereira assevera que as disposições sucessórias da união estável consubstanciam um recuo porque colocam o companheiro em posição muito inferior à do cônjuge, "ratificando o preconceito arraigado e sem propósito de ser a união estável uma 'família de segunda classe'".[362]

Marilene Silveira Guimarães observa que o Código Civil de 2002 introduziu a união estável tanto para o Direito de Família, quanto para o Direito da Sucessão. Porém, se por um lado garante isonomia à união estável em relação ao casamento para os atos *inter vivos*[363], o mesmo não o faz quanto à sucessão, colocando-a em situação inferiorizada, como já exposto. Todavia, Maria Berenice Dias[364] faz a ressalva de que "na hora de deferir direitos, o legislador concede tratamento diferenciado à união estável, mas quando cuida de impor restrições não faz distinções. Claramente, dois pesos e duas medidas!"[365], o que, à toda evidência, comprova a falta de congruência da lei dentro do mesmo Código, sem qualquer justificativa plausível. É justamente por isso que destaca Sérgio Gischkow Pereira que "a diferença é tão gritante que parece ter sido o Código Civil confeccionado por Congressos Nacionais diversos! A união estável é altamente prestigiada no direito de família, mas maltratada no direito sucessório".[366]

Além disso, analisando o sistema jurídico em que a família eudemonista surgiu, não há como deixar de referir que o conjunto de normas sucessórias do Código Civil

---

359 DE OLIVEIRA. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 2002, p. 274.
360 Ibid., p. 276.
361 DA GAMA. *Direito civil, sucessões*. 2003, p. 45.
362 PEREIRA. *Concubinato e união estável*. 2004, p. 125-126.
363 Os mesmos direitos e deveres são dispensados à união estável e ao casamento no tocante à similaridade de direitos e deveres inerentes à convivência marital (artigos 1.565 a 1.570 e 1.724), à proteção e criação dos filhos (artigos 1.583 a 1.638), ao regime de bens (artigos 1.639 a 1.640 e 1.725) e aos alimentos (artigos 1.694 a 1.710).
364 DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 67.
365 Citem-se a possibilidade de ser herdeiro testamentário ou legatário é afastada se a pessoa mantém relação estável com quem, a pedido do testador, redigiu o testamento (art. 1.801); o impedimento de um dos companheiros de suceder impede que o outro seja beneficiado em testamento, eis que considerado interposta pessoa (art. 1.802); a união estável é considerada para fins de excluir da sucessão herdeiro ou legatário por indignidade (art. 1814).
366 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

referentes à união estável encontra-se descompassado do conceito de família constitucionalizada, porque, enquanto esse sistema privilegia o afeto, aquele ainda guarda importantes influências do modelo patriarcal.[367]

No plano do Direito Sucessório, muito embora o legislador tenha se ocupado com o estabelecimento de uma ordem de vocação hereditária, o que deve prevalecer é o afeto, considerando a previsão constitucional de que é esse sentimento que constitui o vínculo familiar. É justamente isso que Maria Berenice Dias[368] leciona:

> Ainda que a transmissão da herança se trate de direito individual, o que fundamenta o direito sucessório nos dias atuais é o afeto. A lei civil faz presumir esses laços de amor quando não são determinados por escolha em disposição de última vontade. Como tem por finalidade garantir a segurança familiar, o direito sucessório tem dimensão social. Assim, não só no âmbito da família, mas também quando se fala em direito sucessório, é impositivo invocar o princípio fundamental da dignidade humana.

Na contramão da maioria da doutrina, surge o posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite, para quem a diferenciação entre o cônjuge e o companheiro prevista no artigo 1.790 do Código Civil é correta e de acordo com o texto constitucional, uma vez que o artigo 226, §3º, da Carta Magna não pretendeu igualar as duas realidades jurídicas, pois, se essa fosse a intenção, não teria dito expressamente que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, pois somente podemos converter uma coisa em outra quando estas são desiguais.[369]

Sob outro enfoque mas com o mesmo posicionamento, Alexandre Gir Gomes[370] destaca que a outorga de direitos sucessórios iguais ao cônjuge e ao convivente sobrevivo ocasionaria a extinção do instituto do matrimônio, razão pela qual o legislador optou por fixar a desigualdade quanto aos direitos sucessórios para ambos os modelos familiares.

É exatamente nesse sentido que os defensores da diferenciação costumam fundamentar seu posicionamento: a desigualdade entre as duas relações foi uma opção do legislador, em face da previsão constitucional que não teria equiparado os efeitos da união estável aos do casamento, sendo a primeira uma instituição meio e a segunda uma instituição fim, sem que tal disparidade possa ser considerada discriminação.[371] Aliás, foi esse o fundamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no já

---

367 Nesse sentido, importante destacar o pensamento de Silvio de Salvo Venosa, no sentido de que "o legislador teve rebuços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais". VENOSA. *Direito civil*. 2008, p. 142).

368 DIAS. *Direito das sucessões*. 2008, p. 30.

369 LEITE. *Comentários ao Novo Código Civil.* 2003, p. 51-54.

370 GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo código civil: constitucionalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 9-17, jul.-set. 2002, p. 15.

371 RÉGIS. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? 2005, p. 222.

citado incidente de inconstitucionalidade nº. 70029390374[372], segundo voto da Redatora para o acórdão, Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza:

> Ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, distinguiu o Constituinte o casamento da união estável. Não há, portanto, equiparação constitucional entre a união estável e o casamento. Tivesse assim feito, não seria necessária a sua conversão em casamento, se assim fosse de interesse das pessoas. Teriam status de casadas todas as pessoas que mantivessem união estável. Não é, contudo, assim. [...] A crítica que pode ser feita ao referido dispositivo legal, contudo, não leva a sua inconstitucionalidade. Trata-se de escolha do legislador. Outros dispositivos do Código, inclusive, no campo sucessório, podem ser, também, criticados, como a que considera herdeiro necessário o cônjuge casado sob o regime convencional de separação de bens [...]

Com efeito, ainda que se defenda a discricionariedade do legislador para estipular a ordem de vocação hereditária, não restam dúvidas de que, sendo essa fixação apenas opção política, não há como se afrontar o reconhecimento constitucional do afeto, de modo que as normas que prevêem diferentes quinhões hereditários para cônjuges e companheiros dissonam do Texto Maior, porque nada mais fazem do que reconhecer direitos sucessórios diferentes para pessoas com idêntico nível de afeto mantido com o autor da herança.[373]

Dessa forma, em não havendo como se ignorar a violação aos princípios da afetividade e da pluralidade de famílias, além de o artigo 1.790 do Código Civil negar a tutela especial garantida no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal[374], parece-nos que a melhor solução é a declaração de sua inconstitucionalidade, em contramão do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, passando-se a aplicar ao companheiro, por analogia, as regras do artigo 1.829 do Código Civil.

A redação do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal apresenta inegável vinculação à dimensão objetiva dos direito fundamentais, reforçando a juridicidade dos direitos fundamentais,[375] que deixam de ser limites para o Estado convertendo-se em norte da sua atuação.[376]A partir de então, ao incorporarem e expressarem determinados valores objetivos da comunidade, eles merecem uma eficácia do ponto de vista social, dirigente no

---

372 Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Leo Lima, Redator para Acordão: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/11/2009

373 A esse respeito, Aldemiro Rezende Dantas Júnior defende que o artigo 1.790 "deve ser destinado à lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do Direito", pois concedeu tratamento desigual a entidades familiares equiparadas pela Constituição Federal de 1988. (DANTAS JÚNIOR. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivo. 2005, p. 141-142)

374 A esse respeito, Aldemiro Rezende Dantas Júnior defende que o artigo 1.790 "deve ser destinado à lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do Direito", pois concedeu tratamento desigual a entidades familiares equiparadas pela Constituição Federal de 1988. (Ibid., p. 141-142)

375 SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2010, p. 144.

376 SARMENTO. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. 2002, p. 63-102, p. 65.

que se refere aos órgãos estatais – tanto na realização de políticas públicas quanto na hermenêutica aplicada às disposições infraconstitucionais.[377] [378]

Um dos principais desdobramentos desta nova dimensão está no que se denomina eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que implica reconhecer que os valores que a eles dão lastro penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes[379] para os três Poderes. Impondo uma nova leitura de todo o direito positivo, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites ao ordenamento para figurarem como verdadeiro eixo gravitacional, de modo a figurar como peça-chave no processo de constitucionalização do direito infraconstitucional.[380]

Ora, tendo em conta tanto a eficácia irradiante e dirigente dos direitos fundamentais, quanto o atual entendimento do STF no sentido de que eles não estão apenas contidos no artigo 5º da Constituição Federal, mas sim espalhados por todo texto da Carta Política[381], resta evidente a posição nuclear que artigo 226, §3º, toma frente a toda hermenêutica relacionada ao regime de sucessão no Direito de Família. Uma interpretação sistemática do direito pressupõe uma consideração unitária e aberta[382], que, evitando e superando antinomias em sentido amplo, busque dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, expressamente dispostos em nossa Carta Magna, a qual, em seu artigo 3º, refere a necessária construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Para que isso se perfectibilize, parece fundamental uma justa e sistemática interpretação das normas constitucionais, o que só será feito tendo em vista alguns

---

377 SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2010, p. 14.

378 Aqui não se esgotam os reflexos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como salienta Paulo Bonavides: "[...] A elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; a aquisição de um "duplo caráter", ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 588).

379 SARMENTO. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. 2002, p. 63-102, p. 80.

380 Ibid., p. 81.

381 Como bem acentuou o eminente Ministro Carlos Velloso ao proferir voto em ação direta de inconstitucionalidade, estão eles espalhados por toda a Constituição e não apenas nos setenta e sete incisos do art. 5º: "Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas em direitos individuais, assim de primeira geração. Já falamos de direitos de primeira, de Segunda, de terceira e até de quarta geração." (ementário 1.730-10, cit).

382 FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 183.

preceitos, dentre eles o de que "toda exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível"[383], devendo o intérprete considerar, de maneira ampliativa, o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, garantindo ao máximo o acesso legítimo a sua prestação.

Evidentemente, há que se ter em mente que, para toda norma, existem casos fáceis, que caem no "núcleo luminoso" do texto normativo, como também "zonas de penumbra".[384] No entanto, quem decide se um caso cai em uma ou em outra zona é, fundamentalmente, o juiz. Por este motivo, Ricardo Guastini[385] afirma que até mesmo estas fronteiras incertas são resultado da discricionariedade dos intérpretes. Caberia ao exegeta, portanto, suprir as lacunas que ele próprio deu causa no seu processo interpretativo. Talvez por esse motivo não deva o exegeta preocupar-se demasiadamente com a "vontade da lei", senão com a exaltação do espírito democrático e inclusivo da Constituição Federal.[386]

Desta feita, à imagem do que afirmara Luis Roberto Barroso[387] quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, extrair desse preceito uma conseqüência restritiva de direitos importaria em desvirtuar a sua natureza, vale dizer, a de uma norma inclusiva:

> A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória [...]

Por tudo isso é que se afirma, novamente, a inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional em análise. Se não há ramo do Direito que não seja atingido pelos princípios constitucionais, sob pena de ter-se uma Carta Magna sem efeitos, a identificação mais adequada do regime jurídico da sucessão do companheiro deve, forçosamente, dialogar com todo o ordenamento constitucional, a partir de uma percepção que vá além do texto, mas sem manipulá-lo ou desconsiderá-lo.[388]

---

383 FREITAS. *A interpretação sistemática do Direito*. 2004, p. 183.
384 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p 142.
385 Ibid., p 142.
386 Ibid., p 142.
387 BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Acesso em: 24.10.2010.
388 FREITAS. Op. cit., p. 203.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a família, ao longo dos tempos, passou por um profundo processo evolutivo, conseqüência das modificações sociais a nível global. Com o tempo, muitas pessoas passaram a optar por simplesmente viver sob o mesmo teto, ignorando qualquer laço matrimonial, enquanto que outras, saídas de matrimônios mal sucedidos, optaram por viver apenas junto a sua prole, sem a presença de cônjuge. Isso tudo serviu para se constatar que não poderia a família limitar-se ao matrimônio, porque, longe dele, muitos grupos mantinham sentimentos próprios de uma família, mas não eram formados a partir do ato solene do casamento.

Após um período de ditadura militar, no Brasil notou-se a importância de um Estado Democrático de Direito que reconhecesse e garantisse a dignidade da pessoa humana e a igualdade de seus cidadãos. É em decorrência disso que a Constituição Federal de 1988, como Constituição dirigente que é, assumiu para si a tarefa de incluir no ordenamento jurídico brasileiro inúmeras modificações até então restritas aos meios sociais, mas ainda estranhas ao Direito. Na esfera do Direito de Família, preocupou-se o constituinte em reconhecer a união estável e as famílias monoparentais como outras duas espécies de família. Surgia, então, a expressão “entidade familiar”, que garantia a todas as modalidades de agrupamento familiar igual proteção estatal.

Trata-se do reconhecimento do princípio da pluralidade familiar, segundo o qual os diferentes contextos familiares passam a ser, em igual proporção, relevantes para o nosso sistema jurídico, independentemente da forma de sua constituição. Com isso, não restam dúvidas de que o afeto passa a ser valor do ordenamento jurídico. E mais: ele deve ser perseguido pelo Estado não só para promover a satisfação pessoal dos cidadãos, mas também porque cada núcleo familiar funciona como base da sociedade, sendo vedada uma conduta estatal que contrarie a disposição constitucional.

Porém, embora reconhecida juridicamente a inclusão da união estável como entidade familiar no artigo 226, §3º, da Carta Política, o companheirismo ainda pendia de regulamentação no plano infraconstitucional, razão pela qual foi editada a Lei 8.971/1994, a fim de dar definições mais sólidas do que de fato se tratava por essas uniões afetivas. Através dela, passou-se a exigir que os companheiros fossem solteiros e o relacionamento perdurasse pelo lapso temporal mínimo de cinco anos na hipótese de inexistência de filhos, assim como garantia o direito de alimentos, de usufruto, de propriedade, de meação e de herança aos conviventes.

Posteriormente, sobreveio a Lei 9.278/1996, possibilitando o surgimento da união estável entre pessoas separadas de fato, prevendo o dever de assistência moral e material, a comunicação de bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, o direito real de habitação e os requisitos para a conversão do relacionamento em matrimônio.

O Código Civil de 2002, por sua vez, elencou, no seu artigo 1.723, para a caracterização da união estável, os requisitos da diversidade de sexos, a convivência pública, contínua e duradoura, bem como o objetivo de constituir família e a ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial. Preocupou-se o legislador ainda com os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. A intenção foi justamente dar contorno ao que o constituinte nomeara de união estável e, assim, afastar a possibilidade de que todo relacionamento pudesse vir a ser considerado companheirismo.

Porém, atualmente, relevante parte da doutrina e da jurisprudência já tratam de afastar os requisitos da diversidade de sexos e da ausência de matrimônio civil válido e de impedimento para o matrimônio, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da pluralidade de famílias, o que parece acertado, visto que, se presentes os demais requisitos e, sobretudo, em se reconhecendo a presença de afeto, não há como se deixar de reconhecer o *status* de família.

Ainda no âmbito do Direito de Família, há que se destacar que foram previstos idênticos direitos e deveres ao companheiro e ao cônjuge, tais como o direito a pleitear alimentos, o dever de criar e proteger a prole, a adoção do regime da comunhão parcial de bens como regime legal de bens, só havendo diferenciação legal quando guardar relação com os aspectos formais de surgimento da família, como ocorre na outorga uxória para alienação de imóvel comum do casal.

Entretanto, situação diametralmente oposta se verifica no que se refere aos aspectos sucessórios, uma vez que o Código Civil de 2002 tratou de introduzir importantes inovações em nosso sistema jurídico, muitas em descompasso com as demais normas, simplesmente ignorando o contexto jurídico em que passou a viger, o que alguns doutrinadores tentam justificar pelo fato de o seu Anteprojeto datar do ano de 1975, anterior à própria Lei do Divórcio.

O fato é que o diploma civilista acabou por limitar consideravelmente o direito sucessório do companheiro, ao passo que melhorou em muito as condições de herança do cônjuge. Isso significa, sem sombra de dúvidas, que a união estável foi prejudicada em relação ao casamento pela lei civil, o que foge da esfera de atuação infraconstitucional,

visto que a Constituição Federal, instrumento normativo hierarquicamente superior, tratou de dar o mesmo *status* jurídico aos variados grupos familiares.

Nessa esteira, o cônjuge foi elevado ao patamar de herdeiro necessário, nos termos do artigo 1.845 do diploma civilista, "salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares". Além disso, a previsão do artigo 1.830 do mesmo código permite que o cônjuge supérstite separado de fato por período superior a dois anos possa provar que não deu causa à separação e, com isso, fazer jus à herança do falecido, autorizando, assim, a discussão da culpa pelo término dos relacionamentos, há muito abandonada pelo Direito de Família. Ainda ao cônjuge sobrevivente foi garantido o direito real de habitação em relação ao imóvel em que a família residia, independentemente do regime de bens adotado no matrimônio e da superveniência de novo relacionamento, consoante o artigo 1.831 do Código Civil.

Já, em relação à união estável, o direito sucessório do companheiro sobrevivente foi limitado a apenas um artigo, inserido erroneamente na parte das "Disposições gerais" do Livro V – Do Direito das Sucessões, quando deveria estar localizado próximo ao artigo 1.829 do Código Civil, que lhe erigiria ao patamar de herdeiro necessário. Não bastasse isso, ainda o legislador de 2002 restringiu o direito de herança do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, sem fazer qualquer menção ao direito real de habitação.

Com efeito, cumpre frisar que o direito de herança tem seu fundamento jurídico no grau de afinidade do falecido com os herdeiros, o que inclusive deveria determinar a inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária. Isso ocorre porque há uma presunção legal de que as pessoas são vocacionadas para receber o legado do falecido porque mantiveram laços afetivos com ele. Não há, portanto, como se excluir o companheiro da ordem de vocação hereditária quando o cônjuge consta naquele rol, pois, novamente, o vínculo afetivo independe de como foi inaugurada a família, mas sim de que o herdeiro faça parte do grupo familiar do autor da herança. Entendimento diverso, ressalte-se, evidentemente, contrariaria frontalmente a proteção estatal que o constituinte almejou para a família.

Ora, considerando que o casamento e a união estável foram considerados tipos de entidade familiar pelo constituinte, não poderia o legislador infraconstitucional, com poder de atuação restrito aos limites da Carta Política, prever tratamento discriminatório para uma das modalidades de família, porque assim não a está protegendo e ainda cria uma hierarquia familiar inexistente e mesmo vedada no âmbito constitucional. Isso deve ser sustentado

tanto para as situações em que o cônjuge, nas mesmas condições do companheiro, é privilegiado em detrimento deste, quanto para as hipóteses em que é o companheiro que herda mais do que o cônjuge em casos análogos.

Sob outro aspecto, há ainda que se considerar o fato de que o Código Civil de 2002 trouxe ao ordenamento jurídico um relativo retrocesso social, uma vez que aboliu direitos conquistados pelos companheiros nas leis de 1994 e 1996 e antes mesmo reconhecidos jurisprudencialmente. Houve, assim, evidente redução da proteção estatal aos direitos até então assegurados aos companheiros, de modo que o legislador deixou de dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais insculpidos na Carta Política de 1988, uma vez que o direito de herança foi tratado como direito fundamental. Ainda que o legislador infraconstitucional goze de arbítrio regulamentar no que se refere ao Direito das Sucessões, ele deve observar os limites impostos pelos princípios constitucionais, razão pela qual incide o conteúdo do artigo 1.790 do Código Civil em inconstitucionalidade.

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que cabe ao Poder Judiciário – muito embora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já tenha se posicionado em sentido contrário – declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, aplicando, por analogia, o artigo 1.829 do mesmo diploma, por se tratar da saída jurídica que melhor coaduna a questão sucessória do companheiro aos princípios constitucionais e à própria lógica da família eudemonista, de igualdade das entidades familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. *In:* PELUSO, Antonio Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARRETO, Marcele Machado. Enunciado Art. 1.790. In. DE AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). IV Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2007.

BARROS, Flávia Fernandes de Miranda. *Os aspectos sucessórios entre os companheiros segundo o Código Civil de 2002*. 2006. 135 f. Dissertação (Mestado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada ao Código Civil e Lei de Imprensa. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, jan/mar, p. 1 – 36.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em 08.08.2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br>. Acesso em: 12.07.2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.03.2010.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13.03.2010.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. *In.:* WELTER, Pedro Belmiro; MADALENO, Rolf Hansen. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Franciso José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, Sucessão dos cônjuges e Sucessão na união estável. Revista da EMERJ, Trimestral, Número Especial, Parte II jul 2002 a abr de 2003.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 42.

DA COSTA, Inês Moreira. Enunciado Art. 1.790. *In.* DE AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado (Coord.). IV Jornada de Direito Civil.. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2007.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo – uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito Civil, Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

DAL´BELLO, Bruna. *O tratamento da sucessão na união estável no Código Civil de 2002 comparativamente à Constituição Federal de 1988: uma relação contraditória*. 2009. 95 f. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivo. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, abr.-mai. 2005.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas 'versus' famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)*. In.: Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Aracaju. n. 3. 2002. Disponível em <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 16.06.2010.

DE MENEZES, Maurício Moreira Mendonça. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://www.bocater.com.br>. Acesso em 17.06.2010.

DE OLIVEIRA, Euclides. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Filhos, bens e amor não combinam! ou a concorrência sucessória.* Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br> Acesso em: 10.10.2010.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* v.6. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da união estável como entidade familiar*. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br>. Acesso 29.07.2010.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo código civil: constitucionalidade. *Revista de Direito Privado,* São Paulo, v. 3, n. 11, p. 9-17, jul.-set. 2002.

GOMES, Orlando. Sucessões. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável – na constância da união e na sucessão. In. WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes*. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br>. Acesso em 16.08.2010.

_____. Família e casamento em evolução. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 1.

_____. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil:* parte especial – direito das sucessões. v.20. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Ordem de vocação hereditária. In. _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Sobre a ordem de vocação hereditária:* condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em: 13.05.2010.

I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 117. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2002. Disponível em <www.cjf.gov.br>. Acesso em 21.10.2010.

III Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 266. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*. *In.:* Revista da Ajuris. n. 110. Porto Alegre: Ajuris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.21, p. 51-54.

_____. *O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e incertezas*. *In*.: CAHALI, Yussef Said; PINTO, Teresa Arruma Alvim (Coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do direito civil*. *In.* Revista de informação legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 16.06.2010.

_____. A repersonalização das relações de família. *In.:* DEL´OLMO, Florisbal de Souza; Araújo, Luís Ivani de Amorim (Coord). *Direito de família contemporânea e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos* numerus clausus. In. DE FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). Temas atuais de direito e processo de família. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MADALENO, Rolf. *O Novo Direito Sucessório Brasileiro.* Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br>. Acesso em 07.09.2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. v.6. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. vol. 1. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Disponível em < http://www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em 16.06.2010.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. Vol. 9. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DE OLIVEIRA, Euclides Benedito. A concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família***.** Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, abr.-mai. 2005.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de Direito Civil.* v.6. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Da união estável*. In.: DIAS, Maria Berenice. _____ (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *In.: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, abr.-mai. 2005.

RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. 2009. 232 f. Dissertação (Mestado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v.7. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *Arquivo de direitos humanos.* v.4, 2002.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

STÜRMER, Amelia Elisabeth Baldoino da Silva. O princípio da supremacia da Constituição e a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *In.* DE OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes (org.). *Leituras do direito constitucional*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. In.: Temas atuais do Direito de Família. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em 15.07.2010.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Disponível em: <www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 06.07.2010.

_____. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em 16.06.2010.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* v. 6. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil*. v.7. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.