

## O direito sucessório dos companheiros à luz do Código Civil de 2002

Luciana Ramos Jordão\*

A resposta certa, não importa nada: o essencial é que as perguntas estejam certas.

(Mário Quintana)

### Resumo

O presente trabalho, após analisar as peculiaridades das famílias constituídas pelo casamento e pela união estável, apresenta um breve histórico de seu desenvolvimento jurídico. Destarte, permite-se melhor compreensão dos efeitos decorrentes de ambos os institutos, e especialmente dos efeitos sucessórios. Discute-se se o alcance dado aos efeitos sucessórios advindos da união estável e do casamento se encontram em sintonia com o que reza o artigo 226, da Constituição Federal de 1988. A fim de contribuir com o enriquecimento do debate sobre a questão, são analisadas as opiniões de alguns autores, e é feita sugestão de alteração legislativa.

Palavras-chave: 1. União Estável; 2. Família; 3. Casamento; 4. Sucessão.

### Abstract

After analyzing the peculiarities of families bound by marriage and cohabitation, this paper presents a brief history of their juridical development. Therefore, allowing for a better understanding of the effects that both institutions have, particularly in regards to the effects on inheritance. The paper discusses whether the reach given to effects on inheritance, attendant on cohabitation and marriage, are in accord with what is envisioned in article 226 of the Federal Constitution of 1988. As a means to enriching the debate on this issue, the opinions of some authors are analyzed and legislative alterations are suggested.

Keywords: 1. Cohabitation; 2. Family; 3. Marriage; 4. Inheritance.

### Introdução

A família, como base da sociedade, merece a proteção do Estado e o direito sucessório se relaciona intimamente com a proteção que se deve dar a ela, como determina a Constituição Federal. Assim, o direito das sucessões é ramo atrelado ao direito de família.

Washington de Barros Monteiro, como outros autores que se dedicam ao estudo do direito civil reconhece a ligação entre o direito de família e o direito das sucessões: "O direito sucessório remonta à mais alta antiguidade. Perde-se sua origem na noite dos tempos, parecendo que se prende à comunidade da família, de que constituiria prolongamento natural". [01]

Destarte, antes de desenvolver o estudo acerca do direito sucessório decorrente da união estável, é necessário que se verifique os aspectos atinentes à família, não só aquela que nasce da celebração do matrimônio, como ainda aquela que se constitui por meio da convivência estável de pessoas de sexo diferente.

O presente trabalho pretende analisar o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 ao casamento e à união estável, no que diz respeito ao direito sucessório advindo da constituição destes dois tipos de família, tendo em vista as disposições da Constituição Federal de 1988.

É grande a polêmica entre os estudiosos que se debruçam sobre o tema. A discussão em torno dos efeitos produzidos por estes institutos parece ser tão antiga quanto eles próprios. E, particularmente quanto aos efeitos sucessórios, parece ser ainda maior o fervor com que se discute o alcance produzido pela norma constitucional.

O legislador do Código Civil, cumprindo o papel que lhe cabe, tratou de incluir disposições específicas sobre a união estável no novo diploma. Todavia, não o fez de modo suficientemente claro, o que gera as mais diversas interpretações. Há entendimento no sentido de que casamento e união estável foram iguados pela Constituição de 1988, o que deveria redundar na equiparação dos efeitos gerados pelo matrimônio e pela união entre os companheiros. Há ainda aqueles que dizem serem institutos de naturezas diversas, dos quais não podem derivar os mesmos efeitos.

Para esclarecer se o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 à sucessão entre companheiros atende ou não ao que dispõe o artigo 226 da Constituição Federal – objetivo deste trabalho - optou-se primeiramente por conceituar a família, já que tanto o casamento, quanto a união estável existem para dar proteção à família.

Após a análise do conceito e de um breve histórico da família desde os tempos da Roma antiga, passa-se a conceituar o casamento e a união estável, com a apresentação de definições de diversos e renomados autores, comentando os principais pontos de discordância entre eles, e traçando também alguns lineamentos históricos, para que seja possível compreender os fatos que conduziram a legislação ao estado em que atualmente se encontra.

No segundo capítulo, são feitas considerações a respeito da sucessão, fala-se sobre os efeitos produzidos pela realização do matrimônio, e pela constituição da união estável, no âmbito pessoal, social e econômico, destacando os efeitos sucessórios previstos no Código Civil de 2002.

O terceiro capítulo apresenta a opinião de alguns autores, que possuem diferentes entendimentos acerca do tema. A análise dos estudos realizados por esses juristas proporciona compreender melhor o tema, verificando os principais pontos de concordância e de discordância entre eles, e que, possivelmente serão alvo de mudança legislativa.

Em virtude das inúmeras críticas dirigidas ao artigo 1.790 do Código Civil, certamente será necessária a reforma do texto legal para equilibrar o desejo do legislador constituinte aos dispositivos constantes do Código. As atuais disposições se apresentam de modo confuso, pois ora se privilegia o companheiro em detrimento da pessoa casada, e ora se confere mais direitos àqueles unidos pelo matrimônio que aos conviventes. Há ainda o fato de Código não trazer disposição acerca da vigência ou não das leis 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996.

Feitas as considerações pertinentes, o presente trabalho não poderia deixar de apresentar uma resposta para a questão que ora se discute. Afinal, o objetivo de se estudar este ou aquele tema é em geral encontrar uma solução que agrade ao estudioso e que seja viável. Assim, esta monografia é encerrada com uma proposta de modificação do texto do Código Civil, que resulta da análise dos estudos aqui desenvolvidos.

Nunca é suficiente salientar que a função do presente trabalho não é apresentar uma verdade incontestável. Nem se pode dizer que a solução encontrada seja ao certo a mais adequada, o que se espera aqui é contribuir para o desenvolvimento de um Direito mais justo.

## 1.DA FAMÍLIA

Definir sempre foi tarefa árdua e geradora de incansáveis debates entre os estudiosos. Mas é notável a importância que tal etapa do estudo possui dentro da análise de qualquer questão, seja ela jurídica ou não, já que somente assim é possível ter ampla compreensão do que se deseja verificar.

É imprescindível que se fale sobre a família antes de se tratar do casamento e da união estável, haja vista sua existência preceder o surgimento de tais institutos. A bem da verdade, a união estável e o casamento existem tão somente para dar à família a proteção legal que ela merece, resguardando o direito dos filhos, da mulher e do homem, e também impondo-lhes deveres.

### 1.1.Conceito

Conforme ensina José Carlos Moreira Alves, no Direito Romano, a análise do termo família deve considerar a existência de cinco tipos de grupos de pessoas ligadas pelo parentesco ou pelo casamento: a gens, a família comuni iure, o conjunto de cognados em sentido restrito, a família próprio iure e a família natural. [02]

Os membros das gens acreditavam descender de um mesmo antepassado lendário, de quem teriam herdado o nome gentílico, que os mantinha unidos. [03]

A família comuni iure abrange o conjunto de pessoas ligadas por parentesco agnático [04], que estariam sujeitas à patria potestas de um pater familias em comum, se ele ainda fosse vivo. [05]

O conjunto de cognados em sentido restrito é formado pelas pessoas não agnadas entre si, mas que estão ligadas pelo parentesco consanguíneo [06].

A família proprio iure era composta por aqueles que se encontravam sob a patria potestas de um pater familias.

A família natural consistia "... dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido ser, ou não, pater familias da mulher e dos descendentes imediatos". [07] O conceito de família era independente da consanguinidade, remetendo ao conjunto de pessoas que se encontravam sob a patria potestas de um ascendente comum mais velho e ainda vivo, e incluindo a esposa do pater e as mulheres casadas com os seus descendentes.

A família em sentido amplo, genérico ou biológico se apresenta como o grupo formado pelos descendentes de um ancestral comum, incluídos os cônjuges juntamente com seus filhos e irmãos. Tal conceito por sua extensão é comparado à concepção romana de Gens, ou grega de Genos. [08] A família romana era vista como unidade produtiva. Assim, havia amplo incentivo à procriação haja vista os membros da entidade familiar representarem força de trabalho aproveitável a todo o grupo, pois existia somente um patrimônio pertencente à família e administrado pelo pater, que era também administrador da justiça, líder religioso, e, na primeira fase do Direito Romano, representante da família no Senado. [09]

Segundo Fustel de Coulanges a união dos membros da família antiga tinha como principal fundamento a religião doméstica. [10]

O esteio da família não o encontramos tão-pouco no afecto natural. O direito grego como o direito romano não tomavam na menor conta este sentimento. Podia este realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era. O pai podia estremecer sua filha, mas não lhe podia legar os seus bens. As leis da sucessão, isto é, aquelas leis de entre as demais que com mais exactidão traduzem as idéias formadas pelos homens acerca da família, essas, estão em flagrante contradição, tanto com a ordem de nascimento como com o afecto natural. [11]

A mulher passava a integrar a família pelo casamento, e a partir deste momento deveria se dedicar à religião de sua família, abandonando o culto de seus pais. Destarte, ela nunca poderia ser a chefe do culto doméstico, pois, sendo obrigada a seguir a religião de seu marido a partir do casamento, o culto de seus antepassados seria extinto quando ela se casasse. O papel de chefe do culto da família cabia ao pai, responsável pela perpetuação da religião familiar, e pessoa que possuía autoridade sobre e a mulher e sobre os filhos, considerados menores enquanto vivesse o pai.

Nesta antiguidade, o pai não é somente o homem forte protegendo os seus e tendo também a autoridade de fazer-se por eles obedecer: o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avós, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda religião reside no pai. [12]

A autoridade conferida ao pai como chefe religioso responsável pela continuidade do culto e, conseqüentemente da família, conferia a ele uma série de direitos: de propriedade sobre os bens da família; de reconhecer ou de repelir o filho ao nascer; de vender os filhos; de repudiar a mulher em caso de esterilidade ou de adultério; de casar os filhos; de emancipar ou adotar, excluindo ou introduzindo alguém na religião doméstica; de, ao morrer, designar tutor para sua mulher; de ficar com os filhos após o divórcio. [13]

A organização da sociedade medieval também se relaciona ao modo como se estruturavam as famílias da época. A história do feudalismo é marcada pelos feitos de suas famílias.

A família é considerada como um corpo onde corre, em todos seus membros, o mesmo sangue — ou como um mundo reduzido, com cada ser cumprindo a sua parte, consciente de fazer parte de um todo. A união não se estabelece mais, como na antiguidade romana, por uma concepção estatista da autoridade de seu chefe, mas por este fato de ordem biológica e também moral: todos os indivíduos que compõem uma mesma família são unidos pela carne e pelo sangue, seus interesses são solidários, e nada é mais respeitável que a afeição natural que os anima, uns pelos outros. [14]

Na família medieval o pai assume o papel de chefe. Todavia, diferentemente do que ocorria na família romana, ele não tinha poder absoluto sobre os seus familiares. A mulher entregava a gestão de seus bens ao marido porque ele era considerado mais capaz de os gerenciar e os fazer render frutos aproveitáveis à família. Os bens da esposa não deixavam de lhe pertencer, como ocorria na família antiga, em que a mulher viúva não tinha direito sequer a receber o seu dote. [15]

A comunidade conjugal, pai e mãe, exercia conjuntamente, então, a função da educação e da proteção dos filhos, assim como, eventualmente, a administração de seus bens. É verdade que a família era concebida em um sentido mais amplo; esta educação causa infinitamente menos problemas, porque ela se faz no meio de um contexto vital, de uma comunidade familiar mais abrangente e mais diversificada do

que hoje, pois não está reduzida à célula inicial pai-mãe-criança, mas comporta também os avós, colaterais, domésticos no sentido etimológico do termo. [16]

A prática do casamento monogâmico, adotado pela sociedade medieval, proporcionava à mulher e aos filhos a segurança de terem um lar estável, fortalecendo a noção de igualdade entre os cônjuges, pregada pelos cristãos. Na família medieval a mulher já não era vista como pessoa completamente subordinada aos desígnios de seu marido. Ela influenciava nas decisões familiares tanto quanto o homem, pois conforme prega o cristianismo, homem e mulher são igualmente pessoas. [17]

O casamento no mundo ocidental e cristão pressupunha uma troca de informações sobre o outro, base da relação de pessoa a pessoa, que se instaurava no âmbito familiar, à medida que a mulher deixava de ser um mero objeto de fecundação substituível e descartável, para ser uma presença permanente, capaz de contribuir para a unidade e humanização da família. [18]

A concepção cristã de amor entre o homem e a mulher (eros) pressupõe a existência de uma relação monogâmica, pautada no respeito e no auxílio mútuo e incondicional, que evolui dentro de seu caráter de definitividade.

Embora o eros seja inicialmente sobretudo ambicioso, ascendente – fascinação pela grande promessa de felicidade – depois, à medida que se aproxima do outro, far-se-á cada vez menos perguntas sobre si próprio, procurará sempre mais a felicidade do outro, preocupar-se á cada vez mais dele, doar-se-á e desejará "existir para" o outro. [19]

Durante a Idade Média, os filhos também se submetiam a autoridade paternal, mas somente até que atingissem a maioridade, quando passavam a ser livres para, se quisessem, fundar suas próprias famílias. Mas o afastamento de um filho não redundava necessariamente na perda da proteção e apoio de seus familiares, enquanto em Roma, o desligamento implicava a ruptura dos laços familiares. A partir do casamento, ou da emancipação o filho era excluído da religião de sua família. [20]

O pai era responsável pela administração dos bens da família, devendo zelar deles, tendo em vista a transmissão destes bens aos seus descendentes. As terras pertencentes à família eram impenhoráveis e inalienáveis, devendo ser transmitidas um único herdeiro [21], pois a divisão da propriedade familiar poderia implicar a diminuição do progresso da família.

A partir do século XIV, os imperadores europeus, visando a unificação das terras a eles submissas, passaram a utilizar o Direito Romano como instrumento de centralização, o que interferiu na noção de família da época.

A família francesa passa a se modelar sobre um tipo estatal que ela nunca tinha conhecido, e assim como o pai de família vai concentrar em suas mãos todo o poder familiar, assim também o Estado caminha para uma Monarquia absoluta. Apesar das aparências, a Revolução Francesa (1789) não foi um começo, mas um fim de linha:

resultado da evolução de dois ou três séculos, ela representa o estabelecimento definitivo em nosso meio da lei romana, em prejuízo dos costumes; Napoleão só fez consolidar sua obra instituindo o Código Civil e organizando o exército, o ensino, a nação inteira, pelo ideal de funcionários da Roma antiga. [22]

Somente no século XX, a mulher resgata o espaço conquistado na Idade Média [23], antes da retomada pelos europeus das normas do Direito Romano, responsável pela diminuição da participação feminina na vida familiar e social. [24] Sobre esse assunto interessante é o comentário de Régine Pernoud:

A reação só chegou em nossos tempos. Entretanto, ela é, digamo-lo, muito decepcionante: tudo se passa como se a mulher, eufórica pela idéia de ter penetrado no mundo masculino, continuasse incapaz da força da imaginação suplementar, que lhe seria necessária, para levar a este mundo seu traço particular, precisamente aquele que faz falta à nossa sociedade. Basta-lhe imitar o homem, ser julgada capaz de exercer as mesmas funções, adotar os comportamentos e até os hábitos de vestir do seu parceiro, sem mesmo se questionar sobre o que é realmente contestável e o que deveria ser contestado. Seria o caso de se perguntar se ela não está movida por uma admiração inconsciente, o que podemos considerar excessivo, por um mundo masculino que ela acredita necessário e suficiente copiar com tanta exatidão quanto possível, seja perdendo ela própria sua identidade, ou negando antecipadamente sua originalidade. [25]

Clovis Beviláqua identifica como fatores constitutivos da família "... em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filiprogenie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar". [26]

Segundo Caio Mário, "Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se o grupo familiar aos pais e filhos, e assumiu cunho sacramental". [27]

Os pais exercem o pátrio poder, identificado no novo Código Civil com "Poder Familiar", no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). A expressão poder marital já se considera um eufemismo vazio do antigo conteúdo, desde que o texto constitucional de 1988 equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (artigo 226, § 5º), o que foi recentemente reforçado pelo Código Civil. [28]

Contemporaneamente, ambos os pais dispõem de autoridade familiar, pois cabe a eles a direção da família, sem que os poderes de um excedam os do outro. Diferentemente do que ocorria em Roma, não mais se fala no poder quase absoluto do pater de decidir sozinho o destino de seus familiares. As condições da família atual mais se aproximam do período medieval.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 acolheu disposições não apenas sobre o casamento, mas ainda sobre a união estável e sobre a família monoparental.

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

§ 1º O casamento, é civil e gratuita a sua 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 a sua conversão em casamento.

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

Fábio Ulhoa Coelho entende que a expressão entidade familiar não difere do significado de família. Segundo o autor, diferença há entre as famílias constitucionais (oriundas do casamento, união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e sua prole), e as famílias não constitucionais, às quais seria facultado ao legislador ordinário prever direitos diversos daqueles aplicáveis às famílias constitucionais, desde que não as marginalize, prejudique ou criminalize. [29]

Segundo Lourival Silva Cavalcanti, as expressões família e entidade familiar seriam sinônimas. A palavra entidade teria sido empregada "... no sentido de individualidade, ente, o ser que, adjetivado como está, não pode significar outra coisa que não seja a própria família". [30]

Maria Helena Diniz, em sentido contrário, entende haver diferença entre família e entidade familiar. A família seria gênero do qual a entidade familiar seria espécie. "Realmente, em sentido estrito a família funda-se no casamento civil e no religioso com efeito civil, e a entidade familiar é a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, independentemente da existência de vínculo conjugal que a tenha originado". [31]

Importante destacar a opinião de Washington de Barros Monteiro sobre a diferença entre a família e a entidade familiar.

A Constituição Federal de 1988 equiparou à família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, não só a entidade familiar, resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, como também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [32]

Há quem fale em crise da família, considerando que ela esteja sofrendo um processo que a levará à desagregação. De fato a família está em crise, mas não se deve aceitar como verdadeira a alegação de que ela esteja necessariamente se desagregando, apesar

das inúmeras notícias de comportamentos não condizentes com as noções de amor, obediência, e respeito, sobre os quais se fundam as famílias.

A família modifica-se profundamente. Está se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação (...). Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se sua nova organização. [33] (destacou-se)

Cabe ao Direito a tarefa de conservar a família, base da sociedade, e conseqüentemente cabe ao legislador, o dever de disponibilizar meios de proteger seus membros, garantindo que tenham vida digna.

## 1.2.Da Família Proveniente Do Casamento

### 1.2..1.Conceito e Natureza Jurídica Do Casamento

A família proveniente do casamento civil constitui um dos conceitos acolhidos pela Constituição de 1988, e é aceito desde a época do Direito Romano em que a idéia de família natural se encontrava necessariamente vinculada à celebração do matrimônio. [34]

O Direito Romano se preocupou com os aspectos sociais do matrimônio, como se pode perceber pelo teor das definições dadas por Modestino, no Corpus Iuris Civilis, em que o casamento seria "... a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda vida, a comunhão do direito divino e do direito humano". [35]

Posteriormente, deixou-se a referência ao caráter divino do casamento, bem como a menção à indissolubilidade do vínculo, o que se reflete no conceito, constante das Institutas, possivelmente elaborado por Ulpiano, que diz ser o matrimônio "... a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida". [36]

A influência do Cristianismo fez com que o casamento passasse a ser considerado um sacramento, por meio do qual o homem e a mulher selam uma união indissolúvel. O Código Canônico ainda define o casamento deste mesmo modo em seu cânon 1.055.

Cânon. 1.055 § 1º - A aliança matrimonial pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma união de toda vida, direcionada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, foi elevada por Cristo Senhor a dignidade de sacramento entre batizados. [37] (tradução livre)

O Conselho Pontifício Para a Família diz que o matrimônio se assenta em alguns pressupostos antropológicos que o distinguem das uniões de fato: "... a igualdade entre a mulher e o homem pois "ambos são, igualmente, pessoas" (se bem que o sejam de modo diverso); o caráter complementar de ambos os sexos do qual nasce a natural inclinação entre eles impulsionada pela tendência à geração dos filhos; a possibilidade de um amor pelo outro precisamente enquanto sexualmente diversos e

complementares, de modo que "esta afeição se exprime e se realiza de maneira singular pelo ato do próprio matrimônio; a possibilidade – dada pela liberdade – de estabelecer uma relação estável e definitiva, isto é devida em justiça; e, finalmente, a dimensão social da condição conjugal e familiar, que constitui o primeiro âmbito de educação e abertura para a sociedade através das relações de parentesco (que contribuem para a configuração da identidade da pessoa humana)". [38]

Conforme afirma o Papa Bento XVI, o amor entre o homem e a mulher tem como uma de suas características a definitividade. O amor significa o cuidado com o ser amado, a renúncia em nome da felicidade do outro, ainda que numa fase inicial se buscasse apenas a própria satisfação, a tendência natural é que o amor evolua nesse sentido. Sendo o amor a busca pela felicidade do outro, a sua tendência natural é ser eterno. [39]

O Código Civil Brasileiro não conceitua o casamento, o legislador optou por se preocupar, entre outros aspectos, com os requisitos para a celebração, os diferentes tipos de regime de bens, e ainda os deveres e obrigações entre os cônjuges. Todavia, o Código Civil Português, que influencia fortemente o diploma legal brasileiro, explica o casamento no primeiro título do Livro do Direito da Família.

Artigo 1577 - Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

No Brasil são consideradas clássicas as definições de Lafayette Rodrigues Pereira e de Clóvis Beviláqua. Para o primeiro "... o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida". [40] O segundo define o casamento como "... um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer". [41]

Outro conceito bastante citado pelos estudiosos do direito de família é o elaborado por Pontes de Miranda para quem o casamento é "... contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes de bens regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer". [42]

Caio Mário ensina que o casamento é "... a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente". [43] Segundo o autor, e este parece mesmo ser um posicionamento bem razoável, a essência do casamento subsiste nessa integração, que seria elemento resistente às transformações sócio-culturais.

A natureza jurídica do casamento é outro aspecto bastante discutido pela doutrina, e ainda não há, e não é possível prever se haverá, consenso entre os doutrinadores, que se dividem basicamente entre três vertentes de pensamento: a individualista, a institucional e a eclética.

O direito canônico vê o casamento não apenas como um sacramento, mas também como um contrato natural, inerente à condição humana, e que não pode ser alterado pelas partes em razão de seu caráter divino, devendo, então, obedecer às leis naturais. [44] A partir dessa influência foi desenvolvido conceito ao qual se filiam os adeptos da corrente individualista, também chamada clássica ou contratualista, acolhida pelo Código Napoleônico, que diz ser o casamento "... um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos". [45] Dessarte, seriam aplicáveis ao casamento todas as normas relativas aos contratos, tendo em vista o fato de o consentimento dos nubentes ser indispensável à celebração do matrimônio. [46]

Caio Mário obtempera que deve ser considerado o paralelismo existente entre o casamento e os contratos em geral, pois ambos nascem do acordo de vontade entre as partes, e realizam os objetivos almejados pelos contraentes dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica. [47]

Em sentido contrário, a corrente institucionalista, ou supra-individualista, perfilhada pelos elaboradores do Código Civil Italiano de 1865, entende ser o casamento uma instituição social, pois os nubentes simplesmente aderem a um conjunto de regras e disposições pré-estabelecidas pela legislação, não havendo a possibilidade de alterar as cláusulas ao sabor da vontade das partes. Como instituição social, o casamento nasceria da vontade dos contraentes, mas sua forma, seus efeitos, entre outros aspectos, seriam determinados pela lei. Segundo Washington de Barros Monteiro reduzir o casamento a um mero contrato seria o mesmo que o equiparar a uma compra e venda, "... relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades". [48]

Segundo os institucionalistas não é possível reconhecer a natureza jurídica contratual no casamento em razão de sua constituição, duração, efeitos, serem diversos dos contratos em geral. Assim o casamento constitui um conjunto de normas imperativas que regulam os aspectos atinentes à organização familiar tendo em vista as peculiaridades da sociedade da época. [49]

Maria Helena Diniz defende a teoria institucionalista, e salienta as diferenças entre o contrato e a instituição:

... a) o contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto, o comprador, o mais baixo); a instituição, um consortium, onde os interesses são coincidentes; b) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; c) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes, a instituição, uma entidade que se impõe tanto às partes como a terceiros; d) o contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição, uma interiorização; e) o contrato representa uma trégua na batalha dos interesses individuais, sendo produto da concorrência; a instituição, um corpo cujo destino é ser

compartido por seus membros, portanto produto da comunicação; f) o contrato é precário, desata-se como foi formado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar; g) o contrato é uma relação subjetiva de pessoa a pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias. [50]

A terceira vertente, chamada eclética ou mista, afirma que o casamento é um ato complexo, pois no momento de sua formação é um contrato, mas no que toca ao seu conteúdo é uma instituição. A essa corrente se filiam Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, entre outros grandes nomes do Direito.

Silvio Rodrigues defende a natureza mista do casamento, que segundo ele "... assume feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento contrato de direito de família". [51]

### 1.2.2..Histórico Do Desenvolvimento Jurídico Do Casamento

As primeiras referências, dentro do mundo jurídico, ao casamento foram feitas na época clássica do Direito Romano, quando era a base da família natural. Entre os romanos havia o casamento *sem manus*, em que a mulher permanecia vinculada à autoridade paterna, e o casamento *com manus*, no qual passava a ser parte da família de seu marido, já que não era permitido pertencer a duas famílias concomitantemente. [52]

Fustel de Coulanges ensina que o casamento romano era o ato pelo qual a mulher era iniciada no culto do lar de seu marido, abandonando a religião da família em que nasceu. "O casamento era a cerimônia santa que devia produzir esses grandes efeitos". [53] O culto doméstico era sagrado, logo, só era dividido por meio do casamento com uma mulher, a poligamia não era admitida, e dificilmente o era o divórcio. "Compreende-se mesmo que semelhante união se mantivesse indissolúvel e tornasse o divórcio quase impossível. (...) Para esta interrupção necessitava-se de nova cerimônia religiosa, porque só a religião podia desligar aquilo que ela mesmo ligara". [54]

A influência do Direito Romano na Idade Média teve reflexos nas relações familiares.

Apoiando-se no Direito Romano é que juristas como Dumoulin, por seus tratados e seus ensinamentos, contribuem, por sua vez, para estender o poder do Estado centralizado e também — o que nos interessa aqui — para restringir a liberdade da mulher e da sua capacidade de ação, principalmente no casamento. A influência deste direito será tão forte que, no século XVI, a maioridade, que era aos doze anos para as meninas e quatorze para os rapazes, na maior parte dos costumes, vai ser transferida para a mesma idade fixada em Roma, isto é, vinte e cinco anos (em Roma, a maioridade não importava muito, pois o poder do pai sobre os filhos perdurava durante toda a vida). [55]

Durante o feudalismo, era comum que desde o nascimento os jovens fossem prometidos em casamento por seus pais. O matrimônio, especialmente entre as famílias nobres, era utilizado como forma de selar a paz entre reinos e feudos. Grande era a influência da Igreja Católica no período feudal, logo o Direito Canônico produziu reflexos nas disposições acerca do matrimônio. Convém reproduzir o comentário de Régine Pernoud a esse respeito:

Uma força lutou contra estas uniões impostas, e esta foi a Igreja; ela multiplicou, no Direito canônico, as causas de nulidade, reclamou sem cessar a liberdade para os que se unem, um com relação ao outro e, com freqüência, mostrou-se bastante indulgente ao tolerar, na realidade, a ruptura de laços impostos — muito mais nesta época do que mais tarde, notemos. O resultado é a constatação que provém da simples evidência de que o progresso da livre escolha do esposo acompanhou em toda parte o progresso da difusão do Cristianismo. Hoje, em países cristãos, esta liberdade, tão justamente reclamada, é reconhecida pelas leis, enquanto que, nos países muçulmanos ou nos países do Extremo Oriente, esta liberdade, que nos parece essencial, não existe ou só recentemente foi concedida. [56]

A celebração da cerimônia religiosa tinha mais importância que a realização do casamento civil. Do século X ao XV não era reconhecido outro tipo de casamento além do religioso. [57]

O Código Civil Português em vigor data de 1966, e reconhece não somente o casamento civil, mas também o católico [58], em razão da grande força da Igreja Católica em Portugal.

No Brasil, até 1889, a única forma aceitável de casamento era o católico, sendo que até 1861 não havia disposição concernente ao casamento entre pessoas não-católicas. A lei 1.144, de 11 de setembro de 1861, permitiu que os casamentos entre pessoas que não comungassem da fé católica tivessem efeitos civis, desde que fossem registrados de modo devido, e que o culto não fosse contrário aos bons costumes e à ordem pública. Para possibilitar o registro desses matrimônios foi criado o registro civil, utilizado também, a partir do decreto 3.069, de 17 de abril de 1863, para registrar nascimentos e óbitos de acatólicos. [59]

No Brasil, a proclamação da República marcou a separação entre o Estado e a Igreja. Em 1890, Rui Barbosa foi o autor do decreto que aboliu a jurisdição eclesiástica, o que fez com que o único casamento válido passasse a ser aquele realizado perante autoridades civis.

A Constituição de 1891 trouxe a obrigatoriedade do casamento civil ao dispor em seu Artigo 72, § 4º que "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

O Código Civil de 1916, apesar da separação entre Igreja e Estado consolidada desde 1890, conservou a técnica do direito canônico, herança do direito português, no que se

refere ao processo de habilitação, aos impedimentos e nulidades, e ainda à indissolubilidade do vínculo matrimonial. [60]

A Constituição de 1934 reconhecia o casamento civil, indissolúvel e de celebração gratuita, mas também conferia ao casamento realizado perante sacerdote de qualquer credo, os mesmos efeitos do casamento civil se o rito não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes, e desde que na verificação dos impedimentos e no processo da oposição fossem observadas as disposições da lei civil com posterior inscrição do casamento no Registro Civil. Mas tal disposição constitucional só foi regulamentada em 1950 pelo decreto 1.110, de 23 de maio de 1950.

A Constituição de 1937 não tratou detalhadamente do casamento, limitando-se em seu artigo 124 a dispor sobre sua indissolubilidade. [61]

A Constituição de 1946 manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial e conferiu efeitos não só ao casamento civil, como também ao religioso, desde que fossem cumpridos os requisitos legais. [62] Disposições semelhantes foram trazidas também pela Constituição de 1967. [63]

A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, possibilitou a dissolução do vínculo matrimonial, e em seguida a lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulou os casos de extinção do casamento. [64]

A Constituição de 1988 manteve a gratuidade do casamento civil, os efeitos civis do casamento religioso, desde que cumpridos os requisitos da lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, e considerou não apenas o conceito de família matrimonial, como também a entidade familiar oriunda da união estável e a família monoparental.

Diversas foram as mudanças que atingiram o direito de família brasileiro de modo geral no século XX, mas a série de modificações pontuais o transformou num corpo desuniforme e confuso, incapaz de satisfazer as necessidades da sociedade a qual se aplicava, apesar de terem trazido avanços como a emancipação da mulher casada, entre inúmeros outros exemplos.

O legislador civil se esforçou em dar melhor sistematização ao Código, mas ainda assim, o novo diploma recebeu inúmeras críticas por ter mantido viés bastante conservador, o que se deu em parte pela demora em sua confecção, cujo anteprojeto data de 1975.

### 1.2.3..O Casamento e a Legislação Sucessória Brasileira

Os herdeiros são chamados a suceder segundo a ordem estabelecida pela lei. As Ordenações Filipinas colocavam o cônjuge em quarto lugar na ordem sucessória, após os descendentes, ascendentes e colaterais até o décimo grau, desde que houvesse ao tempo da morte a coabitação. Assim, o cônjuge só seria chamado para suceder se faltassem herdeiros nas três classes anteriores, e correria o risco de ver seu patrimônio em mãos de pessoas completamente desconhecidas. [65]

Somente em 1916 o Código Civil deu tratamento melhor ao cônjuge sobrevivente. Assim dispunha o artigo 1.603 sobre a ordem da vocação hereditária:

Artigo 1.603 - A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

I – aos descendentes;

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – aos municípios, ao Distrito Federal ou à União.

O cônjuge passou a ocupar o terceiro lugar na ordem sucessória, não concorrendo com descendentes ou ascendentes. Mas, ainda assim, ele só faria parte da sucessão se estivessem configurados os requisitos impostos pelo artigo 1.611, e se não existissem herdeiros das duas classes anteriores:

Artigo 1.611 – À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1.º - 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.

§ 2.º - 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.

Os parágrafos primeiro e segundo, que concederam ao cônjuge sobrevivente o usufruto de parte dos bens do falecido e o direito real de habitação, foram acrescentados ao artigo 1.611 pela lei 4.121, de 1962, o Estatuto da Mulher Casada.

O Código Civil de 2002, seguindo a tendência presente no Código anterior e também em legislação estrangeira [66], inovou ao apresentar nova ordem de sucessão legítima em que o cônjuge concorre com descendentes e ascendentes:

Artigo 1.829 – (...)

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; ou se, no regime da comunhão parcial não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente

IV – aos colaterais.

Em geral, o patrimônio amealhado pelo cônjuge falecido depende, sobretudo, da colaboração do sobrevivente. Mesmo que a ajuda não se tenha dado no âmbito financeiro, o suporte moral é, na maioria dos casos, mais importante que qualquer quantia em dinheiro. Interessantes são as considerações de Fábio Ulhoa Coelho acerca da notável tendência de valorização do cônjuge em matéria sucessória.

Essa tendência – que em minha opinião, ainda não se esgotou – é inteiramente justificável. Para a formação do patrimônio do defunto a contribuição do cônjuge é indiscutivelmente a mais consistente, quando contraposta à dos descendentes (que, a rigor, pouco ou nada contribuem, só se beneficiam do acervo acumulado pelos pais) e ascendentes vivos. [67]

Mas, há ainda condição para que o cônjuge possa suceder o falecido. Segundo o Código Civil de 2002 o sobrevivente só pode suceder se não esteve separado do cônjuge falecido judicialmente, ou separado de fato por tempo superior a dois anos. (Artigo 1.830)

O direito real de habitação, presente no §2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, foi assegurado ao cônjuge sobrevivente independentemente do regime de bens em que se havia dado o casamento. (Artigo 1.831)

O Código Civil estabeleceu ainda algumas regras para proteger o direito sucessório do cônjuge.

Em concorrência com descendentes cabe ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não podendo receber quinhão menor que um quarto da herança. (Artigo 1.832) O cônjuge recebe um terço da herança se concorrer com ascendentes de primeiro grau, e recebe a metade da herança se concorrer com um ascendente ou com ascendentes de maior grau.(Artigo 1.838)

### 1.3.Da Família Proveniente Da União Estável

Nunca é bastante ressaltar o quão essenciais são os conceitos em Direito, principalmente quando se trata da análise de institutos relacionados a aspectos tão caros ao ser humano, como a família e o afeto. Por tal razão, faz-se necessário conceituar não apenas o casamento, como também a união estável, buscando delimitar suas características a fim de compará-la ao casamento.

### 1.3.1. Conceito e Natureza Jurídica Da União Estável

Antes de conceituar a união estável de modo mais profundo é mister lembrar da existência de diferenças entre tal instituto e o que se convencionou chamar concubinato impuro, ou adúlterino.

O concubinato impuro diz respeito à ligação de pessoa casada com terceiro, enquanto a união estável, ou concubinato puro, se refere ao consórcio entre pessoas de sexos diferentes, em convivência *more uxório*, sem que estejam casados.

Por muito tempo a doutrina insistiu nessa diferença, pois a idéia de concubinato servia não apenas para designar o que hoje a Constituição define como união estável, como também a união resultante de casamento religioso sem efeitos civis, e ainda o concubinato adúlterino, igualando situações completamente distintas e que devem receber tratamento legal acorde com suas particularidades.

Com o advento da Constituição de 1988 tal diferenciação já havia se tornado mais clara, pois a palavra concubinato passou a ser utilizada somente para aludir ao concubinato impuro, enquanto a união estável foi reservada para a união livre e estável entre pessoas não casadas entre si, mas que também não são casadas com terceiros.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.727, atento a essa diferença, definiu o concubinato como sendo "As relações entre o homem e a mulher, impedidos de casar".

Edgard de Moura Bittencourt, antes da Constituição de 1988, definiu o concubinato como "... a união estável, no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio. Tal é o sentido lato. Em sentido estrito, é a convivência *more uxório*, ou seja, o convívio como se fossem marido e mulher". [68]

Subseqüentemente, a lei 9.278 de 1996 conceituou a união estável como a entidade familiar decorrente da convivência pública, contínua e duradoura entre pessoas de sexos diferentes a fim de constituírem família. [69]

O Código Civil de 2002 não se aventurou na formulação de conceito original, o artigo 1.723 se limitou a reproduzir o conceito já dado pela lei de 1996:

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.

Os estudiosos do Direito, cumprindo tarefa que lhes é inerente, também apresentam suas concepções de união estável, que, de modo geral, não diferem daquela trazida pelo texto legal.

Silvio Rodrigues define a união estável como "... a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação

sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca entre a mulher e o homem". [70]

Maria Helena Diniz entende que a Constituição "... reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação". [71]

Orlando Soares preleciona que a união estável se constitui por meio da convivência duradoura e contínua do homem e da mulher que objetivam construir uma família. Assim, a união estável não poderia ser igualada às relações amorosas passageiras, ou meras mancebias. [72]

Silvio de Salvo Venosa assim define a união estável:

... a união estável denominada na doutrina como concubinato puro, passa a ter perfeita compreensão como aquela união entre o homem e a mulher que pode converter-se em casamento. [73]

Tomando como referência os textos legais que conceituam a união estável, a doutrina cuidou de apontar os elementos que caracterizam a união estável: a estabilidade, a continuidade da relação, a diversidade de sexos, a publicidade da união e o objetivo de constituição de família.

O próprio nome do instituto, união estável, indica que a relação entre os companheiros deve ser duradoura, estável. A intenção do legislador é oferecer a proteção estatal aos relacionamentos que possuem os mesmos elementos norteadores do casamento, o que não se aplica a relações fugazes e transitórias. [74]

Para aferir se a união gozava de estabilidade a lei 8.971, de 1994, falava que o relacionamento deveria ter duração mínima de cinco anos, ou existência de prole comum. O Projeto do Código Civil chegou a mencionar também o prazo de cinco anos. Entretanto, a lei não estabelece prazo mínimo para que reste configurada a estabilidade, pois suas frias linhas não são capazes de dizer se um relacionamento de três, cinco anos é ou não estável. Só quem está apto a constatar se há ou não estabilidade é o juiz quando da análise de cada caso concreto. [75]

A ruptura e o desentendimento podem existir, mas esta situação não pode ser prolongada a ponto de romper efetivamente o vínculo da convivência entre os companheiros, e também não pode ser tão freqüente que as pessoas próximas não sejam capazes de dizer se o casal está ou não separado. A verificação da presença da continuidade também é feita pelo juiz ao analisar as peculiaridades da situação. [76]

Interessante é o posicionamento da Igreja Católica a respeito da estabilidade das uniões de fato:

As uniões de fato não comportam direitos e deveres matrimoniais, nem pretendem uma estabilidade baseada no vínculo matrimonial. Têm como característica a firme reivindicação de não ter assumido vínculo algum. A instabilidade constante, decorrente da possibilidade de interrupção da convivência em comum é, de conseqüência, característica comum das uniões de fato. Há também um certo "compromisso", mais ou menos explícito de "fidelidade" recíproca, se é assim possível chamá-la, enquanto durar a relação. [77]

A diversidade de sexos é elemento essencial para a que esteja configurada a união estável, haja vista entre pessoas de sexos idênticos haver tão somente sociedade de fato que não entra no âmbito do direito de família. As uniões homossexuais geram apenas efeitos de ordem obrigacional.

A diversidade de sexos também é elemento imprescindível para que haja a procriação, que apesar de não ser a única finalidade do casamento, ou da união estável, é na maioria dos casos, um dos objetivos do casal que se une, ainda que não esteja presente de imediato. [78]

A lei exige que a convivência tenha publicidade, o que, neste caso, caracteriza a notoriedade da relação no meio social em se insere o casal, reconhecido pelos amigos e familiares como marido e mulher, isto é, tidos pela sociedade como se casados fossem. [79] Deste modo, são excluídas do conceito de união estável aquelas relações furtivas, ainda que estejam presentes os outros requisitos.

O objetivo de constituição de família é requisito fundamental para caracterização da união estável. Se presente, ainda que o casal não tenha filhos, e se a relação for notória, contínua, estável, está caracterizada a família decorrente da união estável. [80]

Sílvio de Salvo Venosa admite que haja ainda outros elementos a serem considerados quando da análise de um caso concreto, a exemplo do dever de fidelidade, ao qual também se referem Sílvio Rodrigues e Edgard de Moura Bittencourt, a habitação comum, e mesmo a existência de casamento religioso. [81]

Sílvio Rodrigues entende que a fidelidade entre os companheiros seria elemento essencial básico para a caracterização da união estável, pois "... ela não só revela o propósito de vida em comum e o de investirem-se eles na posse do estado de casados, como cria uma presunção *juris tantum* de que o filho havido pela mulher foi engendrado por seu companheiro". [82]

Maria Helena Diniz também cita outros elementos como a ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes, a honorabilidade, a fidelidade, a coabitação, e a colaboração da mulher no sustento do lar. [83]

A análise da natureza jurídica da união estável permite que se estabeleça a diferença entre ela e o casamento, e que se reflita sobre um dos pontos mais polêmicos quando se fala em união estável e casamento, que é a equiparação entre os institutos.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar digna da proteção do Estado, e não apenas como sociedade de fato a ser regida pelo direito obrigacional, como ocorria antes do advento da Constituição de 1988, não é fato capaz de acabar com a família legítima. [84] Mesmo porque, isso não significa necessariamente que o legislador constituinte tenha igualado a união estável ao casamento.

Maria Berenice Dias entende existir uma simetria entre a família originária do casamento e da união estável, já que ambas têm origem em um elo afetivo, destoando apenas no atinente ao modo de constituição. A união estável não possui termo inicial certo, haja vista advir da consolidação do vínculo da convivência, enquanto o casamento é iniciado pela celebração do matrimônio. [85]

Fabio Ulhoa Coelho também defende a equiparação dos institutos a partir do advento da Constituição de 1988, a despeito de tratem de institutos distintos, haja vista que a única diferença entre eles diria respeito ao modo como se provaria o vínculo entre o casal. [86]

Segundo o entendimento de Basílio de Oliveira, a união livre estável se iguala ao casamento como entidade familiar em razão de ter caráter sólido e duradouro, capaz de configurar a família natural, digna da proteção estatal. [87]

Em sentido contrário, Maria Helena Diniz ensina que a Constituição ao prever que a lei devesse facilitar a conversão da união estável em casamento, pleiteou a edição de leis que simplificassem o procedimento de conversão, incentivando-o. [88]

Silvio de Salvo Venosa preleciona que "Não há razão em converter uma coisa em outra, salvo se forem desiguais. Destarte, acentuemos que a natureza jurídica de ambos os fenômenos é diversa: enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico". [89]

Silvio Rodrigues afirma que "União estável é o nome que o constituinte deu ao concubinato, e não vemos diferença de conteúdo entre as duas expressões. (...) o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência de entidade familiar nascida fora do casamento, sua condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob proteção do Estado". [90]

Não se pode encerrar o assunto sem citar a posição defendida pela Igreja Católica, que entende não ser possível equiparar a união estável ao casamento, pois ferir-se-ia o princípio da isonomia.

A igualdade perante a lei deve ser orientada pelo princípio da justiça o que significa tratar o igual como igual e o diferente como diferente; ou seja, dar a cada um o que lhe é devido em justiça; princípio de justiça que se quebraria se às uniões de fato se desse um tratamento semelhante ou equivalente ao que corresponde à família fundada no matrimônio. Se a família matrimonial e as uniões de fato não são semelhantes, nem

equivalente em seus deveres, funções e serviços prestados à sociedade, não podem ser semelhantes nem equivalentes no estatuto jurídico. [91]

No entanto, deve-se ressaltar que o legislador constituinte, certamente, não pretendeu igualar a união estável ao casamento, pois a Constituição Federal, ao fazer previsão de conversão da primeira no segundo afastou tal possibilidade. Se se tratassem de institutos de igual natureza, não haveria motivo para que existissem dois institutos, melhor seria que houvesse apenas um, ou o casamento, ou a união estável.

### 1.3.2.Histórico Do Desenvolvimento Jurídico Da União Estável

É sabido que o concubinato é uma realidade sócio-familiar bastante antiga dentro da história humana, havendo citações sobre este tipo de relação entre hebreus, egípcios, entre outros povos da antiguidade. No direito hebraico antigo a união livre entre homem liberto com mulher escrava era revestida de legitimidade. [92]

A sociedade romana era dividida durante a monarquia em três classes distintas: patrícios, plebeus e clientes. Essa estrutura social não permitia o casamento entre pessoas de classes diferentes. Todavia, também não impedia a ocorrência de uniões livres entre tais pessoas. Este fenômeno era conhecido pelos romanos como concubinatus.

Mas, durante a fase do Império houve o endurecimento da hierarquia militar e da legislação. Assim, foram instituídas normas que proibiam o concubinatus, e estabeleciam sanções àqueles que se unissem com pessoa de classe social inferior. [93]

Em Portugal, antes do Concílio Tridentino havia três tipos de casamentos válidos: aquele realizado perante autoridade eclesiástica; o casamento de marido conhecido, "... em que havia publicidade, mas não se dava a intervenção da autoridade religiosa, caracterizando-se pela coabitação e pelo tratamento mútuo e recíproco como marido e mulher" [94], e ainda o casamento de consciência ou a morganheira, em que não havia publicidade, apesar de as partes viverem maritalmente.

A idéia de casamento de marido conhecido é bastante próxima do que hoje se entende por união estável. Já o casamento a morganheira remete a concepção atual de concubinato.

Após o Concílio Tridentino foram revogadas algumas disposições do Direito Civil português, o que fez Felipe II determinar que fosse feita nova compilação, as Ordenações Filipinas. O novo diploma reconhecia a existência de dois tipos de casamento: o católico, e, apesar de contrário às disposições do Concílio, o casamento de marido conhecido, "que lembrava um pouco a tradição romana do usus, em que o casamento se provava pela affectio maritalis, pela pública fama de marido e mulher e pelo decurso do tempo". [95]

No Brasil as Ordenações Filipinas, seguindo o disposto em lei de 20 de outubro de 1823, vigoraram até a organização do novo código, em 1916. Contudo, em 3 de

novembro de 1827, determinou-se que fosse observado no país o Concílio Tridentino. [96]

O Código Civil de 1916, quando fazia alguma referência ao concubinato, não tinha intenção de reconhecer que dele adviessem efeitos. A única hipótese em que o concubinato produzia efeitos no diploma civil anterior era quando da investigação de paternidade "... se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai". [97]

A matéria era assunto que não constava dos estudos de alguns civilistas, que o consideravam juridicamente irrelevante, e havia também aqueles que tratavam do concubinato no direito das obrigações, em razão de algumas de suas conseqüências. [98]

Em virtude da influência da Igreja Católica no Brasil, o posicionamento contrário às uniões livres, constante do Código Civil de 1916, a despeito de a maior parte das uniões se darem sem as formalidades do casamento, permaneceu praticamente inalterado até a primeira metade do século XX, quando a doutrina começou a defender a existência de direitos obrigacionais aos concubinos. A jurisprudência reconheceu efeitos obrigacionais quando da dissolução da sociedade conjugal, determinando a divisão do patrimônio comum adquirido pelos conviventes, e concedeu, em alguns casos, indenização por serviços domésticos. [99]

Foram concedidos diversos direitos aos concubinos ou companheiros, como a indenização por acidente de trânsito ou de trabalho, direitos previdenciários, além da autorização para usar o sobrenome do companheiro após cinco anos de convivência, caso nenhum dos conviventes fosse casado, direitos reconhecidos na legislação do inquilinato, entre outros. [100] A partir desta época, passou-se a utilizar as expressões concubinato puro e impuro, ou honesto e desonesto, diferenciando a união livre entre pessoas não impedidas de casar do concubinato adúltero.

A Constituição de 1988 reconheceu a entidade familiar nascida fora do casamento, a qual foi chamada pelo legislador constituinte de união estável. Como ocorre com o casamento, foi colocada para o legislador ordinário a tarefa de delimitar seus efeitos. [101]

Assim, em 1994, a lei 8.971, apresentou disposições acerca do direito dos companheiros a alimentos e a sucessão. Posteriormente, a lei 9.278, de 10 de maio de 1996, regulando o artigo 226, § 3.º da Constituição, definiu a união estável, estabeleceu direitos e deveres entre os conviventes, regras acerca dos bens adquiridos, sobre a dissolução da união estável, além das condições para requerer a conversão da união estável em casamento.

O Projeto de Código Civil de 1975 foi finalmente aprovado, após vinte e sete anos, em 2002, atendendo à necessidade de adaptar a legislação a uma realidade social diversa daquela que inspirou Clóvis Beviláqua.

Em 1987, o texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados. E alguns consideram que não houve tempo suficiente para adequar completamente o projeto à Constituição de 1988, apresentando disposições mais profundas sobre a união estável, tema ao qual foram dedicados cinco artigos no título Da União Estável.

### 1.3.3.A União Estável e a Legislação Sucessória Brasileira

A lei 8.971, de 1994, foi a primeira a cuidar da sucessão entre conviventes no Brasil. Essa lei considerava como configurada a união estável quando os conviventes possuíssem prole comum, ou quando vivessem juntos por período superior a cinco anos, desde que nenhum deles fosse casado.

Assim é a redação do artigo 2º que tratava da sucessão entre os conviventes:

Artigo 2.º - 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 da 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 a totalidade da herança.

Artigo 3.º - Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito a metade dos bens.

A lei 9.278, de 1996, foi a segunda lei brasileira a tratar da sucessão entre conviventes, ampliando os direitos sucessórios dos companheiros:

Artigo 7.º - (...)

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 a residência da família.

A lei 9.278 concedeu, além do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, o direito a alimentos no caso de dissolução da união estável. Também tratou das normas que possibilitavam a conversão da união estável em casamento, e dispôs sobre os bens adquiridos na constância da união.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.790, tratou de modo diverso a sucessão entre os conviventes:

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

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

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

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

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

O legislador civil pecou ao se olvidar de esclarecer os aspectos relativos à concessão aos conviventes do direito de usufruto viual e do direito real de habitação, ainda hoje, é grande a polêmica entre os que entendem que as leis 8.791 e 9.278 foram revogadas, e aqueles que dizem que houve apenas revogação parcial dos referidos textos legais.

Contudo, este não foi o único ponto em que houve falha por parte do legislador. Os efeitos produzidos pela constituição da união estável também não restaram suficientemente claros. Em virtude disso, merecem ser destacadas propriamente as conseqüências geradas não apenas pelo vínculo de convivência, como pelo vínculo matrimonial.

## 2.DA FAMÍLIA E DA SUCESSÃO

Superadas as fases de delimitação conceitual e histórica, é possível analisar efeitos advindos da constituição da família, tanto a proveniente do casamento quanto da união estável. Antes, porém, de verificar os aspectos relativos a tais efeitos, é interessante que sejam feitas algumas considerações a respeito da sucessão.

Pontes de Miranda preleciona que a sucessão legítima necessária tem como fundamento inicial a existência de laços de sangue, e "... provém da concepção, primitiva e antiga de ter o patrimônio de ficar, primacialmente, no círculo estreito da comunidade doméstica". [102]

Duas coisas vivem estreitamente ligadas entre si, tanto nas crenças como nas leis dos povos antigos: o culto e a propriedade de uma mesma família. Por isso, verificamos ser regra sem exceção, tanto no direito grego como no romano, não se poder adquirir a propriedade isoladamente do culto, nem o culto fora da propriedade. [103]

Fábio Ulhoa Coelho, no entanto, diz que "... a manutenção da riqueza de uma família nas mãos dos parentes de sangue era valor corrente – compatível com a organização da produção na Antiguidade e no feudalismo e, também com a necessidade de acumulação econômica do início do capitalismo –, hoje em dia perdeu o sentido por completo, tanto no plano axiológico como no racional". [104] Assim, a sucessão legítima teria função de entregar o patrimônio àquele que mais contribuiu na sua formação, e não mais de o manter dentro do círculo familiar do de cujos.

É fato que o direito sucessório é fundado no próprio direito de propriedade, o qual tem como característica a perpetuidade, e depende de sua conceituação e do tratamento que o legislador dá à propriedade. O direito sucessório possui a mesma amplitude que é dada à propriedade privada. [105]

Washington de Barros diz que "Sem herança, incompleto se tornaria, efetivamente, o direito de propriedade. Inexistente a possibilidade de transmissão causa mortis deste, não passaria o proprietário, em última análise, de mero usufrutuário vitalício". [106]

A idéia de sucessão, todavia, não existe somente em razão do interesse privado, já que é também interesse do Estado que um patrimônio possua titular, pois desta forma se protege a família do de cujus e a própria economia. Inexistindo o direito a herança, inexistiria também o interesse em amealhar bens, produzir, conservar o patrimônio, haja vista que a família não poderia usufruir daquilo que foi adquirido pelo falecido. [107]

## 2.1. Dos Efeitos Do Casamento Civil

Apesar de as relações familiares decorrentes do casamento pertencerem antes à moral que ao Direito, este as regula visando à proteção da família, mas sem interferir demasiadamente na vida familiar, já que, segundo o artigo 1.513 do Código Civil de 2002, "É defeso a qualquer pessoa, de direito publico ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Assim, ao propor normas acerca dos efeitos do casamento, estabelecendo direitos e deveres, o legislador evita que a família seja conduzida somente pela vontade de seus integrantes. [108]

Se o ordenamento jurídico deixasse de estabelecer os efeitos jurídicos do casamento e as conseqüências do descumprimento dos deveres conjugais, tais deveres assumiriam o papel de meras recomendações, a favorecer o seu inadimplemento, sem a necessária preservação da dignidade da pessoa humana nas relações familiares. [109]

Em regra, a doutrina divide os efeitos jurídicos do casamento, de acordo com sua natureza, em três categorias: sociais, pessoais e patrimoniais.

Os efeitos jurídicos de ordem social são aqueles que atingem a sociedade na qual os cônjuges estão inseridos, haja vista que o casamento produz reflexos não apenas dentro do lar, alcançando também o ambiente social.

A realização do matrimônio, segundo o Código Civil de 2002, é uma das causas de cessação da incapacidade do menor, tornando-o plenamente capaz para exercer os atos da vida civil, de acordo com o que dispõe o artigo 5.º, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

A partir do casamento é permitido a qualquer dos nubentes acrescentar o sobrenome do outro ao seu, conforme o disposto no artigo 1.565, § 1º do Código Civil de 2002.

Outro importante efeito social do casamento é a aquisição pelos cônjuges do status de casados, que se soma às qualificações que distinguem as pessoas no meio social em que se encontram. [110] Para Caio Mário, o estado de casados "... é um modo de ser, uma classificação e até um fator de identificação na sociedade". [111]

Além disso, são estabelecidos vínculos de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro, de acordo com o que dispõe o artigo 1.595 do Código Civil.

Mas, o mais importante efeito social derivado do matrimônio é a própria constituição da família, base da sociedade e, que, em virtude disso, merece a proteção estatal, conforme preceitua o artigo 226 da Constituição Federal de 1988. [112]

Fábio Ulhoa Coelho coloca como efeito do casamento a formação de um "... núcleo familiar, que eventualmente, mas não necessariamente, poderá ser acrescido com a vinda dos filhos, biológicos ou não". [113]

Os efeitos pessoais "... derivam da natureza e do fim da sociedade conjugal", [114] e, em regra, têm seu alcance limitado às relações entre os cônjuges e entre os pais e seus filhos. A lei se limitou a prever os mais importantes, ou seja, aqueles que interessam à conservação da família e da dignidade de seus integrantes, mesmo porque seria impossível que se fizessem considerações acerca de todos os direitos e deveres constituídos a partir da celebração do matrimônio. [115]

A Constituição Federal de 1988 eliminou as diferenças entre os cônjuges, dando-lhes direitos e deveres equivalentes. Tanto no caso de família derivada do casamento quanto no da oriunda da união estável "... os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, especificando aqui o direito de igualdade entre ambos, já consignado pelo artigo 5º, I". [116]

Muito embora o artigo 226, §5º, da Constituição da República seja completo, com definição da hipótese – direitos e deveres conjugais – e da disposição – igualdade – e pudesse ser considerado auto-aplicável, de modo a tornar eficaz a outorga de direitos e deveres iguais aos cônjuges desde a promulgação da Lei Maior, o alcance do princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges não tinha entendimento pacífico, havendo doutrinadores que ainda consideravam a prevalência masculina na titularidade dos direitos inerentes à sociedade conjugal, em face do disposto no Código Civil de 1916, que mantinha o sistema de desigualdade. [117]

O Código Civil de 2002 encerrou as discussões a respeito da igualdade entre os cônjuges de acordo com as orientações do legislador constitucional, dispondo em seu artigo 1.511, que "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges".

Destarte, cabe aos cônjuges a direção conjunta da sociedade conjugal, e não mais ao homem, antes considerado chefe da família e responsável pelas decisões relativas a vida familiar, que deveriam ser acatadas pela mulher, a quem cabia o dever de obediência. [118]

De acordo com Lafayette Rodrigues Pereira não existiria sociedade conjugal se o poder de direção da família não estivesse concentrado em apenas um dos cônjuges. Assim, teria surgido o poder marital [119], que conferia ao homem o direito de exigir obediência de sua mulher, de fixar e escolher o domicílio conjugal, de representar e defender a mulher nos atos judiciais e extrajudiciais e de administrar os bens do casal, como consta do artigo 233 do Código Civil de 1916. [120]

O artigo 1.566 do Código Civil de 2002 enumera os seguintes deveres que devem ser cumpridos por ambos os cônjuges:

Artigo 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.

Lafayette Rodrigues Pereira obtempera que a fidelidade, "... pela própria natureza do casamento que é consorcium omnis vitae, é o fundamento primordial do instituto, o que assegura a felicidade e a harmonia dos cônjuges". [121]

O dever mútuo de fidelidade existe em razão do caráter monogâmico da família, e dos "... interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial". [122]

Tal dever abrange não apenas a proibição da prática de relações sexuais com pessoa diversa da do cônjuge, credor e devedor do debitum conjugale, como também o dever de lealdade entre eles. Assim por fidelidade se entende não apenas aquela de caráter físico como também a moral. [123]

Segundo Fábio Ulhoa Coelho a fidelidade é o menos importante dos deveres matrimoniais, devendo mesmo ser ignorado pela ordem jurídica, pois não importa à sociedade que os cônjuges guardem a fidelidade ou não. [124]

Data venia, este posicionamento não é compartilhado pela maior parte dos estudiosos, que vê a fidelidade como princípio ético merecedor do destaque dado pelo legislador, que além de a colocar como um princípio de natureza ética a ser respeitado pelo casal, dá a ela natureza de norma cogente, pois sua infração [125] pode servir de fundamento para um procedimento judicial de separação. [126]

Conforme os ensinamentos de Arnaldo Wald "A unidade de domicílio se explica pelo dever recíproco de coabitação, cabendo a fixação do domicílio comum ao casal e não mais ao marido, tendo em vista que marido e mulher foram iguados em direitos e deveres pela Constituição". [127]

Para Caio Mário a coabitação "... requer a comunidade de existência. É preciso deixar bem claro que a coabitação não se satisfaz com a moradia sob o mesmo teto. Requer intimidade de convivência, que se apelida de débito conjugal, segundo terminologia advinda do Direito Canônico, para exprimir as relações sexuais". [128]

Washington de Barros Monteiro critica o fato de considerar a coabitação como eufemismo usado para fazer alusão às relações sexuais, de modo que o dever de convivência se cumpriria não apenas com a vida em domicílio único, mas sendo necessária a satisfação do debitum conjugale.

Débito é aquilo que se deve, é dívida, é o contrário de crédito. Assim, desde logo, vê-se que débito conjugal é uma expressão imprópria. Não há dívida sexual entre os cônjuges. Se houvesse tal débito, haveria o jus in corpore, e um consorte poderia impor ao outro o relacionamento sexual que desejasse, o que não pode, sob pena de violação ao dever de respeito à integridade física e psíquica, à auto-estima (honra subjetiva) e à liberdade do outro consorte. [129]

A vida em comum implica partilhar o cotidiano e dividir os problemas e vitórias diariamente, não apenas no que diz respeito aos aspectos familiares, sentimentais, como também no que toca às relações profissionais, econômicas, culturais, entre outras. [130]

A infração voluntária e injustificada ao dever de coabitação autoriza o pedido de separação judicial. Ademais, no caso de morte de um dos cônjuges, quando não houvesse mais vida em comum, o sobrevivente fica impedido de permanecer na administração dos bens até o compromisso do inventariante, além de não poder ser nomeado inventariante, conforme as disposições dos artigos 1.797, I, do Código Civil de 2002, e 990, I, do Código de Processo Civil. [131]

O dever de assistência mútua engloba além da assistência econômica, a moral, caracterizando-se não só pelo fornecimento de vestuário, alimentação, como também

pelo auxílio psicológico em hipóteses de doenças, adversidades, e ainda no gozo dos prazeres que a convivência com entes queridos é capaz de proporcionar. [132]

A mútua assistência, isto é, a reciprocidade no amparo e socorro em todas as fases, nas desgraças e sofrimentos, como nas de alegria e prosperidade, é por igual um dever de ambos os cônjuges. As legislações o têm consignado, mantendo assim um princípio antigo. [133]

De acordo com os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, o dever de mútua assistência se consubstancia na proteção dada por um cônjuge aos direitos da personalidade do outro, tais como a vida, a honra, a liberdade, a integridade física e psíquica, cabendo aos cônjuges a prestação de socorro material e imaterial.

A infração do dever de assistência mútua de caráter material constitui delito de abandono material da família, previsto no artigo 244 do Código Penal Brasileiro, que prevê pena de detenção, de um a quatro anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país. [134]

Os pais devem promover o sustento, a educação e a guarda de sua prole, fornecendo tudo o que for preciso para que os filhos tenham uma vida digna, de acordo com as condições financeiras dos pais. [135]

Cada cônjuge, e ambos conjuntamente possuem o dever de prover a subsistência material de seus filhos, fornecendo-lhes roupas, alimentos, moradia, material escolar, entre outros itens. Cabe aos pais a guarda dos filhos, ou seja, eles devem zelar pela prole, dando a eles não só elementos materiais necessários ao seu desenvolvimento e conforto, como também suporte moral para que eles se tornem adultos capazes de prover o próprio sustento e de suas famílias. [136]

A infração do dever de sustento, guarda e educação dos filhos também sujeita o cônjuge infrator à pena prevista no artigo 244 do Código Penal Brasileiro. Os artigos 1.637 e 1.638, do Código Civil de 2002, prevêem a suspensão ou, em caso de maior gravidade, a perda do poder familiar para o genitor que não cumprir com o dever de zelar por sua prole. [137]

O dever de respeito e consideração mútuos, que não constava expressamente do diploma civil de 1916, recebeu destaque no Código Civil de 2002, em razão de sua importância. Tal dever consiste na "... consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, o dever, negativo, de não expor um ao outro ao a vexames e descrédito". [138]

Segundo Washington de Barros Monteiro a recusa reiterada e injuriosa a no que diz respeito à manutenção do relacionamento sexual entre os cônjuges constitui infração ao dever de respeito e consideração mútuos, e não ao dever de coabitação, pois tal prática ofende a integridade psicofísica e a auto-estima do consorte. [139]

Também constituem desobediência ao dever de respeito e consideração mútuos a sevícia, a injúria, e práticas que atentem contra a liberdade e a intimidade do cônjuge. [140]

Além dos efeitos de ordem social e pessoal, a celebração do matrimônio gera conseqüências de caráter patrimonial. Ainda que o objetivo primordial da família não seja a construção e administração de um patrimônio, ele é necessário ao sustento do casal e de seus filhos e ao cumprimento das finalidades do casamento. [141]

Caio Mário diz que as conseqüências patrimoniais do matrimônio compreendem: as relações de assistência pecuniária recíproca entre os cônjuges, o usufruto dos bens dos filhos que se encontram sob poder familiar, a prestação de alimentos aos filhos, e o direito sucessório. [142]

Mas, o casamento também vincula os cônjuges por meio da instituição do bem de família e de um regime de bens entre eles. Convém lembrar que o legislador de 2002 não manteve a imutabilidade absoluta do regime de bens [143], permitindo que ele seja alterado "mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência da razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros", conforme a dicção do artigo 1639, §2º do Código Civil de 2002.

Os cônjuges são submetidos a regras específicas no que tange aos negócios que envolvam bens imóveis, bens comuns, prestação de fiança ou aval, entre outros casos, em que a prática de atos negociais por um cônjuge depende da autorização do outro para que tenha eficácia.

Entende-se que esses atos de disposição podem, em princípio, colocar em risco o patrimônio necessário para a subsistência e manutenção do lar, ainda que digam respeito a bens de um só dos esposos. Busca-se a segurança econômica da família. Admite-se que os bens imóveis são os que permitem maior estabilidade econômica. [144]

Tal restrição não é aplicável se o regime de bens escolhido for o da separação absoluta, pois nesta hipótese o patrimônio dos cônjuges não se comunica.

Do casamento decorre o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado a residência da família, desde que se trate do único bem de natureza imóvel a inventariar, independentemente do regime de bens em que se havia dado o matrimônio. [145]

## 2.2. Da Sucessão Entre Cônjuges

A sucessão "consiste na substituição de uma pessoa por outra em determinada relação jurídica". [146]

Importante ressaltar que a participação do cônjuge não se restringe somente à sucessão, haja vista que dependendo do regime de bens em que se havia dado o

casamento, ele é também meeiro. Neste caso, o que ocorre é a entrega da parcela do patrimônio comum, que já pertencia ao cônjuge sobrevivente. Os bens que constituem a meação do cônjuge sobrevivo, naturalmente, não compõem a herança. [147]

O Código Civil de 2002 reconhece o direito sucessório do cônjuge apenas 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", conforme o artigo 1.830, do Código Civil. Importante ressaltar que tais disposições não alcançam as sucessões abertas antes da vigência do Código Civil de 2002.

Os cônjuges não possuem vocação hereditária, um em relação ao outro se, por sentença transitada em julgado, estiverem separados judicialmente, ao tempo da abertura da sucessão, independentemente de a separação ter resultado de processo judicial, ou de mútuo consentimento dos cônjuges. Caso eles se reconciliem o direito sucessório só voltará a existir se a sociedade conjugal for restabelecida por ato regular em juízo, sendo irrelevante a reconciliação de fato em matéria sucessória. [148]

Para que seja reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente é importante que, ao tempo da abertura da sucessão, eles não estivessem separados de fato por tempo superior a dois anos. Mas, neste caso se o sobrevivente provar que a separação se deu sem culpa sua, é possível que ele integre o rol de pessoas chamadas a suceder. [149]

No caso de o casamento ser declarado nulo, ou se for anulado, o cônjuge sobrevivente de boa-fé é chamado à sucessão desde que a sentença anulatória seja posterior a abertura da sucessão. [150]

O Código Civil de 2002 inovou ao colocar a separação de fato por período superior a dois anos como uma das hipóteses em que ocorre o afastamento do cônjuge da sucessão do outro.

Segundo as novas regras, o regime de bens passa a ser determinante quando ocorre a sucessão legítima, pois o cônjuge concorre com os descendentes, "... 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 não houver deixado bens particulares", conforme dispõe o artigo 1.829, §1º do Código Civil de 2002.

Assim, a herança é atribuída aos descendentes em sua totalidade se os cônjuges tinham como regime de bens a comunhão universal, a separação obrigatória, ou a comunhão parcial, desde que o falecido não tenha deixado bens particulares.

Se o regime de bens era a comunhão universal, ou se, sendo a comunhão parcial não houver bens particulares do de cujus, caberá ao cônjuge a fração correspondente à meação, e por isso o legislador entendeu não ser necessária a destinação de quota na herança. No caso da separação obrigatória o cônjuge fica excluído da sucessão

legítima porque seria incoerente que a lei permitisse a ele receber bens comunicáveis quando da constituição do vínculo matrimonial. [151]

Portanto, há participação do cônjuge se o regime adotado pelos cônjuges foi a separação facultativa de bens, a participação final nos aqüestos, ou se no caso da comunhão parcial de bens houver bens exclusivos do cônjuge falecido. Neste último caso, discute-se se a concorrência do cônjuge atinge apenas os bens particulares deixados pelo de cujus, ou se recai sobre toda a herança, após ser realizada a meação atingindo os bens comuns. [152]

Para Francisco José Cahali, "Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu quinhão também sobre bens nos quais eventualmente já possui a meação". [153] Este posicionamento é compartilhado por Maria Helena Diniz, que preleciona que se houver patrimônio particular do de cujus, o cônjuge sobrevivente tem direito a receber uma quota incidente sobre todo o acervo hereditário, além do valor correspondente à meação. [154]

Carlos Roberto Gonçalves, contudo, entende que o dispositivo tem intenção de privilegiar aqueles desprovidos de meação. Os que já possuem o direito à metade dos bens comuns devem, deste modo, concorrer apenas quanto à sucessão dos bens particulares, se houver, e o patrimônio correspondente à meação cabível ao falecido será repartido entre os descendentes. [155]

Carlos Roberto Gonçalves ensina que, no caso da comunhão parcial, os bens que "... compõem o patrimônio comum do casal são divididos, não em decorrência da sucessão, mas tão-só em virtude da dissolução da sociedade conjugal, operando-se, por via de consequência, a divisão dos bens, separando-se as meações que tocavam a cada um dos membros do casal; já os bens particulares e exclusivos do autor da herança, relativamente aos quais o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação, serão partilhados entre ele, sobrevivo, e os descendentes do autor da herança, por motivo da sucessão causa mortis". [156]

Cumpridos os requisitos para que seja reconhecido o direito sucessório do cônjuge. Há que se analisar a sua posição dentro da ordem de preferência estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Se houver concorrência entre os descendentes e o cônjuge, é cabível a este quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça. Mas, se a concorrência se der entre o cônjuge e filhos comuns a quota do cônjuge sobrevivente não pode ser inferior à quarta parte da herança.

Caio Mário entende que não se aplica o benefício da quota mínima se o cônjuge concorrer apenas com descendentes do de cujus, ou mesmo com descendentes comuns e não comuns, pois o cônjuge "... não estará na situação peculiar (a que a lei condiciona o deferimento da fração mínima) de ser ascendente dos demais herdeiros". [157]

A quota mínima não incide de modo necessário sobre o patrimônio total deixado pelo falecido. Tal só acontecerá se o de cujus não tiver deixado testamento. A quota mínima recai somente sobre o patrimônio destinado à sucessão legítima, que pode ou não corresponder à totalidade. [158]

Importante lembrar que no caso de brasileiro casado com estrangeiro, o cônjuge sobrevivente brasileiro pode invocar o direito sucessório constante da legislação que lhe for mais favorável: a brasileira, ou a do país do de cujus. [159]

Se não houver descendentes, são chamados a suceder os ascendentes, em concorrência com o cônjuge, qualquer que seja o regime de bens em que se deu o matrimônio.

Em concorrência com ambos os pais do falecido caberá ao cônjuge um terço da herança. [160] Mas, concorrendo com um só ascendente ou com ascendentes de grau maior que o primeiro, o cônjuge terá direito a receber metade da herança, conforme dispõe o artigo 1.837 do Código Civil de 2002.

Na falta de descendentes e de ascendentes, o cônjuge sobrevivente sucederá o falecido completamente, qualquer que seja o regime de bens adotado por eles, desde que não haja testamento que destine parte do patrimônio a terceiro.

O direito real de habitação do bem imóvel residencial familiar foi mantido e, de certa forma, ampliado pelo legislador de 2002, que o assegurou ao cônjuge sobrevivente, desde que não exista outro bem desta natureza a inventariar, independentemente do regime de bens em que se havia dado o casamento.

Já direito o usufruto de parte do patrimônio concedido, de acordo com o artigo 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916, ao cônjuge sobrevivente se o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal, não foi mantido pelo Código Civil de 2002, "... ante a condição de herdeiro necessário que lhe conferiu". [161]

### 2.3. Dos Efeitos Da União Estável

A constituição da família por meio da união estável, como ocorre com a celebração do matrimônio, produz efeitos não somente entre os conviventes, como também entre estes e sua prole.

Fábio Ulhoa Coelho preleciona que "as famílias constitucionais (fundadas no casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine". [162] Os efeitos produzidos pela união estável seriam, neste sentido, os mesmos gerados pelo casamento. [163]

Todavia, é difícil esclarecer as questões relativas à união estável e delimitar o alcance de seus efeitos tendo como referência o Código Civil de 2002, porque o instituto é regulado de modo específico somente pelos artigos 1.723 a 1.727. Este também é o entendimento de Sílvia de Salvo Venosa.

O legislador não foi claro, ou porque não soube, ou porque assim não desejou. Desse modo é difícil sistematizar os direitos dos companheiros e, muito mais que isso, nos casos práticos será por vezes difícil harmonizar os efeitos da união estável com efeitos do casamento, quando ambos se apresentam concomitantemente ou sucessivamente aos olhos do intérprete. [164]

Após a Constituição de 1988, a primeira lei a trazer disposições acerca dos efeitos jurídicos da união estável foi a 8.791, de 29 de dezembro de 1994, que previu o direito a direito aos alimentos "À companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole (...) desde que prove a necessidade". [165]

O direito a alimentos, segundo a lei 8.791, depende de a convivência perdurar por tempo superior a cinco anos, ou independentemente do decurso do prazo ou não, a existência de prole em comum.

Hoje, conforme ensina Caio Mário, tal lei encontra-se parcialmente revogada pela lei 9.278, de 1996, e não há que se falar em prazo mínimo para a constituição da união estável. [166]

Outra condição a ser obedecida é o fato de o convivente ser livre, isto é, "solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo".

O direito alimentar é temporário, porque só permanece enquanto o beneficiado não constitui nova união. E, a despeito de o legislador não ter esclarecido se a cessação do direito acontece quando da constituição de uma nova união matrimonial ou não, é possível entender que mesmo no caso de ser constituída união estável deixará de existir para um dos companheiros a obrigação de prestar alimentos, já que a Constituição Federal direciona o entendimento no sentido de prestigiar a entidade familiar. [167]

Contudo, o direito a prestação alimentícia só é devido ao companheiro caso se prove a sua necessidade, que é requisito para existência de qualquer crédito alimentar e, obviamente a possibilidade da prestação, pois não se pode impor que alguém preste alimentos a outrem em detrimento da própria subsistência. [168]

A lei 8.971 também previu a concessão de usufruto de parte dos bens do falecido se ele tivesse deixado filhos ou ascendentes, e desde que não fosse constituída nova união. A mesma lei não limitou o usufruto apenas aos bens comuns adquiridos com esforço comum, logo, os percentuais estabelecidos por ela referem-se à totalidade da herança. [169]

Se os bens deixados pelo autor da herança resultassem de atividade em que tivesse havido colaboração do companheiro, o sobrevivente teria direito à metade dos bens, como já dispunha a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. [170] Deve-se entender como colaboração todo tipo de participação, trabalho ou esforço para promover o

acúmulo dos bens. Caio Mário doutrina que o direito à metade dos bens no caso de colaboração e o direito ao usufruto são cumulativos. [171]

A lei 9.278, de 10 de maio de 1996, apesar de ser mais abrangente que a lei 8.971 não a substituiu completamente. A derrogação parcial da lei de 1994 ocorreu somente no atinente ao prazo de cinco anos para que restasse configurada a união estável.

A referida lei trouxe a presunção relativa de condomínio quanto aos bens adquiridos pelos companheiros a título oneroso na constância da união estável, assumindo, assim, alguns pressupostos do regime de comunhão parcial de bens, que teve sua aplicação expressamente determinada a partir do Código Civil [172] de 2002, desde que não houvesse contrato escrito que de modo diverso. [173]

O legislador de 1996 estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros, enumerando alguns deles em seu artigo 2º. [174] O artigo 1.724 do Código Civil de 2002 também trouxe disposição acerca dos deveres recíprocos dos conviventes:

Artigo 1.724 – As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Sobre os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos, e respeito e assistência entre os conviventes são válidas as considerações feitas quando foram examinados os efeitos decorrentes do casamento.

O Dicionário Houaiss define a lealdade como sendo o "(...) respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade, (...) fidelidade aos compromissos assumidos". Já a fidelidade, possui sentido mais específico, pois seria "(...) característica, atributo do que é fiel, do que demonstra zelo, respeito quase venerável por alguém ou algo; lealdade, (...) compromisso que pressupõe dedicação amorosa à pessoa com quem se estabeleceu um vínculo afetivo de alguma natureza, (...) característica de um sentimento que não esmorece com o decorrer do tempo".

No entanto, "não se justifica dar tratamento diverso, quando são valores essenciais nas relações entre os cônjuges e os companheiros", [175] mesmo que o legislador tenha utilizado a palavra lealdade ao tratar dos deveres dos conviventes e fidelidade ao tratar dos deveres dos cônjuges.

A despeito de o artigo 1.724 do Código Civil não mencionar o dever de fidelidade, entende-se que ele também atinge os companheiros, pois se assim não fosse seria impossível falar em união estável, haja vista que tal estabilidade advém do dever de fidelidade entre os conviventes. [176]

Embora o código também não faça referência ao dever de vida em comum, a jurisprudência é relutante em aceitar a configuração de união estável quando os companheiros vivem em domicílios diversos. Assim, é possível considerar que a vida em moradia única é um dos deveres dos conviventes. [177]

O descumprimento dos deveres inerentes a união estável, todavia, não gera efeito negativo algum, pois no caso de desfazimento da união estável, as consequências jurídicas serão as mesmas, qualquer que seja o motivo que tenha dado ensejo à separação. [178]

A união estável não dá aos companheiros o status de casados. Mas há entendimento no sentido de que a inexistência de identificação legal das pessoas em união estável gera insegurança não somente em relação aos conviventes, como também no que se refere às relações com terceiros, pois a união estável traz consequências patrimoniais. Assim, seria necessário que a lei determinasse meio de identificar os companheiros, para evitar que terceiros ou que os próprios conviventes sejam lesados. [179]

A constituição da união estável estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial da família ainda que não haja qualquer declaração expressa de seus membros, pois a intenção do legislador foi proteger o direito à moradia. [180] Os conviventes também podem destinar parte de seu patrimônio para a instituição do bem de família, conforme diz o artigo 1.711 do Código Civil de 2002.

A partir da constituição da união estável são estabelecidos vínculos de afinidade entre cada companheiro e os parentes do outro, de acordo com a dicção do artigo 1.595 do Código Civil. [181]

#### 2.4. Da Sucessão Entre Companheiros

O Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 1.790 a matéria atinente à sucessão entre companheiros.

Caio Mário, Carlos Roberto Gonçalves, e Sílvio de Salvo Venosa criticam a inserção do referido dispositivo no Capítulo I do Título I, que trata das disposições gerais da sucessão em geral, prejudicando a sistematização das regras sobre o assunto, quando seria mais apropriado que o assunto fosse abordado no Título II, que versa sobre a sucessão legítima. [182]

Para que o companheiro possa participar da sucessão do outro é necessário que a união estável tenha perdurado até o momento da abertura da sucessão, pois, apesar do silêncio da lei a união estável deve ser atual para que exista vocação hereditária do companheiro sobrevivente. Todavia, se os conviventes estivessem separados por motivos alheios à suas vontades não ocorre descaracterização da união estável. [183]

Para analisar as regras atinentes a sucessão entre os companheiros, é bom que se repita o dispositivo legal no qual tais regras se encontram:

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

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

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

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

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

O legislador do Código Civil restringiu a participação do companheiro na sucessão aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, diferentemente do que rezava a lei 8.971, de 1994, que não limitava o direito sucessório do companheiro apenas a tais bens. A lei 8.971 estabeleceu entre os conviventes um condomínio que resultaria, quando de sua dissolução, no reconhecimento do direito à metade dos bens integrantes patrimônio condominial. O novo Código Civil limita o direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens sobre os quais já possui meação. [184]

A participação do companheiro não sofre restrição de acordo com o regime de bens adotado pelos companheiros durante a união estável. A participação do companheiro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável sempre acontecerá, diferentemente do que acontece no caso do cônjuge, que pode não participar da sucessão do outro. [185]

A expressão filhos comuns, constante do inciso I, deve ser entendida como descendentes comuns, porque se assim não fosse os descendentes de grau maior que o primeiro seriam adequados à hipótese do inciso III, e tocaria ao companheiro receber um terço da herança quando concorresse com quatro ou mais netos, por exemplo, enquanto esta mesma situação permite que o cônjuge receba um quarto da herança. "A lei teria, em iguais circunstâncias, conferido ao companheiro mais direitos que ao cônjuge". [186]

Em concorrência com descendentes comuns cabe ao companheiro quota equivalente à que por lei for atribuída a cada descendente chamado a suceder por direito próprio. Mas, diferentemente do que ocorre quando da sucessão entre cônjuges, não há reserva de quota mínima no caso da sucessão entre conviventes.

No inciso II, a expressão descendentes do autor da herança se refere àqueles que são chamados a suceder por direito próprio, ou seja, os filhos. Assim, em concorrência com descendentes que não sejam também filhos do companheiro, cabe a este a metade da fração destinada cada filho, e à estirpe de eventuais filhos pré-mortos. [187]

Como também acontece com a sucessão entre os cônjuges, o Código não dá solução para o caso de concorrência entre o companheiro e descendentes comuns e não comuns simultaneamente. Os filhos possuem iguais direitos sucessórios, [188] por isso é difícil

aceitar a aplicação concomitante dos incisos I e II, mesmo porque a quota cabível ao companheiro teria que ser idêntica à dos filhos comuns e, ao mesmo tempo, a metade da quota dos filhos não comuns. Assim, o melhor é, mesmo diante do risco da possibilidade de os bens do de cujus mudarem de linhagem, que no caso de concorrência mista seja adotada a solução mais favorável ao companheiro: a partilha feita por cabeça, em igualdade de condições com os demais herdeiros que forem chamados a suceder por direito próprio. [189]

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa diz que "... não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários". [190]

No entanto, há entendimento no sentido de que no caso de concorrência entre o companheiro e descendência híbrida, cabe ao companheiro receber metade do que for destinado a cada um dos que sucedem por direito próprio, enquanto estes recebem quotas idênticas. [191]

Em concorrência com outros parentes sucessíveis é reservada ao companheiro quota correspondente a um terço da herança. Os dois terços restantes são divididos de acordo com a ordem estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil, que estabelece que o chamamento dos ascendentes precede o dos colaterais. [192]

A quota de um terço cabível ao companheiro independe do número de ascendentes sucessíveis, ou mesmo o grau de parentesco entre estes parentes e o de cujus. [193]

Os ascendentes repartem os dois terços remanescentes seguindo as regras que lhes são próprias: faz-se a partilha por linhas, sendo que os ascendentes de grau mais remoto são excluídos pelos de grau mais próximo, sem distinção de linha e não é cabível o direito de representação. [194]

Se a concorrência se der entre o companheiro e os colaterais, estes concorrem por cabeça ou por estirpe. É possível que haja direito de representação de sobrinhos do de cujus, conforme a disposição do artigo 1.840, do Código Civil de 2002. [195]

O último inciso do artigo 1.790 trata da hipótese de não existirem parentes sucessíveis, ou seja, o patrimônio do de cujus é destinado integralmente ao companheiro, se ele não houver deixado descendentes, nem ascendentes, nem colaterais até o quarto grau. Se tal ocorrer o companheiro terá direito à totalidade da herança não testada. Ora, se houver testamento tocará ao companheiro somente os bens que não foram destinados pelo testador a seus legatários. [196]

Há que se falar que o fato de permitir que o cônjuge sobrevivente participe da sucessão do falecido se estivessem separados de fato por período inferior a dois anos na data da abertura da sucessão permite que exista concorrência entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, haja vista que não existe prazo mínimo para esteja configurada a união estável. Mas, esta situação não foi resolvida pelo legislador do Código Civil de 2002.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves a melhor solução seria a exclusão do direito do cônjuge relativamente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, enquanto ao companheiro não caberia participar da partilha dos bens adquiridos anteriormente a data de início da união estável. [197]

## 2.5. Da sucessão na Constituição, Código Civil e doutrina

Vistos os aspectos atinentes ao casamento e à união estável, bem como os efeitos deles decorrentes, não só no que diz respeito à sucessão, como também de modo geral, é possível passar à análise das opiniões adotadas por alguns autores que trazem pensamento bastante distinto entre eles, principalmente no que tange à constitucionalidade do tratamento dado pelo Código Civil à sucessão entre os cônjuges e entre os companheiros.

Foram escolhidos autores para ilustrar o viés doutrinário apresentado em cada teoria, não significando que eles sejam os criadores desta ou daquela corrente.

### Entendimento De Fábio Ulhoa Coelho

Segundo Fábio Ulhoa Coelho o casamento, a união estável e a família monoparental são famílias constitucionais, por isso o legislador ordinário não poderia estabelecer tratamento diverso no que diz respeito aos direitos e obrigações delas decorrentes. Tal só seria possível quando se fala em famílias não constitucionais, como seria o caso da família constituída pela união de pessoas de mesmo sexo.

O autor entende se tratarem de institutos distintos [198], mas a única diferença entre a família resultante do matrimônio e aquela proveniente da união livre e estável residiria tão somente no que diz respeito à prova judicial da existência do vínculo de conjugalidade.

Enquanto no casamento prova-se o vínculo com extrema facilidade, mediante a exibição da certidão do Registro Civil, o da união estável demanda prova mais complexa, para que se convença o juiz de que havia, entre os litigantes, uma convivência duradoura, contínua, pública e destinada à constituição de família. [199]

Destarte, no que tange aos demais aspectos, a união estável seria instituto idêntico ao casamento, independentemente do fato de o legislador constitucional ter acrescentado ao artigo 226, § 3º, a determinação de que a lei devesse facilitar a conversão da união estável em casamento.

Na verdade, essa parte final do preceito constitucional, deve ser interpretada com olhos voltados à realidade. Existem dois tipos de união estável: a dos que têm recursos econômicos para se casar, mas não querem; a dos que não se casam somente porque não têm recursos econômicos para tanto. A facilitação da conversão da união estável em casamento é uma previsão, de alcance social, destinada a atender aos interesses desse segundo grupo de conviventes. Não tem outro significado além desse. [200]

Maria Berenice Dias, no mesmo sentido, diz que o legislador constituinte não pretendeu estabelecer qualquer hierarquização entre as famílias. O rol constante do artigo 226, da Constituição Federal, seria meramente exemplificativo, não havendo, por parte do legislador, intenção de prever maior ou menor produção de efeitos para esta ou para aquela família. Logo, os mesmos direitos sucessórios aplicáveis ao cônjuge, caberiam também ao companheiro. [201]

Data venia, não há que se falar em equiparação entre a união estável e o casamento, pois a Constituição Federal, ao prever a conversão da primeira na segunda, afastou a possibilidade de serem institutos de mesma natureza. Na lei não há palavra ou expressão que se possa reputar inútil. Em verdade, se o legislador quis facilitar a conversão em casamento, não o fez apenas para atender aos interesses de pessoas que não dispõem de recursos financeiros para a realização do matrimônio, mas para dar incentivo àqueles que desejassem realizá-la, protegendo a família matrimonial.

Que motivo teria o legislador para permitir que dois institutos de mesma natureza, e dos quais derivassem os mesmos efeitos, continuassem a existir, se a única diferença entre eles residisse apenas em suas denominações? Se fossem idênticos os institutos, não haveria razão para a existência concomitante do casamento e da união estável.

Fábio Ulhoa Coelho obtempera que o companheiro é merecedor do mesmo tratamento dado ao cônjuge no que diz respeito à ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil, pois o legislador, ao colocar o cônjuge em primeiro, segundo e terceiro lugar na ordem sucessória, pretendia deixar que o patrimônio continuasse nas mãos daquele que provavelmente mais contribuiu para sua formação.

Desse modo, se o cônjuge tem se beneficiado de uma inegável valorização em sua posição na ordem de vocação hereditária, em função do reconhecimento de sua maior contribuição para a formação do patrimônio a partilhar, é inconcebível que o companheiro não possa desfrutar de igual promoção. Seria uma odiosa discriminação. O direito das sucessões, portanto, não pode diferenciar o cônjuge e o companheiro, na definição das preferências e quinhões sucessórios. Ambos devem receber da lei tratamento idêntico, porque não existem razões que possam justificar qualquer vantagem ou desvantagem, para um ou outro, no momento da destinação dos bens do falecido com quem mantinham relação de conjugalidade. [202]

Contudo, é bom recordar que Washington de Barros Monteiro entende que o direito sucessório tem como fundamento o direito de propriedade, que tem como característica principal a perpetuidade (capítulo 2).

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, toda e qualquer diferença que quisesse o legislador infraconstitucional estabelecer entre as famílias de que ora se comenta, seria inconstitucional. "Por conseguinte, no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge". [203]

O autor considera inconstitucional o artigo 1.790, II e III, do Código Civil de 2002, por violar os artigos 226, § 3º, e 5º, XXX, da Constituição Federal, sobre a proteção da união estável como entidade familiar, e sobre a garantia do direito de herança. O mesmo acontece com o artigo 1.829, I, do diploma civil, que trata o cônjuge de modo menos vantajoso do que estabelece o artigo 1.790 na mesma hipótese, pois a participação do cônjuge depende do regime de bens adotado no caso de concorrência entre ele e os descendentes chamados a suceder por direito próprio, enquanto a participação do companheiro não sofre tal limitação.

É inconstitucional reconhecer o direito à concorrência com os descendentes aos casados em certos regimes de bens e negá-lo aos que adotaram outros regimes. A fragilidade dos critérios para distinguir quem concorre e quem não concorre seria já suficiente para questionar-se a constitucionalidade da norma frente ao princípio constitucional da igualdade. Mas, além disso, é inconstitucional discriminar o cônjuge, na concorrência na primeira classe de familiares sucessíveis em função do regime de bens porque o companheiro não foi assim discriminado. [204]

Destarte, o cônjuge e o companheiro participariam da sucessão independentemente do regime de bens adotado pelo casamento ou pela união estável.

Mesmo Fábio Ulhoa Coelho, que afirma não haver diferença entre a união estável e o matrimônio, reconhece a falta de lógica em se impor limitação ao cônjuge que não existe para o companheiro. Todavia, não é possível aceitar a solução proposta pelo autor, que equipara o regime sucessório do casamento ao da união estável, desrespeitando a intenção do legislador de conceder direito sucessório ao cônjuge que não fizesse jus à meação, e de não permitir que bens incomunicáveis quando da constituição do vínculo matrimonial pudessem passar a integrar o patrimônio do sobrevivente após a morte do outro (item 2.1.1).

Seria também, segundo o autor, aplicável à sucessão do companheiro o dispositivo que concede a quota mínima de um quarto quando da concorrência entre o companheiro sobrevivente e filhos exclusivamente comuns. Já no caso de concorrência com descendentes exclusivos do de cujus caberia ao companheiro receber quota igual à daqueles que sucedem por direito próprio.

Em concorrência com ambos os pais do falecido, caberia ao companheiro um terço da herança. Mas, concorrendo com um só ascendente ou com ascendentes de grau maior que o primeiro, teria direito a receber metade da herança, conforme dispõe o artigo 1.837 do Código Civil de 2002.

Finalmente, se não houvesse descendentes ou ascendentes, o companheiro, bem como o cônjuge, receberiam a totalidade da herança não testada do de cujus, sendo inconstitucional a admissão de concorrência do companheiro com os colaterais até o quarto grau. [205]

Entendimento De Caio Mário

Antes de expor o entendimento do autor a respeito da sucessão entre os companheiros, é preciso esclarecer que os comentários contidos em sua obra foram acrescentados por Carlos Roberto Barbosa Moreira, que a atualizou com a ajuda dos manuscritos desenvolvidos por Caio Mário desde a versão original do Projeto do Código Civil de 1975.

De acordo com o que ensina Caio Mário não há que se falar em equiparação entre o casamento e a união estável, pois se a Constituição prevê a conversão em matrimônio têm-se dois institutos de naturezas diversas.

De primeiro, afasta-se a sua equiparação ao casamento. Uma vez que "a lei facilitará sua conversão em casamento" deixou bem claro que não igualou a entidade familiar ao casamento. Não se cogita de conversão, se se tratasse do mesmo conceito. [206]

O eminente estudioso, bem como fazem outros autores, destaca a colocação do artigo 1.790 nas Disposições Gerais do Livro das Sucessões. "É evidente que o companheiro não poderia deixar de figurar a rigor na lista dos herdeiros legítimos (artigo 1.829)". [207]

Francisco José Cahali afirma que, a despeito de não existir referência ao companheiro na ordem de vocação hereditária, a sucessão legítima depende da conjugação dos artigos 1.829 e seguintes, e também do 1.790. [208]

No sistema do Código Civil de 1916, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, e logo não era cabível o entendimento que pronunciava que o companheiro o fosse. [209]

Com o advento do novo Código Civil, o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário. O reconhecimento da união estável como entidade familiar a ser protegida não teria servido para atribuir direitos sucessórios aos companheiros, já que a Constituição nada contém a esse respeito, tal só aconteceu a partir das leis 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, mesmo assim não teria havido inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários quando do sistema do Código de 1916. Silvio de Salvo Venosa não considera que o legislador civil de 2002 pretendesse incluir o companheiro no rol de herdeiros necessários.

Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual a que cabe "por lei" aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elocubrar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. Ao nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador. [210]

A despeito de o notável jurista duvidar que o legislador civil tivesse intenção de incluir o companheiro no rol de herdeiros necessários, é forçoso concordar que "... a lei claramente concede ao companheiro uma participação na herança que escapa à

disponibilidade em testamento" [211], e que, portanto, ele deve ser considerado herdeiro necessário, a quem cabe o direito à legítima.

Na hipótese de concorrência com descendentes comuns, toca ao companheiro sobrevivente receber quota equivalente àquela cabível a cada um dos herdeiros chamados a suceder por direito próprio. O mesmo não ocorre se a concorrência se der com descendentes exclusivos do de cujus, quando o companheiro receberá metade do que for destinado aos outros herdeiros, conforme a dicção dos dois primeiros incisos do artigo 1.790.

No caso de concorrência com filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, deve ser deferida ao companheiro sobrevivente a mesma porção que couber aos descendentes chamados a suceder por direito próprio, posição compartilhada por Francisco José Cahali e Silvio de Salvo Venosa, e que parece ser a solução que mais se harmoniza com a determinação constitucional de igualdade entre os filhos.

A questão não poderia ser resolvida por meio da aplicação do inciso II, do artigo 1.790, que é bem claro ao estabelecer que o companheiro recebe a metade do que couber aos outros herdeiros, se concorrer com descendentes só do autor da herança.

Outra restrição agora imposta à vocação do companheiro consiste em limitá-la "aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável". A Lei nº 8.971/94 não circunscrevia o direito sucessório do companheiro apenas a bens com tais características. [212]

Caio Mário entende que a boa técnica jurídica recomenda a análise dos incisos a partir do que se encontra disposto no caput do artigo 1.790, de modo que o companheiro devesse participar somente na sucessão dos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável. Todavia, considera que nos casos dos incisos III e IV do referido dispositivo legal, a limitação da participação do companheiro levaria a situações nas quais seria necessário considerar vacante a herança, mesmo em face da existência de um companheiro.

Francisco José Cahali diz que o companheiro somente recebe a totalidade da herança no caso de não haver qualquer outro parente sucessível. E ainda assim toca a ele receber apenas a totalidade dos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável. Se houver bens particulares do de cujus, sem que o falecido tenha deixado outro herdeiro além de seu companheiro, tais bens serão considerados herança jacente, e serão destinados ao Poder Público. [213]

A aparente incongruência entre o caput e os dois últimos incisos do artigo 1.790 (na atual redação do novo Código Civil) se resolveria, assim, pelo entendimento de que, nas hipóteses de concorrência com descendentes, comuns ou não, a participação do companheiro na herança do de cuius está efetivamente restrita aos bens mencionados no caput, ao passo que quando deva concorrer com "outros parentes sucessíveis", a fração seria calculada sobre a totalidade da herança. [214]

O fato de o companheiro participar da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável fere a intenção de atribuir direito sucessório ao sobrevivente que não tivesse direito à meação. Este sistema permite que, além da meação a que tem direito, o companheiro receba parcela dos bens comuns integrantes da meação do falecido.

Num exemplo em que o de cujus não tivesse deixado bens particulares, o companheiro sobrevivente, em concorrência com dois filhos comuns, receberia além da parte correspondente a sua meação, um terço dos bens do falecido, enquanto aos filhos tocaria dividir os dois terços restantes. Ao cônjuge, casado em regime de comunhão parcial de bens, se não houver bens particulares, é atribuída somente a quota que se refere à sua meação, enquanto os filhos dividem a herança do pai ao meio. É bom frisar que hipóteses como estas não são raras, haja vista que muitos são os casais que começam a formar seu patrimônio a partir do início da vida em comum.

Melhor seria que a expressão bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável fosse retirada do caput do artigo 1.790, o que resolveria a questão referente ao inciso IV, comentada por Francisco José Cahali e Caio Mário. Estaria claro que na ausência de parentes sucessíveis a totalidade da herança do falecido seria atribuída ao companheiro sobrevivente, não mais se cogitando a participação do Poder Público.

A lei 8.791 previa que na falta de ascendentes e descendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança. No entanto, na ausência de descendentes e ascendentes o artigo 1.790, do Código Civil de 2002, prevê a concorrência entre o companheiro sobrevivente e os colaterais até o quarto grau. Somente na hipótese da falta de parentes sucessíveis seria deferida ao companheiro a totalidade da herança.

(...) o Código Civil de 2002, contrariando o sistema que resultava da primeira daquelas duas leis, situou o companheiro em situação pior na ordem da vocação hereditária: na ausência de descendentes e de ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com "outros parentes sucessíveis", e não mais na qualidade de herdeiro único. [215]

Há que se concordar com Sílvio de Salvo Venosa, que diz que concorrência entre o companheiro e os colaterais representa um retrocesso que deve ser corrigido por meio da alteração do texto legal para que o companheiro receba toda a herança na falta de descendentes e ascendentes do de cujus, colocando o companheiro "... em posição inferior àquela conquistada em 1996". [216]

Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código Civil de 2002, pois, segundo a lei referida, não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro sobrevivo recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo artigo 1.790 do novo Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito a um terço da herança, por força do inciso III. O companheiro ou companheira somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. [217]

## Entendimento De Sílvio de Salvo Venosa

Sílvio de Salvo Venosa obtempera que o casamento e a união estável têm naturezas jurídicas diversas: "... enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico". [218]

Francisco José Cahali afirma que "... para efeito de proteção do Estado, há equiparação plena da união estável ao casamento, com eficácia imediata da norma às relações exteriores da relação; vale dizer, os efeitos externos da união estável para o Estado e para a sociedade são idênticos aos do casamento. Entretanto, para os efeitos internos da relação, especificamente quanto aos direitos e obrigações recíprocas entre os conviventes, em razão do silêncio da norma constitucional, não há como se aplicar as mesmas regras destinadas ao casamento, sendo imprescindível a edição de legislação própria e específica sobre o universo dos direitos pessoais e patrimoniais aos partícipes da relação". [219]

No entanto, deve-se reconhecer o fato de o legislador constitucional não ter equiparado a união estável e o casamento, o que se constata por meio da análise do artigo 226, § 3º, 2ª parte, da Constituição Federal, que determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Em momento algum se afirma que os efeitos produzidos pela constituição da união estável seriam iguais aos que decorrem da celebração do matrimônio. Neste sentido, convém transcrever os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, § 3º, 2ª parte, não pleiteou a edição de leis que conferissem direitos e impusessem deveres aos conviventes como se a união estável fosse idêntica ao casamento, mas sim de normas que viessem a simplificar ou facilitar procedimento para conversão da união estável em matrimônio. Todavia, não é novidade que, apesar da referida norma constitucional ser de ordem pública, requerendo interpretação restritiva, a legislação infraconstitucional e a jurisprudência, em lugar de facilitar sua conversão passaram a conferir mais direitos aos conviventes que aos cônjuges. [220]

As semelhanças entre os institutos se limitam a seus elementos essenciais, já que ambos são dignos da proteção do Estado, são regidos pelo Direito de Família, pressupõem a existência de uma relação monogâmica fundada na fidelidade, impõem aos cônjuges e aos companheiros direitos e deveres recíprocos, entre outras. Mas, não se deve generalizar a ponto de concluir que os efeitos do casamento devem ser estendidos à união estável.

Como já se afirmou em tópico anterior (item 1.3.1) a união estável é entidade familiar, que tem como requisito fundamental para sua caracterização o objetivo de constituição de família.

Para que seja constituída a família, verdadeiramente, é preciso que tenha ocorrido a celebração do matrimônio, pois a constituição da família é mais importante dos efeitos

decorrentes do casamento (item 2.1), e igual efeito não é gerado pela união livre e estável entre os conviventes.

Sendo a união estável fundada no objetivo de constituir família, a sua conversão em casamento é conseqüência lógica e natural. A finalidade da união estável é, um dia, se converter em casamento, haja vista que se não houver intenção de formar família, não se pode falar em união estável.

Torna-se, então, impossível aceitar que os dois institutos possam produzir os mesmos efeitos, o que de fato não acontece. Há que se concordar com o pensamento de Sílvio de Salvo Venosa, pois se se admite que a união estável seja convertida em casamento, e não o contrário, é de se concluir que do matrimônio derivam mais efeitos do que da convivência estável.

Assim, "por uma questão de lógica e em decorrência do sistema constitucional sobre a família, a união estável ou o concubinato, em princípio, nunca poderá gozar de direitos mais amplos do que o casamento". [221]

Sob forte aspecto, a regulamentação da união estável é um paradoxo, pois quem escolhe por assim viver não quer se prender a formalismos de um ordenamento. (...) ao contrário da maioria das legislações, o legislador brasileiro optou por uma postura francamente intervencionista na vida dos unidos sem casamento. Trata-se, sem dúvida, de uma publicização da vida privada. Se, por um lado, o Direito não pode ignorar os fenômenos sociais, por outro, a excessiva regulamentação tolhe a liberdade de cada um. Se o casal opta por viver à margem do casamento é porque não deseja a intervenção do ordenamento em sua relação. [222]

O legislador do Código Civil preferiu apresentar disposições acerca da união estável. Mas, de acordo com o autor, a legislação tratou da matéria de modo obscuro. "Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão". [223]

De acordo com o sistema sucessório estabelecido pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002, a participação do companheiro na sucessão do outro ocorre somente quanto aos bens onerosamente adquiridos durante a união estável, sem necessidade de se observar o regime de bens adotado pelos conviventes.

É preciso observar que tal sistema cria hipóteses na quais o companheiro tem situação mais confortável do que o cônjuge, que tem sua participação sucessória limitada se tiver sido casado em regime de comunhão universal, separação obrigatória, ou comunhão parcial, em que não haja bens particulares do falecido.

Não sendo aceitável que a união estável produza efeitos mais amplos que aqueles decorrentes da união matrimonial, também não se pode considerar que o companheiro possa participar da sucessão do outro independentemente do regime de bens em que se

deu a convivência. O legislador deveria ter previsto, no mínimo, que a participação do companheiro dar-se-ia apenas quando o regime de bens fosse a separação facultativa de bens, a participação final nos aqüestos, ou se no caso da comunhão parcial de bens houvesse bens exclusivos do companheiro falecido, que são os casos que permitem a participação do cônjuge na sucessão.

Sílvio de Salvo Venosa também critica o fato de o legislador não ter se ocupado das repercussões que poderiam atingir o direito sucessório quando da celebração de contrato escrito pelos companheiros, no qual viessem a adotar regime diverso da comunhão parcial de bens, como ocorre com a sucessão entre os cônjuges, que depende sobremaneira do regime patrimonial em que se dá o matrimônio.

O legislador deveria ter previsto a hipótese, mas, perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa. Não há que se levar em conta que o contrato escrito entre os conviventes tenha o mesmo valor jurídico de um pacto antenupcial, o qual obrigatoriamente segue regras estabelecidas de forma e registro. Desse modo, consoante os termos peremptórios do caput do artigo 1.790, o convivente somente poderá ser aquinhoado com patrimônio mais amplo do que aquele ali definido por meio do testamento. O contrato que define eventual regime entre os companheiros não pode substituir o testamento. [224]

O autor ensina que as leis 8.791 e 9.278 não foram inteiramente revogadas pelo Código Civil de 2002. Estariam revogados os dispositivos que disciplinam a forma pela qual se estabelece o direito hereditário dos companheiros, pois o artigo 1.790 trata a matéria de modo diverso. Não mais há que se falar em usufruto, pois a participação do convivente na sucessão do outro se dá sob a modalidade de direito de propriedade.

Fábio Ulhoa Coelho, diante da igualdade entre os institutos, diz que não se aplica ao direito real de habitação do cônjuge e do companheiro qualquer restrição. Independentemente de haver outro bem imóvel a inventariar, o cônjuge, bem como o companheiro do falecido, possui o direito de continuar a residir no imóvel que ocupava ao tempo da abertura da sucessão. [225]

O companheiro também é titular do direito real de habitação, não somente por força da isonomia de tratamento em relação ao cônjuge, constitucionalmente assegurada, como também em razão da expressa previsão do artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, que continua em vigor por versar sobre tema não disciplinado no Código Civil. [226]

Sílvio de Salvo Venosa entende ser possível a manutenção do direito real de habitação previsto na lei 9.278, pois tal direito diz respeito à assistência material que deve ser prestada por ambos os conviventes, e "... atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como complemento essencial ao direito assistencial de alimentos". [227]

O mesmo posicionamento é adotado por Caio Mário, que ensina que o direito real de habitação do companheiro existe, a despeito de o legislador do novo Código Civil ter se omitido, devendo ser aplicado nos mesmos moldes em que foi deferido ao cônjuge,

conforme a dicção do artigo 1.831. [228] Bastante sensato é o entendimento do notável jurista, ao sugerir que tal direito seja concedido ao companheiro desde que o imóvel em questão seja o único desta natureza a compor o inventário, limitação que, atualmente, só se impõe ao cônjuge.

Em sentido contrário, Francisco José Cahali afirma que os dispositivos que tratavam do usufruto vidual e do direito real de habitação, previstos nas leis 8.791 e 9.278, foram revogados pelo Código Civil de 2002.

Em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o artigo 1.790 estabelece que o companheiro ou 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 não deixam de representar uma forma de participar na sucessão. Vale dizer neste particular – sucessão decorrente da união estável –, o novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores. [229]

Entende-se que o direito real de habitação do companheiro ainda existe, pois não há disposição expressa sobre a matéria no Código Civil, que não a disciplinou inteiramente, ao contrário do que afirma Francisco José Cahali.

Sílvio de Salvo Venosa concorda com a aprovação do projeto de lei 6.960 de 2002, que dá ao artigo 1.790 a seguinte redação:

O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (artigo 1.641);

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

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

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo 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.

Segundo o autor as mudanças propostas pelo referido projeto de lei respeitam a igualdade entre os filhos, consideram o regime de bens adotado pelos conviventes, e eliminam a concorrência entre o companheiro sobrevivente e os colaterais. "Urge que

esse texto seja aprovado, pois a redação original do artigo é retrógrada, para dizer o mínimo". [230]

De Lege Ferenda

É consenso que a parte da legislação que cuida da sucessão entre os companheiros é permeada de imperfeições. Para as sanar é necessário que o texto legal seja modificado.

Os estudiosos do Direito, de modo geral, após tecerem críticas acerca do que consta da lei, se dedicam apresentar a proposta de alteração que mais lhes parece conveniente, o que é de grande importância para que se possa chegar ao texto que reflita a soma dos fatores reais do poder, [231] ao qual se refere Ferdinand Lassalle.

Este trabalho não poderia ser diferente. Afinal, a crítica pura e simples, que não conduz a uma solução, é crítica vã, ou mera reclamação.

Não há presunção de acreditar que a proposta aqui colocada possa ser chamada de ideal (certamente, não o é); é apenas a cristalização dos resultados do presente estudo, por meio da qual se oferece uma singela contribuição.

Projeto de lei..., de 2007

Dá nova redação aos artigos 1.829, 1.830 e 1.831, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 da Lei 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta e revoga dispositivos, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º. Os artigos 1.829, 1.830 e 1.831, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 da Lei 10.460, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Artigo 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, salvo se casado, ou se o companheiro tiver mantido união estável, com o falecido no regime da comunhão universal, ou da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;

III – ao cônjuge ou companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais."

"Artigo 1.830. (...)

Parágrafo único. O direito sucessório do companheiro sobrevivente somente é reconhecido se, ao tempo da morte do outro, não se havia dissolvido a união estável."

"Artigo 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, enquanto viver e não constituir nova união, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a partilhar."

"Artigo 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente. (...)"

"Artigo 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se for maior aquele grau."

"Artigo 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente (artigo 1.830)."

"Artigo 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no artigo 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau."

"Artigo 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro."

Artigo 2º. Acrescente-se, após o artigo 1.832 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte dispositivo:

"Artigo 1.832-A. O companheiro participará da sucessão do outro na seguinte forma:

I – em concorrência com descendentes comuns, terá direito a quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça.

II – em concorrência com descendentes exclusivos do falecido, terá direito à metade do que couber aos que sucederem por cabeça.

III – em concorrência com descendentes comuns e descendentes exclusivos do falecido, terá direito a quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça."

Artigo 3º. Fica revogado o artigo 1.790 da Lei 10.460, de 10 de janeiro de 2002.

Artigo 4º. Esta lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.

CONCLUSÃO

É sedutora a idéia de que a união estável possa ser considerada família digna de produzir os mesmos efeitos que derivam da família matrimonial. Pois, se a Constituição dispõe sobre ambas no mesmo artigo, citando-as enquanto dá ao legislador infra-constitucional a instrução de oferecer a essas "famílias" a proteção do Estado, tende-se naturalmente a concluir que deve ser idêntico o tratamento dispensado aos dois institutos. Destarte, seria bastante simples resolver as questões relativas à união estável e ao casamento. Ora, sendo iguais, produziriam os mesmos efeitos, não apenas no que tange aos direitos e deveres, como também no que tange ao direito sucessório.

Sendo o casamento equivalente a união estável, a solução para os impasses que se apresentam no Código Civil de 2002 em matéria sucessória seria a mera adição de referência à união estável em todos os artigos que agora versam sobre o matrimônio.

Sedutora a idéia, mais simples até, já que se evitaria muitos debates. Mas, a análise mais minuciosa, infelizmente, ou felizmente, não conduz a esta conclusão.

O matrimônio existe desde os tempos da Roma antiga como instituto necessário a dar máxima proteção à família, e, especificamente entre os romanos, para assegurar que fossem mantidas as tradições da religião doméstica, fazendo com que a mulher abandonasse a família em que nascera e passasse a pertencer à do marido, como se fosse filha dele. A união estável não possuía igual condão.

Durante a Idade Média, especialmente em decorrência dos ensinamentos cristãos, o casamento significava a união sagrada entre homem e mulher com iguais direitos e deveres, numa união fundada no amor eterno, e na busca incessante pela própria felicidade por meio da obtenção da felicidade do outro. Aliás, isso é o que, ainda hoje, prega a Igreja Católica, como se pôde verificar pelo teor dos trechos de documentos trazidos por este trabalho. Já a união estável não possui o mesmo caráter de definitividade, podendo ser interrompida a qualquer tempo, e mesmo que se infrinja qualquer dever ou direito dos conviventes, tal infração não gera sanção alguma em âmbito civil, e menos ainda em âmbito penal.

É certo que, na atualidade, casamentos se fazem e desfazem com a mesma velocidade com que as pessoas elegem e abandonam seus ídolos. E percebendo essa tendência, se é que assim se pode nomear, foi alterado o Código de Processo Civil, para permitir que a separação e o divórcio consensual sejam feitos por escritura pública, sem que haja a participação do juiz, se não houver filhos menores. [232]

Todavia, mesmo diante dessa modificação do Código de Processo Civil, ainda é possível dizer que o matrimônio possui um caráter de definitividade que dificilmente será alcançado pela união estável, já que para ela seja desconstituída basta que se interrompa a convivência *more uxoria*.

Diante de todas essas diferenças, e de todas as outras das quais se falou ao longo do presente trabalho, fica difícil insistir na idéia que, no início, se mostrava tão atraente.

A união estável e o casamento são diferentes. Logo, devem ser vistos como institutos distintos, recebendo o tratamento que se apresenta mais adequado. E não demora concluir, que não se pode conferir à união estável efeitos sucessórios tão ou mais amplos do que os do matrimônio, porque se estaria dificultando a conversão da união estável em casamento, haja vista que não haveria necessidade alguma de que fosse realizada a referida conversão.

A união estável e o casamento são diferentes. Logo, merecem que o legislador dê aos institutos tratamento distinto. Ainda que a resposta inicial seja encantadora, depois dessas reflexões não parece ser a mais justa.

#### Referências bibliográficas

Alves, José Carlos Moreira. Direito romano. Volume II, 6ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1998.

BENTO XVI, Carta Encíclica Deus Caritas Est. Roma, 2005. Disponível em [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20051225\\_deus-caritas-est\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_po.html), acessado em 15 de setembro de 2007.

Beviláqua, Clóvis. Direito da família. 8ª ed. Rio de Janeiro. Livraria Freitas Bastos S. A., 1956.

Bittencourt, Edgard de Moura. O concubinato no direito. Volume I: Capítulos I a XVII, 1ª ed. Rio de Janeiro. Alba, 1961.

Capez, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial. Volume III, 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

Cavalcanti, Lourival Silva. União estável. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

Cahali, Francisco José, e Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil, Volume VI. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Cahali, Yussef Said (coordenador). Família e casamento. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 1988.

CARVALHO NETO, Inácio de. Direito sucessório do cônjuge e do companheiro. 1ª ed. São Paulo. Editora Método, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, Volume V. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. 10ª ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora, 1971.

Dias, Adahyl Lourenço. A concubina e o direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 1984.

DIAS, Maria Berenice. Direito de família e o novo código civil. 3ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, Volume V, 20ª ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

diniz, Maria Helena. Código civil anotado. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 1995.

Ferreira Apolônia, Maria da Ascensão. A dignidade e a valorização da mulher, artigo disponível em <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo151.shtml>, acessado em 10 de novembro de 2007.

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume VI: direito de família, 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume VII: direito das sucessões. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

HERRANZ, Cardeal Julián, Presidente do Conselho Para Textos Legislativos. Dignitas Connubii, A Dignidade do Matrimônio, Roma, 2005. Disponível em [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/intrptxt/documents/rc\\_pc\\_intrptxt\\_doc\\_20050125\\_dignitas-connubii\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitas-connubii_po.html), acessado em 15 de setembro de 2007.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001.

madaleno, Rolf Hanssen. Direito de família em pauta. 1ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2004.

monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil. Volume II: direito de família. 38ª ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil. Volume VI: direito das sucessões. 35ª ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, euclides Benedito de. Direito de herança: a nova ordem da sucessão. 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

Oliveira, José Francisco Basílio de. O concubinato e a constituição atual. 3ª ed. Rio de Janeiro. Aide Editora, 1993.

Pereira, Caio Mário. Instituições de direito civil. Volume V, 15ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

Pereira, Caio Mário. Instituições de direito civil. Volume VI, 16ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007.

Pereira, Lafayette Rodrigues. Direitos de Família: anotações e adaptações ao Código Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro. Livraria Freitas Bastos S.A, 1956.

Pernoud, Régine. A Ordem Social na Idade Média, artigo disponível em: <http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1.htm>, acessado em 10 de novembro de 2007.

Pernoud, Régine. A Mulher sem alma, artigo disponível em: <http://permanencia.org.br/revista/historia/pernoud.htm>, acessado em 10 de novembro de 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito de Família: direito matrimonial. Volume I, 3ª ed. São Paulo. Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado: parte especial. Volume LV, 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1984.

Riezo, Barbosa. Do concubinato. Teoria, legislação, jurisprudência, e prática. 1ª ed. São Paulo. Lexbook, 1999.

rodrigues, Silvio. Direito civil. Volume VI. 28ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

sILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2004.

Soares, Orlando. União estável. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

Trujillo, Cardeal Alfonso López, Presidente do Conselho Pontifício Para a Família. Família, Matrimônio e "União de Fato". Cidade do Vaticano, 2000. Disponível em [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_po.html), acessado em 15 de setembro de 2007.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil. Volume VI. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2005.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil. Volume VII. 3ª ed. São Paulo. Atlas, 2003.

wald, Arnoldo. O novo direito de família. 13ª ed. São Paulo. Saraiva, 2000.

wald, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 12ª ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

#### Notas

1. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 2.
2. Cf. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 245 e 246.
3. Cf. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 246.
4. Sobre o parentesco agnático, Fustel de COULANGES ensina o seguinte: "Era, com efeito, a religião doméstica que entre os homens constituía o parentesco. Dois homens podiam dizer-se parentes quando tinham os mesmos deuses, o mesmo lar e comum repasto fúnebre.

(...)

Tem-se discutido muito sobre aquilo que os jurisconsultos romanos entendiam por agnação. Mas o problema torna-se de solução fácil quando se aproxima a agnação da religião doméstica. Do mesmo modo que a religião se não transmitia senão de varão em varão, assim também nos afirmam todos os antigos jurisconsultos não poderem dois homens estar agnados entre si, quando, remontando sempre de varão em varão, não achassem antepassado comum." A Cidade Antiga, 1971, p. 64 a 66.

5. Cf. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 246.
6. Cf. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 246. "À medida que esta antiga religião enfraquece, a voz do sangue fala mais alto e o parentesco pelo nascimento surge reconhecido em direito. Os romanos chamaram cognatio a esta espécie de parentesco absolutamente independente das regras da religião domestica. Quando se lêem os jurisconsultos, desde Cícero a Justiniano, vêem-se os dois sistemas de parentesco a rivalizarem entre si e a disputarem-se no domínio do direito. Mas no tempo da Doze Tábuas só o parentesco da agnação estava ainda conhecido e só ele conferia direitos à herança". Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 68.
7. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 281.
8. Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 20.
9. Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 9.
10. Cf. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 46.
11. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 46. Em nota de rodapé o autor esclarece que tais leis pertencem a Direito mais antigo, e que posteriormente foram revogadas.
12. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 103 e 104.
13. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 105 a 110.
14. Régine Pernoud, A Ordem Social na Idade Média, em <http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1.htm>.
15. Cf. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 107.
16. Régine Pernoud, A Mulher sem alma, em <http://permanencia.org.br/revista/historia/pernoud.htm>.
17. Cardeal Alfonso López Trujillo, Família, Matrimônio e "Uniões de Fato", 2000, em

[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_famil\\_y\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_famil_y_doc_20001109_de-facto-unions_po.html).

18. Maria da Ascensão Ferreira Apolônia, A dignidade e a valorização da mulher, em <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo151.shtml>.

19. Papa BENTO XVI, Carta Encíclica Deus caritas est, Roma, 2005, em [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20051225\\_deus-caritas-est\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_po.html).

20. Régine PERNOUD, A Ordem Social na Idade Média, em <http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1.htm>.

21. "O herdeiro não era designado por meio do disposto em testamento, mas de acordo com os costumes. Alguns entendiam que o herdeiro natural seria o primogênito, pois, sendo o mais velho dos filhos, teria sido também o que mais contribuiu para a conservação do patrimônio. Mas havia entendimento no sentido de que o filho mais novo deveria ser o herdeiro natural, pois era quem cuidava dos pais em sua velhice." Régine PERNOUD, A Ordem Social na Idade Média, em <http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1.htm>.

22. Régine PERNOUD, A Ordem Social na Idade Média, em <http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1.htm>.

23. "Sua influência diminui paralelamente à ascensão do Direito romano nos estudos jurídicos, depois nas instituições e, por fim, nos costumes." Régine PERNOUD, A Mulher sem alma, em <http://permanencia.org.br/revista/historia/pernoud.htm>.

24. Cf. Maria da Ascensão FERREIRA APOLÔNIA, A dignidade e a valorização da mulher, em <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo151.shtml>.

25. Régine PERNOUD, A Mulher sem alma, em <http://permanencia.org.br/revista/historia/pernoud.htm>.

26. Clóvis BEVILÁQUA, Direito da Família, 1956, 17.

27. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 27.

28. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 28.

29. Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 119 e 120.

30. Lourival Silva CAVALCANTI, União estável, 2003, p. 37.

31. Cf. Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 379.

32. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 3.

33. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 30.

34. Cf. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 281.

35. Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, 2005, p. 21.

36. Cf. José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 282.

37. Canon. 1.055 § 1º do Código Canônico de 1983 - La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

38. Cardeal Alfonso López TRUJILLO, Família, Matrimônio e "União de Fato", 2000, em [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_famil\\_y\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_famil_y_doc_20001109_de-facto-unions_po.html).

39. Papa Bento XVI, Carta Encíclica Deus caritas est, Roma, 2005, em [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20051225\\_deus-caritas-est\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_po.html).

40. Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 34.
41. Clóvis BEVILÁQUA, Direito da Família, 1956, 34.
42. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família, 1947, v. I, p. 90...
43. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 53.
44. Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 44.
45. Maria Berenice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 130.
46. Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, 2005, p. 24.
47. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 58.
48. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 23.
49. Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 57.
50. Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 44.
51. Silvio RODRIGUES, Direito Civil, v. VI, 2004, p. 22.
52. Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 10.
53. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 49.
54. Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 54.
55. Régine PERNOUD, A Mulher sem alma, em <http://permanencia.org.br/revista/historia/pernoud.htm>.
56. Régine PERNOUD, A Mulher sem alma, em <http://permanencia.org.br/revista/historia/pernoud.htm>.
57. Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 13.
58. Artigo 1.587, I do Código Civil português de 1966 – O casamento é católico ou civil.
- Artigo 1.588 - O casamento católico rege-se, quantos aos efeitos civis, pelas normas comuns deste código, salvo disposição em contrário.
- # Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 20.
- # Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 22.
- # Artigo 124 da Constituição de 1937 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.
- # Artigo 163 da Constituição de 1946 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - 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.

§ 2º - 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.

# Artigo 167 da Constituição de 1967 - 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.

# Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 23.

# Cf. Clóvis BEVILÁQUA, Direito da Família, 1956, 180.

# Artigo 2.157 do Código Civil português de 1966 - São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 257.

# Edgard de Moura BITTENCOURT, O Concubinato no Direito, v. I, 1961, p. 262 e 263.

# Artigo 1º da lei 9.278 de 10/05/1996 - É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

# Silvio RODRIGUES, Direito Civil, v. VI, 2004, p. 259.

# Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 360.

# Cf. Orlando SOARES, União Estável, 2000. p. 29.

# Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 448.

# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 58 e 59.

# Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, 2005, p. 546.

# Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, 2005, p. 546 e 547.

# Cardeal Alfonso López TRUJILLO, Família, Matrimônio e "União de Fato", 2000, em

[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_famil\\_y\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_famil_y_doc_20001109_de-facto-unions_po.html).

# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 59.

# Cf. Maria Berenice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 150.

# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 61.

# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 58 a 63.

# Silvio RODRIGUES, Direito Civil, v. VI, 2004, p. 259.

# Cf. Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 366 a 370.

# Em sentido contrário: Washington de Barros Monteiro diz que "De concessão em concessão, chegar-se-á ao aniquilamento da família legítima; nada mais a separará da ilegítima. De lembrar-se aqui a prudente advertência de Plínio Barreto: há uma luta contínua entre as duas instituições, a legal e a ilegal, ensaiando esta (o concubinato) os mais variados meios de ação para reduzir o domínio daquela (o matrimônio). Ora, quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio." Curso de Direito Civil, 1987. p. 18.

# Cf. Maria Berenice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 148.

# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 128.

# Cf. Basílio de OLIVEIRA, O concubinato e a constituição atual, 1993. p. 24.

# Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 379 e 380.

# Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 63. No mesmo sentido: Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 534. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 227.  
# Cf. Sílvio RODRIGUES, Direito Civil, v. VI, 2004, p. 271 e 272.  
# Cardeal Alfonso López TRUJILLO, Família, Matrimônio e "União de Fato", 2000, em [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_20001109\\_de-facto-unions\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_po.html).  
# Cf. Basílio de OLIVEIRA, O concubinato e a constituição atual, 1993. p. 25.  
# Cf. Orlando SOARES, União Estável, 2000. p. 33.  
# Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 17.  
# Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 18.  
# Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 17 a 19.  
# Artigo 363 do Código Civil de 1916 – Os filhos ilegítimos de pessoa que não caibam no Artigo 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.

I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai.

# Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 214.  
# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 54 e 55.  
# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 56.  
# Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, 2005, p. 533 e 534.  
# Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, 1984, v. LV, p. 386.  
# Fustel de COULANGES, A Cidade Antiga, 1971, p. 83.  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 257.  
# Cf. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 27; Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 19. No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro diz ser o "...direito das sucessões natural complemento do direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o direito de família", Curso de Direito Civil, v. VI, 2006, p. 7 e 8.  
# Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. VI, 2006, p. 6.  
# Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 18. Washington de Barros Monteiro lembra que quando da extinção do direito sucessório na antiga União das Republicas Socialistas Soviéticas as pessoas faziam doações em vida, ou ainda confessavam, simulavam dívidas para que pudessem favorecer seus herdeiros, burlando facilmente a lei. Curso de Direito Civil, v. VI, 2006, p. 6.  
# Cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família, 1947, v. II p. 23.  
# Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 144.  
# Cf. Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 129.  
# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 164.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 163.  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 49.  
# Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família, 1947, v. II p. 27.

- # Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 146.
- # José Afonso da SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 2004 p. 828. Artigo 226, § 5º da Constituição Federal de 1988 – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
- # Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 145.
- # O dever de obediência não obrigava a mulher a praticar atos ilegais, ela devia "... moldar suas ações pela vontade dele em tudo que for honesto e justo". Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 126.
- # O poder marital não era absoluto. A lei previa limitações, principalmente no que diz respeito à administração do patrimônio do casal. O marido não poderia, sem o consentimento de sua mulher, alienar bens imóveis ou constituir hipoteca. A fiança prestada pelo marido sem a outorga da esposa não alcançaria a meação dela. No caso de dissolução da sociedade conjugal, as doações de bens móveis feitas pelo marido, sem a anuência da mulher seriam descontadas da metade pertencente ao homem. Cf. Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 127 e 128.
- # Cf. Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 126.
- # Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 124.
- # Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 130.
- # Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 83.
- # Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 53 e 54.
- # A infração ao dever de fidelidade caracterizava crime de adultério até 2005, quando o artigo 240 do Código Penal foi revogado pela lei 11.106, de 28 de março de 2005. A jurisprudência entendia estar configurado o crime quando houvesse prática de conjunção carnal entre pessoa casada e terceiro diverso da pessoa do cônjuge. Cf. Fernando CAPEZ, Curso de Direito Penal: parte especial, v. III, 2004, p. 132 e 133.
- # Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 170. No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro diz ser a fidelidade recíproca o primeiro e mais importante dos deveres conjugais. Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 146.
- # Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 81.
- # Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 171.
- # Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 152.
- # Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 51.
- # Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 150.
- # Cf. Arnaldo WALD, O Novo Direito de Família, 2000, p. 83. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 174.
- # Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 125.
- # Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 153 a 155.
- # Cf. Lafayette Rodrigues PEREIRA, Direitos de Família, 1956, p. 125.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 175.
- # Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 157.
- # Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 176.
- # Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 152.
- # Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. II, 2007, p. 155 a 157.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 168.

- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 168.
- # "A imutabilidade do regime de bens era disposta em nossa lei para proteção dos próprios cônjuges que poderiam ser influenciados no curso do casamento em seu detrimento, bem como para proteção de terceiros. Havia legislações, todavia que permitiam a modificação do regime após o casamento, corrente à qual agora se filia o nosso ordenamento de 2002". Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 159.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 160.
- # O artigo 1.611 do Código Civil de 1916 concedia ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação somente se o casamento houvesse se dado em regime de comunhão universal.
- # José Carlos Moreira ALVES, Direito Romano, 1998, p. 281.
- # Cf. Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 105.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 157. Artigo 1.577 do Código Civil de 2002 – Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.
- # Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. VII, 2007. p. 151.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 157. Artigo 1.561 do Código Civil de 2002 – Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 158 e 159.
- # Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 260.
- # Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 213.
- # Cf. Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. VI, 2005. p. 105 e 106. (verificar livro)
- # Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. VII, 2007. p. 152 e 153.
- # Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. VII, 2007. p. 154.
- # Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 127. No mesmo sentido: Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 262.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 128.
- # Cf. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 211.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 132. Apesar de o Código Civil, na primeira parte do artigo 1.837, falar em ascendente (no singular) e não em ascendentes (no plural), Caio Mário entende que esta é a interpretação mais correta, pois o chamamento de ambos os pais do falecido não se encontra previsto nas outras hipóteses, que versam, expressamente, sobre o chamamento de um ascendente. No mesmo sentido: Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 265.
- # Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v. VI, 2006, p. 157.
- # Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 120.
- # Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 17.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 443.

# Artigo 1º da lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 528. No mesmo sentido: Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 114 e 118.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 538.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 538.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 540.

# Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal – Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 540 e 541.

# Artigo 1.725 do Código Civil de 2002 – Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 544 a 547. Maria Benice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 154 e 155. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 128 e 129.

# Artigo 2º da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 - São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I – respeito e consideração mútuos;

II – assistência moral e material recíproca;

III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 546.

# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 128. Maria Benice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 153 e 154.

# Cf. Maria Benice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 154. Tribunal de justiça do Estado de Goiás - 64321-0/188 - APELAÇÃO CÍVEL - A união Estável EXIGE coabitação E CONVIVÊNCIA EM COMUM, DURÁVEL, COM ANIMUS DE FORMAÇÃO DE FAMÍLIA, CUJO PERÍODO DE DURAÇÃO EXIGE PROVA ROBUSTA, não PODENDO SER AMPLIADO ALÉM DO QUE DECIDIDO NA SENTENÇA COM EMBASAMENTO EM TESTEMUNHA Não CORROBORADA PELAS DEMAIS. DES. JOÃO WALDECK FÉLIX DE SOUSA

# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 128.

# Cf. Maria Benice DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 151.

# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 18.

# Artigo 1.595 do Código Civil de 2002 – Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afinidade.(destacou-se)

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 165; Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. VII, 2007. p. 170; Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 118. Sílvio Venosa classifica o local onde foram postas as disposições concernentes à sucessão entre companheiros como excêntrico.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 168.

# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 166.  
# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 265.  
# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 169.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 170.  
# Artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988 – 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.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 171.No mesmo sentido: Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. VII, 2007. p. 175.  
# Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 121.  
# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 262.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 133.  
# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 265.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 133.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 172.  
# Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 172; Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 266.  
# Cf. Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, v. VII, 2007. p. 178.  
# Segundo Inácio de Carvalho Neto, a despeito de não haver igualdade constitucional ou equiparação entre a união estável e o casamento, não é possível diferenciar o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória, pois, antes do Código Civil de 2002, eles já recebiam idêntico tratamento sucessório. Baseado neste raciocínio o autor entende que o artigo 1.790 deve ser revogado, e todos os dispositivos que tratam da sucessão do cônjuge devem conter também referência ao companheiro. Cf. Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro, 2007, p. 182 a 202.  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 128.  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 271.  
# Cf. Maria Berenice DIAS, Filhos, bens e amor não combinam! em: Giselda Maria Fernandes HIRONAKA, e Rodrigo da Cunha PEREIRA, Direito das Sucessões e o Novo Código Civil, 2004, p. 441 a 454.  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 258  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 131.  
# Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 272.  
# Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 273.  
# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 534.  
# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 165.  
# Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 228.  
# A 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no sentido de não considerar o companheiro como herdeiro necessário, sendo, portanto, lícito ao testador excluí-lo da herança por meio de disposição testamentária. (Resp. nº 191.393-SP) Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 164.  
# Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 121.  
# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 178.  
# Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 166.

- # Cf. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 230 e 231. No mesmo sentido: Giselda Maria Fernandes HIRONAKA (Ordem de vocação hereditária), em Giselda Maria Fernandes HIRONAKA, e Rodrigo da Cunha PEREIRA, Direito das Sucessões e o Novo Código Civil, 2004, p. 103.
- # Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 167 e 168. A atualizadora do quinto volume das Instituições de Direito Civil, Tânia Pereira da Silva, entende que a participação do companheiro se limita aos bens onerosamente adquiridos durante a união estável nas hipóteses dos três primeiros incisos do artigo 1.790, enquanto no caso do inciso IV, tocaria ao sobrevivente a totalidade da herança.
- # Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. VI, 2007, p. 165 e 166.
- # Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 230.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 120.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 63.
- # Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 223 e 224.
- # Maria Helena DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. V, 2005. p. 379 e 380.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 115.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VI, 2005, p. 63.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 113.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 119.
- # Cf. Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 275.
- # Fábio Ulhoa COELHO, Curso de Direito Civil, v. V, 2006. p. 274.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 121.
- # Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v.V, 2005, p. 549.
- # Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil, v. VI, 2003, p. 233.
- # Sílvio de Salvo VENOSA, Direito Civil, v. VII, 2003, p. 123.
- # Ferdinand LASSALLE ensina o seguinte: "Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais de e efetivos de poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar". A essência da Constituição, 2001, p. 40.
- # Artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil, acrescentado pela lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007.

\* Advogada.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11840>> Acesso em: 20 out. 2008.