

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**EMILY TREVISOL KÜLKAMP**

**OS CRITÉRIOS DIFERENCIAIS DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL  
E NO CASAMENTO, COM BASE NO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO  
CIVIL DE 2002, DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA E DA IGUALDADE.**

**CRICIÚMA/SC, JUNHO DE 2011.**

**EMILY TREVISOL KÜLKAMP**

**OS CRITÉRIOS DIFERENCIAIS DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL  
E NO CASAMENTO, COM BASE NO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO  
CIVIL DE 2002, DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA E DA IGUALDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
para obtenção do grau superior no Curso de  
Direito da Universidade do Extremo Sul  
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Esp. Rosângela Del Moro.

**CRICIÚMA/SC, JUNHO DE 2011.**

**EMILY TREVISOL KÜLKAMP**

**OS CRITÉRIOS DIFERENCIAIS DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL  
E NO CASAMENTO, COM BASE NO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO  
CIVIL DE 2002, DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA E DA IGUALDADE.**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de pesquisa em Direito das Sucessões.

Criciúma/SC, 17 de junho de 2011.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Esp. Rosângela Del Moro – Orientadora

---

Prof. Esp. Marcus Vinícius Almada Fernandes – Avaliador

---

Prof. MSc. Luiz Eduardo Lapolli Conti - Avaliador

**Dedico esse trabalho aos meus pais Dalva Trevisol Kulkamp e Enio José Kulkamp, bem como ao meu irmão Nicolás José Trevisol Kulkamp, pelo amor e dedicação constantes, e por me incentivarem em todas as decisões e etapas de minha vida, demonstrando que a superação nos momentos difíceis vale a pena, por estarmos ao lado de quem realmente se importa com nosso sucesso.**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, pelas oportunidades que me foram dadas na vida, principalmente por ter conhecido pessoas e lugares interessantes, mas também por ter vivido fases difíceis, que foram matérias-primas de aprendizado.

Não poderia deixar de agradecer aos meus pais Enio José Kulkamp e Dalva Trevisol Kulkamp, sem os quais não estaria aqui, e por terem me fornecido condições para me tornar a pessoa que sou.

Ao meu irmão Nicolás José Trevisol Kulkamp, que mesmo sendo pequeno, compreendeu minha ausência e me fez sentir importante em sua vida.

Ao meu namorado Daniel, pela compreensão, paciência e carinho despendidos nesta etapa tumultuada de conclusão de curso.

À minha orientadora, Professora Rosângela Del Moro, que muito bem orientou este trabalho, dedicando atenção, paciência e tranquilidade.

Aos professores Marcus Vinícius Almada Fernandes e Luiz Eduardo Lapolli Conti, por terem aceitado avaliar este trabalho.

Aos meus colegas de sala Joana Sávio Darós, André Machado de Souza, Rafael Galli e Pedro Victor da Silva Prudêncio, por compartilharem momentos de angústia na elaboração desta monografia.

Enfim, muito obrigada a todos e todas que direta ou indiretamente contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho monográfico, bem como, aos que compartilharam comigo as atividades desenvolvidas nestes anos de graduação.

Meus sinceros agradecimentos!

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar se os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade são compatíveis com a manutenção de critérios diferenciais para a sucessão na união estável, conforme previsão do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Para tal propósito, a metodologia utilizada é a de pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo entre doutrina e legislação. Para tanto foi realizada a seguinte divisão: no primeiro capítulo se tratou dos conceitos básicos dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. No segundo capítulo foram abordados os conceitos básicos de casamento e união estável, bem como histórico, requisitos e principais características de cada instituto. No terceiro e último capítulo foi realizada a análise se o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 respeita e está de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Por fim, na conclusão foi levantada a importância do tema estudado por ser algo no que ainda ensejam vários questionamentos que decorrem da vida prática.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório; União Estável; Casamento; Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana; Inconstitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE ....</b>	<b>11</b>
2.1 Conceito de princípio constitucional.....	12
2.2 Do princípio da dignidade da pessoa humana .....	13
2.2.1 Breve histórico .....	13
2.2.2 Conceito .....	17
2.3 Do princípio da igualdade.....	19
2.3.1 Igualdade formal.....	21
2.3.2 Igualdade material .....	24
<b>3. DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>29</b>
3.1 Casamento .....	29
3.1.1 Histórico.....	29
3.1.2 Conceito .....	30
3.1.3 Características.....	32
3.1.4 Modalidades de celebração do casamento .....	34
3.1.5 Regime de bens .....	37
3.1.5.1 Comunhão parcial de bens.....	37
3.1.5.2 Comunhão universal de bens .....	38
3.1.5.3 Participação final nos aqüestos.....	40
3.1.5.4 Separação de bens.....	42
3.1.6 Direitos e deveres .....	43
3.2 União estável .....	46
3.2.1 Histórico.....	46
3.2.2 Conceito .....	49
3.2.3 Requisitos .....	50
3.2.3.1 Convivência .....	50
3.2.3.2 Durabilidade ou estabilidade.....	51
3.2.3.3 Publicidade .....	52
3.2.3.4 Continuidade .....	53
3.2.3.5 Diversidade de sexos.....	54
3.2.3.6 Objetivo de constituição de família .....	55

3.2.3.7 Ausência de impedimentos matrimoniais.....	56
4. SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: uma leitura do art. 1.790 do CC/02 frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.....	57
4.1 Sucessão no casamento.....	57
4.2 Sucessão na união estável.....	59
4.3 A (in)constitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 frente ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.....	63
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76



## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, tendo em vista que em 10 de janeiro de 2002 foi promulgada a Lei n. 10.406, instituindo o atual Código Civil, a qual estabeleceu a união estável e o casamento como formas de constituir família.

Contudo, apesar de tal reconhecimento, o Código Civil de 2002 tratou a sucessão da união estável e do casamento de forma desigual.

No que toca ao direito sucessório do cônjuge, foi este incluído entre o rol dos herdeiros necessários. Porém, com relação à união estável, o companheiro é apenas herdeiro legítimo, mas não necessário.

Por terem recebido tratamento desigual, surgiu, desde aí, a dúvida sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, a luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Vale dizer que a redação falha do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 acarretou conseqüências flamejantes ao direito sucessório, vez que gerou interpretações divergentes entre juristas e doutrinadores.

Dessa forma, o presente trabalho tem como finalidade apontar, então, os argumentos defendidos nas divergentes posições formadas pela doutrina e apresentar de que maneira os Tribunais estão decidindo no tocante ao assunto.

Ademais, necessário esclarecer que a pretensão do presente estudo não é exaurir as dúvidas pertinentes ao caso, mas simplesmente explicar as posições adotadas, inclusive quais as razões sustentadas por cada corrente, e por ocasião da conclusão, tecer comentários acerca dos argumentos constantes em cada lado.

Para tanto, de início, estudar-se-á o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seus motivos históricos, bem como e principalmente demonstrar se existe a possibilidade de reconhecer sua plena normatividade jurídica.

Ainda, no primeiro capítulo, explanar-se-á o princípio constitucional da igualdade, seu conceito e abrangência e, de igual modo, sua subdivisão em igualdade formal e material.

Em seguida, porque imprescindível ao estudo do tema, discorrer-se-á acerca do instituto do casamento, expondo brevemente seu conceito, as

modalidades de celebração, as espécies existentes de regime de bens, inclusive os direitos e deveres decorrentes de tal instituto.

Ao final desse capítulo, abordar-se-á o instituto da união estável, em especial seus requisitos, elementos e características.

Por fim, no terceiro e último capítulo, cerne do presente trabalho, analisar-se-á se as disposições do art. 1.790 do Código Civil de 2002 são compatíveis com os ditames dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

## 2. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE

Nesse primeiro capítulo analisar-se-ão os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade para posterior análise do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, informa que nosso país tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2010-A)

Ainda, na mesma Constituição, em seu artigo 5º, *caput*, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantida aos brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] (BRASIL, 2010-A)

Necessário ponderar, ainda, quanto ao instituto da família, que o artigo 226, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo destinado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar:

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

[...]

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 2010-A)

Desse modo, para compreensão do tema a ser tratado no presente trabalho, necessário se faz a análise dos referidos princípios constitucionais.

## **2.1 Conceito de princípio constitucional**

Para se falar acerca dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade é necessário, também, conceituar princípio, que é definido por Espíndola (1998, p. 47-48) da seguinte forma:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Por sua vez, Cruz (2003, p. 101) explica que: “princípios serão aquelas normas inscritas nos textos constitucionais destinados a estabelecer os valores fundamentais para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo”.

Ponderando que “são eles que devem nortear, com o prestígio e destaque que lhes são peculiares, a interpretação, aplicação e mutação do Direito pelos tribunais”. (CRUZ, 2003. p. 102)

Também se faz necessário abordar o que são os chamados princípios constitucionais, que são conceituados por Cruz (2003, p. 106) da seguinte forma:

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam as ideologias fundamentais de determinada sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.

Tal conceituação é completada por Rocha (1990, p. 18-19): “Estes pilares fundamentais que, inseridos no sistema constitucional, formam-lhe as bases e definem-lhe os contornos e os matizes são os princípios constitucionais, sem os quais não se faz simétrica e integrada a construção jurídica”.

Nesse contexto impende ressaltar:

O princípio constitucional revela o sistema jurídico. É o elo que vincula e harmoniza os valores normatizados; o princípio versa o coração do pensamento posto na palavra-norma. São os princípios, pois, os elementos jurídicos normatizadores primários e informadores do sistema. De uma parte, eles inspiram o sentido e demarcam o espírito do ordenamento constitucional e, de outra, corporificam as regras jurídicas integrantes da elaboração normativa fundamental. (ROCHA, 1990, p.19)

Assim, pode-se dizer que os princípios constitucionais são normas jurídicas inscritas nas constituições, que estabelecem os valores e ideologias de determinada sociedade, bem como seu ordenamento jurídico.

Servem como referenciais normativos, a partir dos quais todas as outras normas serão instituídas.

Na seqüência tratar-se-á do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2.2 Do princípio da dignidade da pessoa humana**

Nesse tópico explanar-se-ão os motivos históricos da constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana e, principalmente, demonstrar se existe a possibilidade de reconhecer sua plena normatividade jurídica.

### **2.2.1 Breve histórico**

Antes de iniciar a análise da dimensão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, necessário realizar um estudo que, sem a pretensão de esgotar o tema, possa servir de referência para a tentativa de identificar o significado que a noção de dignidade da pessoa humana assumiu ao longo do tempo no pensamento ocidental.

Embora os gregos não trabalhem diretamente a noção de dignidade da pessoa humana, considerando sua grande influência na civilização ocidental, tem-se que a análise de seu pensamento se justifica.

De um modo geral, Nogare (1985, *apud*, MARTINS, 2003, p. 20-21) diz que “o pensamento grego procura construir uma idéia de um homem com validade universal e normativa”.

Essa ponderação filosófica sobre o ser humano acaba, portanto, sendo o impulso para a constituição da noção de dignidade humana, pois é no contexto humano que o conceito de sua dignidade é desenvolvido.

Assim, Chauí (2002, p. 21-23) diz que se pode destacar do legado grego à civilização ocidental a idéia de que a natureza opera obedecendo a leis e princípios necessários e universais, os quais podem ser plenamente conhecidos pelo nosso pensamento; a idéia de que o nosso pensamento também opera obedecendo a leis, regras e normas universais e necessárias, o que nos permite distinguir o verdadeiro do falso; a idéia de que as práticas humanas (a moral, a política, as técnicas e as artes) dependem da vontade livre, da deliberação e discussão, segundo valores e padrões estabelecidos pelos próprios seres humanos; a idéia de que os acontecimentos naturais e humanos são necessários, porque obedecem a leis naturais ou da natureza humana, mas também podem ser contingentes ou acidentais, quando dependem das escolhas humanas; a idéia de que os seres humanos aspiram ao conhecimento verdadeiro, à felicidade, à justiça, ou seja, a valores que dão sentido às suas vidas e às suas ações.

Por sua vez, Ieciona Sarlet (2009, p. 38) que conforme os pensamentos dos gregos, a dignidade seria um atributo que, por ser intrínseco ao ser humano o distinguiria dos demais.

Assim, importa para a compreensão da noção de dignidade humana, entender a filosofia grega como um todo e qual sua contribuição para o pensamento ocidental, qual seja: a racionalização do pensamento e do agir humano.

Considerando que a filosofia grega foi importante para permitir uma racionalização do pensamento humano, que colocava o homem em sua relação com a natureza como centro da reflexão, o pensamento cristão é talvez o grande momento de elaboração da noção de dignidade da pessoa humana.

Com a chegada da religião Cristã, a idéia ganha grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano, este ser, no entendimento cristão, foi criado à imagem e semelhança de Deus.

Nesse sentido discorre Sarlet (2009, p. 38) que “do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus”.

Nogare (1985, *apud*, MARTINS, 2003, p. 22) explica que:

[...] a grande mudança ocorrida com o pensamento cristão reside no fato de que exatamente por terem sido concebidos à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são radicalmente iguais. Nesse contexto, Cristo – Deus-Homem – coloca sua missão evangelizadora como a de reabilitação e revalorização do homem, qualquer que seja ele, e independente de nobreza, posses e qualidades.

Martins (2003, p. 22) conclui que este pensamento significa uma expressiva mudança na reflexão filosófica, visto que representa a idéia de uma igualdade inerente a todos os homens e não somente aos escolhidos, já que Deus não faz distinções, tratando todos com o mesmo respeito.

Essa vontade de racionalização do divino a partir de uma idéia de igualdade ingênita a todos os seres humanos, justamente porque concebidos à imagem e semelhança de Deus, foi a forma que a filosofia adotou por aproximadamente mil anos.

Durante o período da Idade Média, São Tomás de Aquino é o principal pensador a se dedicar ao estudo e desenvolvimento do tema.

Martins (2003, p. 23) diz que o pensamento filosófico de São Tomás de Aquino, apesar de inserir-se no pensamento cristão, foi de grande relevância para o direito por ter sido o primeiro a referir-se expressamente ao termo “dignidade humana”.

Nogare (1985, *apud*, MARTINS, 2003, p. 23) pondera que:

Apenas a título de registro, temos que o pensamento tomista sobre o homem pode ser resumido nos seguintes termos: o homem é composto de matéria e espírito, que formam uma unidade substancial, mas apesar disto não impede a alma humana de ser imortal.

Sarlet (2009, p. 38) explica que o pensamento de Santo Tomás de Aquino foi de especial relevância, e que além da concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, declarava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural

por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Martins (2003, p. 24) declara que para São Tomás de Aquino:

[...] a 'dignidade humana', que guarda intensa relação com sua concepção de pessoa, nada mais é do que uma qualidade inerente a todo ser humano e que o distingue das demais criaturas: a racionalidade. Através da racionalidade o ser humano passa a ser livre e responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, um fim em si.

Desse modo, São Tomás de Aquino não chega a elaborar um entendimento próprio de dignidade da pessoa humana, embora desenvolvido com rigor técnico, não difere substancialmente da tradicional concepção escolástica.

Já na Idade Moderna, Pico della Mirandola, com seu discurso sobre a dignidade do homem, desenvolve o princípio, sendo o pioneiro a dar-lhe justificação fora da teologia, conforme expõe Sarlet (2009, p. 38):

[...] o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.

Nos séculos XVII e XVIII, dois pensadores se destacam: Samuel Pufendorf, que entende ser dever de todos, mesmo do monarca, respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como seu direito de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção, bem como Immanuel Kant, talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, não podendo nunca ser coisificado ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo, ou seja:

[...] a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia), como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto. (SARLET, 2009, p. 99)



Sobre o assunto, Martins aduz que:

[...] o homem, e todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim. (2003, p. 27)

Bernardo (2010) explica que posteriormente, devido aos acontecimentos trágicos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, o pensamento de Kant ressurge com extrema vitalidade, uma vez que se verificaram, na prática, quais são as conseqüências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses políticos e econômicos.

Foi por isso que o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas de 1948, em seu artigo 1º: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (ONU, 2010).

Por fim, no ordenamento jurídico brasileiro, foi positivado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o elencou como fundamento, criando, uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

### **2.2.2 Conceito**

Feitas as considerações históricas sobre a evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, buscar-se-á explicitar o que se pode entender por dignidade da pessoa humana.

Para Silva (2008, p. 105), "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida."

Sarlet (2009, p. 100), por sua vez, propôs uma conceituação para a dignidade da pessoa humana:

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que reconhece, respeita e protege, mas não possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Moraes (2007, p. 60-61) a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Martins, assevera que:

A dignidade deve acompanhar o homem desde o seu nascimento até a sua morte, posto que ela é da própria essência da pessoa humana. Assim, parece-nos que a 'dignidade' é um valor imanente à própria condição humana, que identifica o homem como ser único e especial, e que, portanto, permite-lhe exigir ser respeitado como alguém que tem sentimento em si mesmo. (2003, p. 115)

Sobre tal princípio, Nery Junior e Nery (2006, p. 118) explanam que: “é o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro”.

Silva (1998, *apud*, MARTINS, 2003, p. 117) retomando novamente as lições de Kant, explica que:

Todo o ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento.

Por fim,

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. (Sarlet, 2009, p. 104)

Desse modo, tem-se que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao ser humano, ou seja, é presente desde o seu nascimento e existirá até a sua morte, sendo inalienável, bem como irrenunciável.

Na seqüência tratar-se-á do princípio da igualdade.

### **2.3 Do princípio da igualdade**

As discussões que abrangem o princípio da igualdade arrastaram-se por séculos passados. Desde as civilizações antigas a utilização ou não da igualdade dentro da sociedade já despertou interesse e foi alvo de grandes clamores em tempos passados.

Nesse diapasão explica Rios (2007, p. 22):

Enquanto ideal almejado, a igualdade, tanto como aspiração política e social, quanto como princípio jurídico, revela-se, desde a Grécia Antiga, pedra de toque de inúmeras teorias jurídicas e de projetos políticos. É o que se pode observar nas obras jurídicas contemporâneas. O raciocínio jurídico, ao defrontar-se com a interpretação do princípio constitucional da igualdade, parte sempre da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na proporção de sua desigualdade.

No mesmo sentido é o ensinamento de Rocha (1990, p. 12-13) ao citar:

O tema da igualdade do homem em sua ambientação política não é recente nem tem conteúdo exclusivo ou predominantemente jurídico. É indagação humana que atravessa o tempo como preocupação permanente e questão incerta, porém de configuração essencial para o aperfeiçoamento do Direito e para se atingir uma sociedade justa.

Atualmente o debate envolve diversos setores da sociedade, ante a ampla conceituação do tema e das possibilidades que a doutrina oferece no que tange ao princípio da igualdade com o objetivo de embasar prestações jurisdicionais

e permitir um tratamento especial àquelas minorias que se encontram em condição de desigualdade.

Acerca desse aspecto, Siqueira Júnior e Oliveira destacam que:

Ao longo da história a idéia de igualdade entre os homens foi motivo de grandes debates entre os mais variados pensadores. Muitos defendiam que são as diferenças que caracterizam a espécie humana, jamais a igualdade, portanto, impossível criar uma estrutura estatal capaz de atender igualmente todos os seus cidadãos. O que é plausível é a igualdade das pessoas perante a lei, respeitando-se suas diferenças. (2009, p. 224).

Segundo Rocha (1990, p. 12), é por este motivo que “o Direito traz, desde os primórdios da civilização, o registro da angústia do homem em tentar realizar a igualdade daqueles que têm na desigualdade, que caracteriza a individualidade e a essência do ser humano, a sua marca original”.

Sobre as comparações entre igualdade e desigualdade destaca-se a lição de Seabra Fagundes (*apud* SILVA, 2008, p. 216) ao afirmar que os “conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”.

Frente a sua característica que não admite privilégios, discriminações e que dá um sentido material à liberdade, a igualdade, para Silva (2008, p. 211), “constitui o signo fundamental da democracia”.

Lafer, ao explicar acerca do pensamento que Hannah Arendt faz a respeito dos direitos humanos e da igualdade, destaca que:

A igualdade não é um dado – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade. (1988, p.150)

A igualdade pode ser utilizada como postulado normativo para solucionar algumas questões que incidem no meio social e surgem com a aplicação do Direito.

Neste ponto, Ávila pondera que:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim). (2008, p. 150).

Sobre o assunto, Rocha (1990, p. 118) declara que:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isto é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

Ocorre que, “o constitucionalismo brasileiro sempre adotou o princípio da igualdade em sua Cartas, o que não significa, porém que tenha havido sempre respeito e acatamento a ele, mesmo se lhe tomar apenas em sua acepção formal”. (ROCHA, 1990, p. 62)

Porém, de acordo com Rocha (1990, p.14) “é de se observar que o conteúdo do princípio jurídico da igualdade muda, como ocorre com todos os princípios jurídicos, segundo as transformações do próprio sentido do Direito que se vai construindo no tempo”.

Portanto, ao longo do desenvolvimento histórico do homem, é certo que os seus conceitos e a sua elaboração pela sociedade acompanham esta mudança para que a justiça que se busca não quede sem o seu instrumento insubstituível que é o próprio sistema jurídico.

Na seqüência se abordarão as concepções de igualdade perante a lei (igualdade formal) e igualdade na formulação da lei (igualdade material).

### **2.3.1 Igualdade formal**

Segundo Silva (2008, p. 214), “a afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em direito*” (grifo no original). Assim, apenas estabeleceu a igualdade meramente formal, ou seja, aquela fundada na visão individual do homem.

Barroso, ao se referir ao princípio da igualdade formal expõe:

A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. (2006, p. 294)

No texto constitucional brasileiro, o princípio da igualdade tem elevada importância ao ser previsto como um dos primeiros direitos fundamentais da seguinte forma: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” - artigo 5º, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (BRASIL, 2010-A).

Rothenburg (2009, p. 364) define que “a igualdade perante a lei significa, num momento logicamente posterior ao da feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela deve ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua; tem a ver com o modo de aplicação da norma”.

Sobre a aplicação do princípio da igualdade consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, Silva (2008, p. 190) considera:

Embora seja uma declaração formal, não deixa de ter sentido especial essa primazia ao direito da igualdade que, por isso, servirá de orientação ao intérprete, que necessitará de ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais do homem.

Considerando o pressuposto determinado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no sentido de que o princípio da igualdade, inicialmente, foi aplicado sob a ótica meramente formal, sem distinções e sem levar em consideração as variáveis pessoais de cada sujeito de direito, tratando a todos de maneira genérica.

Sobre este aspecto, aduz Rios (2002, p. 128):

Com efeito, o princípio da igualdade formal passou a operar como mandamento de aplicação universalista da lei, sem se preocupar com a justiça ou injustiça dos efeitos desta aplicação em face das semelhanças e das diferenças próprias de cada situação concreta.

Em se tratando da afirmação do princípio da igualdade formal no ordenamento jurídico brasileiro Silva esclarece que:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5.º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. (2008, p. 214-215) (grifo no original)

O conteúdo do princípio da igualdade formal, ou seja, o da igualdade perante a lei indica para a aplicação da norma jurídica sem levar em consideração as diferentes características de cada sujeito de direitos ou de determinados grupos, garantindo sua aplicação, de forma plena, a todas as pessoas de maneira geral.

Sobre o assunto, Hesse (1998, p. 330) explica:

Igualdade jurídica formal é *igualdade diante da lei* (art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. (grifo no original)

Seguindo este mesmo raciocínio ensina Rios (2002, p. 41):

Neste contexto, o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades. O resultado que daí advém é a regulação igual de situações subjetivas e objetivas desiguais: eis a aplicação formal da igualdade, contrariando materialmente a consagrada máxima segundo a qual ser justo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Trata-se, como dito, dos efeitos de uma aplicação formal do princípio da igualdade, porquanto visualizados os destinatários da regra jurídica abstratamente, desligados de sua individualidade e de sua concretude histórica.

Assim, o princípio da igualdade formal é aplicado de forma lógica, pois o aplicador da lei deve apenas se preocupar em definir a norma jurídica independente do destinatário, tendo como único pressuposto fundamental a formalidade da norma.

Em suma: “dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”. (MELLO, 2010, p. 11)

Dessa forma, os sujeitos de direitos são tratados de maneira igual sem qualquer diferenciação referente à sua condição social ou característica determinante de um grupo.

Por ser um princípio tão automático, Rios aduz que a igualdade formal não supre a necessidade da realidade social e, portanto, recebe críticas de certos juristas, destacando que:

Pablo Lucas Verdú é incisivo ao qualificar o formalismo do princípio da igualdade. A seu ver, consiste na efetiva despreocupação com as condições reais de vida, no ignorar as injustiças econômicas e sociais, na sobrevivência de privilégios em favor de certos estratos sociais; é, conforme suas palavras, 'uma evidente hipocrisia, na medida em que, apesar da solene proclamação da igualdade, subsistem intoleráveis desigualdades e diferenciações que provocam a irritação e o rancor entre as classes'. (2002, p. 43).

Pelo fato de buscar aplicar a mesma lei para todos, sem distinção, é que o princípio da igualdade, em sua característica formal, esbarra em alguns empecilhos na busca pela promoção da igualdade.

Porém, o legislador brasileiro não se limitou a tratar do princípio da igualdade no âmbito de seu aspecto formal, ou seja, a igualdade perante a lei, e trouxe para o ordenamento outros dispositivos que evidenciam a preocupação com o princípio da igualdade material.

### **2.3.2 Igualdade material**

O conceito de igualdade material diverge do determinado como igualdade formal, que é a "igualdade perante a lei", na qual todos os sujeitos recebem tratamento igualitário por parte do ordenamento jurídico, sem qualquer distinção no que se refere ao destinatário da norma. Já a igualdade material é aquela chamada de "igualdade na lei", ou seja, a que exige tratamento igualitário para os sujeitos, porém, o tratamento deve ser igual na medida das desigualdades de cada pessoa, respeitando as peculiaridades que lhes são inerentes devido a sua condição na sociedade.

Conforme Hesse (1998, p. 330):



Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente. (grifo no original)

Rothenburg (2009, p. 365) define que “a igualdade na lei significa, no momento inicial de feitura da norma (texto, diploma), que ela não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais. Tem a ver com o conteúdo da norma”.

Para Barroso, o tema referente ao princípio da igualdade material é muito mais complexo que o da igualdade formal, tendo em vista que envolve aspectos ideológicos em sua aplicação e está diretamente associado à idéia de uma justiça distributiva e social. Ademais, acrescenta que “não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente”. (2006, p. 294).

Dessa maneira, é necessário avaliar qual a forma mais correta de aplicação da igualdade material e, quais grupos dentro da sociedade merecem este tratamento diferenciado por se encontrarem em situação de desigualdade na sociedade.

Segundo Rios (2002, p. 48-49):

[...] a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas das diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções. Para a obtenção deste resultado precisa-se, assim, perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros. É necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que considera relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação.

Assim, faz-se necessário reconhecer que a desigualdade existe com relação a determinados grupos na sociedade e buscar medidas que visem promover a igualdade destes grupos com relação aos demais.

A igualdade material engloba, também, a conceituação de Estado de Direito material:

[...] que se caracteriza pela preocupação com o conteúdo e com a orientação da atividade estatal, muito além da mera observância das formas

jurídicas. Nele, o poder estatal é vinculado a determinados princípios e valores jurídicos, historicamente contextualizados. No seu seio, mesmo as decisões da maioria legitimamente eleita para a representação popular submetem-se aos princípios jurídicos fundamentais. Estes princípios jurídicos fundamentais são resultantes da própria Constituição, a partir da qual o Estado de Direito é concebido em um sentido material. Isto não importa na subtração do debate político e do princípio majoritário nas quadras do regime democrático, mas na intangibilidade de um núcleo de princípios jurídicos fundamentais diante da mobilidade e dinâmica da vida política e social. (RIOS, 2002, p. 49)

O aspecto material do Estado de Direito é constituído com base na busca da proteção dos direitos fundamentais e, sendo o princípio da igualdade um direito fundamental, tal conceito é tido como pressuposto para a qualificação do justo e do injusto no ordenamento jurídico. Valores estes que orientam a aplicação dos princípios que orientam a Lei.

Ao ser aplicado o conceito de igualdade material, é necessário que sejam observados determinados critérios de valoração para que possam ser identificadas as necessidades de cada grupo e também em que medida tais grupos precisam da efetividade do referido princípio na busca por um tratamento igualitário.

Nas palavras de Rios (2002, p. 53): “somente diante de uma razão suficiente para a justificação do tratamento desigual, portanto, é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ora, a suficiência ou não da motivação da diferenciação é exatamente um problema de valoração”.

Dessa maneira tem-se que o tratamento igual do ponto de vista formal está autorizado a ser aplicado no ordenamento jurídico. Porém, o tratamento desigual utilizado para a promoção da igualdade necessita de justificativa plausível para a sua aplicação. Neste sentido Rios (2002, p. 54) ensina:

Desta maneira formuladas, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual distanciam-se na medida em que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao passo que o mandato de igualdade de tratamento se satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita uma diferenciação. Em princípio, portanto, está exigido um tratamento desigual se e somente se for possível justificá-lo.

Discorrendo sobre o tema, leciona Mello (2010, p. 21):

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído

em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

O princípio da igualdade material tem como objetivo tratar igualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Acerca do referido princípio, em sua dimensão material, conforme demonstrado anteriormente, para que possa ser aplicado é necessário que exista uma característica que enseje a aplicação de tratamento diverso, do contrário, será aplicado o tratamento igual a todos os sujeitos.

Sobre o tema, explana Rocha (1990, p.34):

Pode-se verificar que o princípio jurídico da igualdade não apenas trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida que se desigualam, mas que deve erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamento desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta.

Por fim, importante destacar quando o princípio constitucional resta ofendido, segundo dizeres de Mello (2010, p. 47-48):

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Finalmente, conclui-se que os princípios constitucionais são bases do ordenamento jurídico, ou seja, são eles que dão o norte para a criação de todas as outras legislações.

Assim, no presente capítulo pôde-se observar que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade revestem-se de grande importância no que diz respeito à construção de qualquer tipo de legislação.

### 3. DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

No presente capítulo estudar-se-ão os institutos do casamento e da união estável, em especial seus requisitos, elementos e características.

#### 3.1 Casamento

Ao falar-se de casamento necessário se faz traçar seu delineamento histórico, bem como seu conceito, características, modalidades de celebração, regimes de bens e, por fim, os direitos e deveres decorrentes de tal instituto.

##### 3.1.1 Histórico

O casamento entre um homem e uma mulher sob a égide do Estado, existe desde as sociedades primitivas, sendo, deste então, considerado como base da estruturação social. (RIZZARDO, 2008, p. 17)

Para Venosa (2007, p. 23-24):

As sociedades primitivas tinham como preocupação básica a satisfação das necessidades primárias. Com meios técnicos rudimentares para enfrentar os rigores da natureza, o problema central do homem primitivo era prover sua própria subsistência. O homem e a mulher dividiam as tarefas, por isso o indivíduo solteiro era uma calamidade para a sociedade dessa época.

Destaca-se, das principais civilizações do mundo antigo, a concepção de Roma e Grécia, por serem reconhecidas como as que mais influenciaram o mundo ocidental, com suas principais características.

No cenário romano o matrimônio era o laço sagrado por excelência. Além do casamento religioso, existia a *coemptio*, que era uma modalidade de união do casal através de um negócio jurídico formal utilizado para vasto número de

negócios, a começar pela compra e venda, em que eram acertados detalhes de dote, de patrimônio. (VENOSA, 2007, p. 25)

Entende-se que o casamento é um instituto o qual tem grande importância social, uma vez que pelo casamento originava-se a família, sendo que Diniz explica que “o casamento é, ainda, indubitavelmente, o centro de onde irradiam as normas básicas do direito de família, que constituem o direito matrimonial” (2007, p. 5).

No Brasil, o casamento religioso é introduzido pelos portugueses, com influência absoluta do poder religioso cristão, sendo que as uniões fora deste contexto eram consideradas espúrias e pecaminosas, podendo levar as pessoas a julgamento, como insurgentes à natureza jurídica do casamento, já que era o único determinado pela lei (SANTOS, 1999, p. 290).

Como ensina Diniz (2007, p. 113), esta situação perdurou até a instituição da República, quando é instituído como oficial o casamento civil.

Oportuno anotar que, contemporaneamente, embora o casamento ainda seja a base da família, esta apresenta um conceito muito mais amplo, podendo existir sem ele, a exemplo da união estável ou das chamadas famílias monoparentais.

### **3.1.2 Conceito**

Tecidas as considerações históricas sobre a evolução do instituto familiar chamado casamento, buscar-se-á conceituar tal instituto.

Para Leite (2004, p. 47), “casamento é um vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família. Estes são os elementos básicos, fundamentais e lapidares do casamento”.

Rodrigues (2004, p. 19), por sua vez, propôs uma conceituação da seguinte forma: “casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Venosa (2007, p. 25) explica que:

Para o Direito Canônico, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel.

Nesse passo, fica claro que o casamento, no âmbito jurídico, é um negócio-contrato familiar entre o homem e a mulher com o fito de se unirem de forma material e espiritual. Porém, no viés religioso, a Igreja conserva a idéia de que o casamento é um sacramento que decorre da natureza do ser humano, sendo, inclusive, perpétuo e indissolúvel.

Coelho assevera que:

São três as motivações que levam o homem e a mulher a se casarem: amor, gratificação sexual e organização da vida. Sendo que a organização da vida é decisiva, já que inúmeros casamentos sobrevivem sem amor e sexo, mas dificilmente se mantêm se os cônjuges não executam as tarefas cotidianas que lhes incumbem. (2006, p. 26)

Utilizando-se as palavras de Rizzardo (2008, p. 17), pode-se dizer que o casamento vem a ser um contrato solene no qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida. Prometendo, na celebração do ato, a mútua fidelidade, assistência recíproca, e a criação e educação dos filhos.

Por fim,

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país. (DINIZ, 2007, p. 35)

Desse modo, tem-se que o casamento é a união, material e espiritual, do homem e da mulher com o intuito de constituir família, regularem as relações sexuais e se oferecerem mútua assistência.

### 3.1.3 Características

São características do casamento: a liberdade na escolha do nubente, a solenidade do ato nupcial, ser amparado por legislação de ordem pública, não admitir termo ou condição, a exclusividade da união e a plena comunhão de vida entre os cônjuges, características que serão analisadas a seguir.

Uma das características do casamento é a pessoalidade, ou seja, ninguém poderá interferir na escolha do nubente. Isto é, depende, exclusivamente, da liberdade de escolha e da manifestação de vontade dos nubentes.

Assim, Venosa (2007, p. 26) explica que a escolha “é pessoal, pois cabe unicamente aos nubentes manifestar sua vontade, embora se admita casamento por procuração.

Nesse sentido, ensina Rizzardo (2008, p. 24): “constitui um ato pessoal, da exclusiva decisão dos nubentes, indo já distantes os tempos quando os pais decidiam sobre o consorte do filho ou da filha”.

Por fim,

[...]. A liberdade de escolher pessoa do sexo oposto é elemento natural do ato nupcial, que requer diversidade de sexos. A interferência da família restringe-se tão-somente à orientação, mediante conselhos, salvo nos casos em que a legislação exige o consentimento dos pais. (DINIZ, 2007, p. 42)

Além disso, veda-se o casamento contraído sob coação, pois um dos cônjuges somente veio a concordar em constituir a sociedade conjugal porque foi constrangido a assim agir, sob pena de mal injusto, grave e iminente a si próprio ou a pessoa de sua estima.

Outra característica do casamento é a solenidade da celebração do ato.

Considera-se o casamento um ato solene, isto porque a lei exige a observância de uma série de requisitos destinados à publicidade e à garantia da manifestação do consentimento dos nubentes.

A lei o reveste de uma série de formalidades perante autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade, outorgando com isso garantia de validade ao ato. A solenidade inicia-se com os editais, desenvolve-



se na própria cerimônia de realização e prossegue em sua inscrição no registro público. (VENOSA, 2007, p. 26)

Desse modo, pode-se dizer que:

A solenidade do ato nupcial, uma vez que a norma jurídica reveste-o de formalidades que garantem a manifestação do consentimento dos nubentes, a sua publicidade e validade. Não basta a simples união do homem e da mulher, com a intenção de permanecerem juntos e gerarem filhos; é imprescindível que o casamento tenha sido celebrado, conforme a lei que o ampara e rege. (DINIZ, 2007, p. 42)

Nesse diapasão, Rizzardo (2008, p. 24) complementa aduzindo que “reveste-se o ato de solenidade, com observância de uma série de requisitos e inscrição no registro civil”.

Considerando todas as particularidades solenes, igualmente, é inadmissível a celebração do casamento a termo ou sob condição, ou seja, inexistente casamento condicional ou passível de rompimento se não cumprida alguma obrigação.

Lisboa (2006, p. 88) explica tal característica da seguinte forma:

A perenidade da união, não se admitindo a realização de casamento a termo ou sob condição resolutiva.  
A sociedade conjugal é inicialmente estabelecida para toda a vida dos cônjuges, vedando-se que se ajuste previamente a sua temporariedade.

Assim, conforme palavras de Rizzardo (2008, p. 24), “ninguém celebra um casamento condicional, passível de desconstituição se não cumprida alguma obrigação”.

Outra característica é que, ainda que nascendo na esfera privada, as convenções particulares subordinam-se à legislação civil, de ordem pública. Isto se deve ao fato de ser a legislação matrimonial de ordem pública, por estar acima das convenções dos nubentes (DINIZ, 2007, p. 42).

No mesmo sentido Rizzardo (2008, p. 24) descreve que “trata-se de uma instituição de ordem pública, dada a legislação existente, à qual devem subordinar-se as convenções particulares”.

Ainda, também é característica do casamento a exclusividade da união, o que importa no dever de abstenção de relações sexuais com outras pessoas, a não ser o próprio cônjuge.

A violação desse dever consubstanciava o crime de adultério e serve de justa causa para a dissolução do vínculo matrimonial.

Assim,

[...] até o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, em determinadas circunstâncias, tinha-se o crime de adultério, que constituía violação dessa norma (CP, art. 240 ora revogado). O adultério, apesar de não ser mais delito penal, continua sendo ilícito civil, por uma das causas de separação judicial (CC, art. 1.573, I), pois a fidelidade conjugal é exigida por lei (CC, art. 1.566, I), por ser o mais importante dos deveres conjugais, uma vez que é a pedra angular da instituição, pois a vida em comum entre o marido e a mulher só será perfeita com a recíproca e exclusiva entrega de corpos. (DINIZ, 2007, p. 42)

Por fim, tem-se que o casamento estabelece comunhão de vida, quer nos aspectos patrimoniais, quer nos espirituais e sentimentais.

Desse modo, determina uma comunidade de vida para os cônjuges não somente nos interesses patrimoniais, mas em especial nos sentimentos, desejos e intenções (RIZZARDO, 2008, p. 24).

A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento, porque desta característica surgem todas as outras.

#### **3.1.4 Modalidades de celebração do casamento**

No presente tópico explicar-se-ão as modalidades de celebração do casamento, quais sejam: casamento por procuração, casamento em caso de moléstia grave, casamento perante a autoridade diplomática ou consular e o casamento nuncupativo.

Nosso ordenamento jurídico permite que o casamento seja realizado por procuração outorgada pelo nubente que não pôde comparecer na data aprazada para a celebração do casamento (art. 1.542 do CC/02).

Nesse viés, Coelho (2006, p. 46) diz que “o noivo ou noiva não precisa estar presente à cerimônia, para que ela se realize, quando for representado por um procurador nomeado com poderes especiais em instrumento público”.

Em consonância, Lisboa esclarece:

É aquele que sucede mediante a representação do nubente que não puder estar presente na data da sua realização. Para tanto, o mandatário deverá estar investido de poderes específicos para contrair casamento em nome do outorgante, em instrumento de mandato que deverá ser transcrito integralmente na *escritura antenupcial* e no *assento do registro* (art. 1.542 do CC). (2006, p. 101) (grifo no original)

Assim, Rizzardo (2008, p. 96) completa, “há, no casamento por procuração, a representação voluntária na celebração das núpcias. Como um dos cônjuges está impedido de fazer-se presente no ato, outorga poderes para que outra pessoa o represente e receba o contraente”.

Nossa legislação também prevê a modalidade de casamento na hipótese de um dos cônjuges apresentar moléstia grave.

Essa modalidade de celebração está prevista no artigo 1.539 do Código Civil: “no caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante 2 (duas) testemunhas que saibam ler e escrever”. (BRASIL, 2011-B)

Sobre o assunto, Coelho (2006, p. 44) discorre:

Se um dos nubentes cai doente e fica impedido de comparecer ao local designado para a celebração, ou teme não sobreviver até sua data, autoriza a lei que o celebrante (ou seu substituto legal) vá ao encontro dele para, na presença do outro contraente e de duas testemunhas que saibam ler e escrever, consumir o ato.

Para Lisboa (2006, p. 105):

Se um dos nubentes, no dia da cerimônia, encontrar-se acometido de *moléstia grave*, o casamento poderá vir a ser realizado no seu próprio domicílio ou no lugar em que se encontrar, mesmo no horário noturno, com a presença de duas testemunhas que saiba, ler e escrever. (grifo no original)

Existe também a modalidade de celebração do casamento perante as autoridades diplomáticas ou consulares.

Esta modalidade de celebração está descrita no artigo 7º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, com redação da Lei n. 3.238/1957: “o casamento poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”. (BRASIL, 2011-C)

Segundo Coelho (2006, p. 46), “quando dois brasileiros residentes no exterior desejam se casar segundo o direito brasileiro, podem fazê-lo perante a autoridade consular”.

Ainda,

O casamento pode ainda ser realizado perante autoridade cônsul brasileira, no exterior, incumbindo aos interessados proceder ao registro civil no prazo de 180 dias, a contar do regresso de ao menos um deles ao território brasileiro, no cartório do seu domicílio ou, na falta de domicílio, no 1.º Ofício da Capital do Estado em que passar a residir (LISBOA, 2006, p. 100).

Outra modalidade de celebração é o casamento nuncupativo, também conhecido como casamento *in extremis* ou *in articulo mortis*.

Nesse passo,

*Casamento nuncupativo, piedoso ou in extremis* é a união entre pessoas de sexos diversos entre si, objetivando a constituição de uma família, quando ao menos um dos nubentes se encontra portando alguma moléstia grave, que o submeta a possível morte iminente. (LISBOA, 2006, p. 106) (grifo no original)

Essa modalidade “tem lugar quando um dos contraentes se encontra em iminente risco de vida”. (COELHO, 2006, p. 45)

Por fim,

Tendo em vista a circunstância excepcional de um dos nubentes se encontrar em iminente risco de vida, precisando casar-se para alcançar os efeitos civis do matrimônio, permite a lei a sua celebração, com dispensa das mais importantes formalidades, tais como o processo de habilitação e a publicação de proclamas (RODRIGUES, 2004, p. 62).

Essa espécie facilita a celebração do casamento para as pessoas que se encontram em situações descritas anteriormente, já que se dispensam as formalidades exigidas no casamento em condições normais.

### **3.1.5 Regime de bens**

Regime de bens é o conjunto de normas jurídicas aplicáveis ao casamento, que fixa quais bens serão comunicados ou não para ambos os cônjuges.

O regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros. (VENOSA, 2007, p. 304)

O casamento ocasiona a constituição dos chamados bens conjugais, sendo que atualmente contamos com os seguintes regimes: regime de comunhão parcial de bens (artigos 1.658 a 1.666 do CC/02), regime de comunhão universal de bens (artigos 1.667 a 1.671 do CC/02), regime de participação final dos aqüestos (artigos 1.672 a 1.686 do CC/02), regime de separação de bens (artigos 1.687 a 1.688 do CC/02), que serão a seguir analisados.

#### **3.1.5.1 Comunhão parcial de bens**

O regime de comunhão parcial de bens está disposto nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002, tratando-se de regime em que os bens adquiridos após o casamento, os aqüestos, formam a comunhão de bens do casal. Reservando-se para cada cônjuge os bens trazidos antes do casamento.

Assim explica Venosa (2007, p. 314):

A idéia central no regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aqüestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento.

No mesmo sentido Diniz (2007, p. 163) dispõe:

Esse regime, ao prescrever a comunhão dos aqüestos, estabelece uma solidariedade entre os cônjuges, unindo-os materialmente, pois ao menos parcialmente seus interesses são comuns, permitindo, por outro lado, que cada um conserve como seu aquilo que já lhe pertencia no momento da realização do ato nupcial.

Nos dias atuais, o regime da comunhão parcial de bens é o regime considerado legal, ou seja, o regime que a lei prefere. No caso de os nubentes não terem celebrado o pacto antenupcial dispondo sobre as questões patrimoniais, presume-se o da comunhão parcial de bens.

Assim, conforme diz Venosa (2007, p. 314), “não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Aliás, através deste regime realiza-se a distribuição do patrimônio de conformidade com o espírito e a finalidade própria do casamento: os bens amealhados na constância do casamento consideram-se comuns por serem o resultado ou o fruto da estreita colaboração que se forma entre o marido e a mulher (RIZZARDO, 2008, p. 641).

A comunhão parcial de bens, assim como a universal, dissolve-se por morte, divórcio ou anulação do casamento.

Importante destacar os ensinamentos de Venosa (2007, p. 314) a esse respeito:

Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge retirará seus bens particulares, e serão divididos os bens comuns. Algumas noções fundamentais são expressas na lei. Assim, são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661; antigo, art. 272).

Esse regime de bens, devido às suas particularidades, é o mais utilizado atualmente do Brasil.

### **3.1.5.2 Comunhão universal de bens**

O regime da comunhão universal de bens está regulado pelos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil de 2002, tratando-se de um regime onde existe não só

a comunhão de vida, como também de patrimônios, ou seja, “entendia-se que a união espiritual do homem e da mulher trazia como corolário também a união de patrimônios” (VENOSA, 2007, p. 319).

Assim, ocorre a união entre os acervos trazidos pelo homem e pela mulher, formando uma única massa de bens, ou seja, “[...] os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando, marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio” (RODRIGUES, 2004, p. 185).

Nesse viés, Rizzardo (2008, p. 651):

Através de sua adoção, com poucas exceções, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como as dívidas, se comunicam. Não importa a natureza, sejam móveis ou imóveis, direitos ou ações, apreciáveis ou não economicamente, passam a formar um único acervo, um patrimônio comum, que se torna individual até a dissolução da sociedade conjugal. Os bens que o cônjuge leva para o matrimônio se fundem com os trazidos pelo outro cônjuge, formando uma única massa, e não tornando à propriedade originária quando do desfazimento do casamento.

Nesse regime, em princípio, comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, salvo algumas exceções legais (art. 1.667 do CC/02). Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão; tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento. Há exceções, pois a lei admite bens incomunicáveis, que ficarão pertencendo a apenas um dos cônjuges, os quais constituem um patrimônio especial. (VENOSA, 2007, p.319)

Em consonância, Leite (2004, p. 339):

Segundo o art. 1.667 o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas. Todos os bens, diz a lei, logo, móveis e imóveis, direitos e ações, passam a constituir uma só massa, que permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal.

Contudo, inobstante a regra da transmissibilidade total dos bens, existem bens incomunicáveis: os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas

com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada consorte; as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes; os bens de herança necessária a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade; os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, salvo pacto antenupcial em contrário. (DINIZ, 2007, p. 171-173)

Todos os bens que restaram da relação dos expressamente excluídos são comuns ou de propriedade de ambos os cônjuges.

Por fim, dissolve-se a comunhão de bens com a morte de um dos cônjuges; pela sentença que anula o casamento ou pelo divórcio, efetuando-se em seguida a partilha dos bens.

Segundo Diniz (2007, p. 175-176):

Havendo morte de um dos consortes, o cônjuge sobrevivente, que continua na posse dos bens, administra-os, até a partilha entre ele e os herdeiros do falecido (CPC, art. 985), [...].

Se houve declaração de nulidade do casamento, não se tem comunhão de bens, em razão do fato de se não ter casamento, logo, não há partilha do acervo em duas metades, pois cada consorte retirará tão-somente o que trouxe para a massa. [...].

Dissolve-se a comunhão a partir da data da sentença [...] do divórcio direto; os bens serão repartidos em duas partes iguais, uma para cada consorte.

Finalmente, ao ser extinta a comunhão, e ser feita a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

### **3.1.5.3 Participação final nos aqüestos**

O regime da participação final nos aqüestos surgiu no Código Civil de 2002, ou seja, trata-se de inovação do referido código, que suprimiu o regime dotal e introduziu, nos artigos 1.672 a 1.686, o regime de participação final nos aqüestos. (VENOSA, 2007, p. 323)



Trata-se de um sistema composto, no qual se aplicam as regras da separação de bens quando da convivência e da comunhão de aqüestos, quando do desfazimento da sociedade conjugal.

Para Leite (2004, p. 349-350):

Na participação final nos aqüestos há formação de massas que se tornam comuns no momento da dissolução do mesmo. Cada cônjuge trabalha isoladamente, mas não no seu interesse individual. [...] O regime é uma combinação dos regimes comunitário e separatório, ou seja, um regime misto que permite aos cônjuges 'serem separados em bens mas associados nos ganhos, para tentar conciliar, neles, o gosto da independência e o apego à comunhão, sob a forma de um sistema contábil de participação diferida que se opera em valor, quando da dissolução do mesmo regime'.

Portando, "cada cônjuge é, assim, o proprietário exclusivo dos bens que já tinha antes do casamento, bem como daqueles que vier a adquirir exclusivamente após o matrimônio, a qualquer título". (LISBOA, 2006, p. 175)

Assim, "neste novo regime de bens há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio". (DINIZ, 2007, p. 176)

Desse modo, pode-se perceber que na constância do casamento, os cônjuges têm apenas a expectativa de direito à meação, pois cada um só será credor da metade do que o outro adquiriu, se houver a dissolução da sociedade conjugal.

Sobre esse aspecto, explica Coelho (2006, p. 82):

A comunhão, nesse regime, não se estabelece na constância do casamento, mas somente ao término da sociedade conjugal. Por isso, quando adotada a participação final nos aqüestos, o cônjuge não tem a titularidade da meação enquanto casado. Torna-se meeiro somente no caso de dissolução do vínculo matrimonial e apenas dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Por fim, na dissolução do regime de bens por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência, conforme artigo 1.683 do Código Civil de 2002.

De outro norte, ocorrendo a dissolução por morte, o artigo 1.685 do Código Civil de 2002 diz que se verificará a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, entregando-se a herança aos herdeiros, na forma estabelecida no mesmo diploma legal.

Diante do exposto, cogente o bom humor de Venosa (2007, p. 328) ao descrever:

[...], é claro que os nubentes, em princípio, se desencorajarão com esse regime, [...]. Ou se assim desejarem casar, melhor será que já contratem uma assessoria contábil para o curso de seu matrimônio. É claro que o regime de comunhão parcial supera-se com enormes vantagens para os cônjuges, bem como com referência ao relacionamento com terceiros.

Esse regime torna-se proveitoso para cônjuges que já possuem uma quantidade significativa de patrimônio antes do casamento, ou que têm uma grande probabilidade de atingi-lo posteriormente.

#### **3.1.5.4 Separação de bens**

De acordo com Leite (2004, p. 361) “o regime de separação de bens é aquele em que cada cônjuge conserva o domínio e a administração de seus bens presentes e futuros, responsabilizando-se individualmente pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento”.

O principal atributo desse regime é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições, permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens.

Para Venosa (2007, p. 329), “esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as finalidades da união pelo casamento”.

Em consentâneo, “o casado no regime de separação pode dispor dos seus bens livremente, independente de eventuais efeitos indiretos que o ato ocasione na economia do casal” (COELHO, 2006, p. 85-86).

Assim, resumem-se as características deste regime:

a) Propriedade plena e exclusiva pelos cônjuges dos bens existentes antes do casamento, e dos adquiridos na sua constância; b) Administração exclusiva dos mesmos pelo respectivo cônjuge proprietário; c) Livre disposição pelo cônjuge proprietário quanto aos bens móveis e imóveis, sem a outorga ou o consentimento do outro na alienação ou oneração; d) Em princípio, responsabilidade única na satisfação das obrigações pelo cônjuge que as contraiu, a menos se destinadas ao proveito comum; e) Os

eventuais créditos entre os cônjuges, especialmente os decorrentes de participação nas despesas com obras em bens imóveis particulares, regulados pelo direito obrigacional aplicável a estranhos; f) Contribuição mútua entre marido e mulher nas despesas da família, na proporção dos respectivos rendimentos. (RIZZARDO, 2008, p.667)

Ocorre que, para algumas pessoas este regime possui caráter obrigatório, ou seja, no caso do artigo 1.641 do Código Civil de 2002: I – quando o casamento se realiza contra a recomendação do legislador de que não devem casar (CC, 1.523); II – às pessoas maiores de 70 anos; e III – a todos que dependerem de suprimento judicial do consentimento para casar.

Segundo Dias (2007, p. 229), “trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça”.

Desse modo, em qualquer das situações apresentadas, a independência patrimonial é a mesma, distinguindo-se apenas porque naquele a separação é convencionalizada pelos nubentes, e neste há imposição à separação de bens se verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

### **3.1.6 Direitos e deveres**

A celebração do casamento faz surgir deveres recíprocos que se impõem aos cônjuges. Deles se ocupa o artigo 1.566 do Código Civil de 2002, assim:

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.(BRASIL, 2011-C)

Por óbvio que não são apenas esses os deveres inerentes a cada cônjuge, mas são os principais. Examinar-se-á, de modo sucinto, cada dever.

Para Coelho (2006, p. 53):

O dever de fidelidade corresponde ao de exclusividade de relacionamento sexual. Fiel é o cônjuge que se abstém de qualquer relação sexual fora do casamento, bem como de quaisquer atos que sugiram o interesse em vivenciar a experiência.

Em outras palavras, Rodrigues (2004, p. 126) afirma que “o dever de fidelidade é uma resultante da organização monogâmica da família”.

Assim, tem-se que este dever decorre da obrigação de assistência imaterial e encontra-se implícito na exclusividade do casamento e dos direitos dele decorrentes, assim como decorre da obrigação de não cometer adultério.

Nesse aspecto, Lisboa (2006, p. 145-146) explica:

O dever de fidelidade decorre, assim, da obrigação geral que o cônjuge tem de não trair a pessoa com quem contraiu o casamento (obrigação de não fazer).

A fidelidade matrimonial deve compreender tanto a disposição do uso do corpo (*fidelidade física*) como a lealdade do tratamento dispensado ao cônjuge, na esfera íntima ou privada e mesmo perante terceiros (*fidelidade psíquica íntima e social*). (grifo no original)

A infração ao dever de fidelidade caracteriza o adultério, que constituía crime punido em lei (CP, art. 240) como também encontra sanção na órbita civil, uma vez que dá ensejo para divórcio judicial por iniciativa do cônjuge enganado (art. 1.572 do CC/02).

A vida em comum, no domicílio conjugal, constitui outra decorrência do casamento. Este, entre seus fins, inclui a satisfação dos sexos e a assistência mútua.

Na concepção de Coelho (2006, p. 51):

Quem casa assume a obrigação de viver com o cônjuge. Para que o casamento realmente estabeleça a comunhão plena de vida entre os cônjuges, como quer a lei (CC, art. 1511), é necessário que eles a comunhem. Quer dizer, o fundamental dever contraído pelos casados é o de partilhar seu cotidiano um com o outro, em todos os múltiplos e ricos aspectos: profissional, social, psicológico, econômico, cultural, físico, etc.

A vida em comum, por fim, normalmente está associada à coabitação. Os cônjuges, na maioria das vezes, moram sob o mesmo teto. Não se trata, contudo, de elemento essencial (COELHO, 2006, p. 51).

Por fim, entende-se por dever de coabitação o da vida em comum, conseqüência da assistência imaterial, que abrange tanto os aspectos morais da relação conjugal como as relações físicas e sexuais.

Outro dever que surge com o matrimônio é o da mútua assistência, manifestando-se o cumprimento de tal obrigação, por exemplo:

[...], nos momentos de enfermidade de um dos cônjuges, quando o outro devota todo o empenho, dedicação e amparo ao seu alcance para contribuir com a rápida recuperação do seu estado de saúde. [...] Tanto nas aflições como nas dificuldades econômicas, o casamento obriga o cônjuge em melhores condições a dar ao outro a assistência possível, de acordo com seus recursos (COELHO, 2006, p. 52).

Entende-se que tal dever não se circunscreve apenas aos cuidados pessoais nas enfermidades, mas compreende o socorro nas desventuras, o apoio na adversidade e o auxílio constante em todas as vicissitudes da vida. (RODRIGUES, 2004, p. 129)

Depois de cuidar dos deveres recíprocos dos cônjuges, o legislador consigna deveres dos progenitores em relação à prole e determina que lhes compete o sustento, a guarda e a educação dos filhos.

Coelho (2006, p. 52-53) ressalta que:

Para os casados com filhos, esse é o dever mais importante do casamento. As árduas responsabilidades atinentes ao sustento, guarda e educação dos filhos, biológicos ou não, devem ser repartidas entre os cônjuges. No tocante ao sustento, a divisão é proporcional aos ganhos de cada um deles (CC, art. 1568), mas a guarda e educação correspondem a deveres igualmente distribuídos.

Os cônjuges são obrigados a concorrer para a educação dos filhos, pouco importando o regime de bens por eles adotado para o casamento. (LISBOA, 2006, p. 147).

Prevista como obrigação recíproca decorrente do casamento, em verdade tal ônus cabe aos genitores em decorrência do poder familiar independentemente do estado civil dos pais.

Outro importante dever dos cônjuges é o de respeito e consideração mútuos. Este dever, de certo modo, está englobado no da comunhão de vida, porém revela uma dimensão própria quando associado aos direitos da personalidade de cada cônjuge. Em outros termos, na intimidade do lar devem os cônjuges se respeitar, mas não só aí. Em qualquer lugar em que esteja, nenhum dos cônjuges pode, por suas condutas ou falas, agravar a imagem do outro, ainda que minimamente (COELHO, 2006, p. 52).

Nesse viés, ensina Dias (2007, p. 243):

A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia do casamento nada mais significa do que o compromisso de atender ao dever de mútua assistência, assim como aos deveres de mútuo respeito e consideração, que são impostos a ambos os cônjuges.

Concluindo, o casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole.

## **3.2 União estável**

Ao estudar-se união estável imprescindível discorrer sobre a evolução histórica, bem como seu conceito e requisitos para a caracterização de tal instituto.

### **3.2.1 Histórico**

A união estável, antes denominada de concubinato puro, existe desde os antepassados da humanidade.

De outra banda, a Igreja Católica trabalhava no sentido de combater o concubinato, empregando seu poder de deliberar sobre as questões conjugais, desrespeitando, assim, os costumes da população.

Nesse diapasão explica Carvalho Neto (2007, p. 161):

O nosso direito sempre proscreeu as relações extraconjugais. Desde os primórdios, pela influência portuguesa (que, por sua vez, sempre sofreu forte influência da Igreja Católica Romana), sempre se considerou a união fora do casamento como sendo imoral.

No mesmo sentido explana Oliveira (2002, p.143):

Essa forma de união sempre foi realidade em nossa sociedade. Todavia, marcados pelo conservadorismo e disciplinados por uma legislação (CC) editada no início do século XX, mas sob os influxos valorativos do século XIX, que só reconhecia como única forma de constituição familiar o casamento, o repúdio expresso ou velado pelas uniões estáveis marcou uma luta de muitas décadas por aqueles que sofriam as consequências discriminatórias da opção por esta espécie de família.

Assim, os colonizadores portugueses, que pertenciam à nobreza, ao chegarem ao Brasil, passaram a constituir família na forma de celebrações religiosas, ou seja, pelo casamento.

Ao contrário disso, os indivíduos que faziam parte das classes inferiores estabeleciam famílias de fato, ou uniões estáveis.

Embora fosse considerado o casamento civil como única maneira de constituir família, de forma legalmente autorizada, o concubinato nunca deixou de estar presente na sociedade.

Pelo contrário, diz Oliveira (2002, p. 143), “que a história demonstrou que grande parcela do povo unia-se estavelmente, optando – ainda que veladamente – por esta forma alternativa de união”.

Nesse aspecto, importante ponderar que, segundo Wald (apud ROSA, 1999, p. 32-33), foram três os fatores que incentivaram a união estável no Brasil, quais sejam:

[...], a incompreensão da Igreja quanto à necessidade da realização do casamento civil como preliminar ao casamento religioso, fazendo com que no interior fosse grande o número de casamento sem efeitos civis; o formalismo e despesas para a habilitação do casamento civil; e o impedimento de novo casamento ao divorciado.

Portanto, diante desses três fatores, o que ocorreu foi o não desaparecimento das uniões estáveis e, com o passar do tempo, em virtude de rompimentos e dissoluções, nasceram conflitos que ensejavam a atuação do Poder Judiciário.

Por consequência lógica, para fazer valer a justiça, foi imprescindível o reconhecimento de alguns direitos aos casais que conviviam em união estável, razão pela qual foi editada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que dispõe:

“Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Por força desta Súmula, caso a companheira não conseguisse provar a efetiva participação na aquisição do patrimônio, poderia, subsidiariamente, pleitear indenização por serviços domésticos prestados, porém, não teria direito a receber alimentos. (ROSA, 1999, p. 34-35)

Na esteira da Súmula 380, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 382 que contém o seguinte enunciado: “A vida em comum sob o mesmo teto, *‘more uxorio’*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Nesse aspecto, Rosa (1999, p. 37) explica que “a coabitação comum ou a convivência *more uxório*, outrora considerada indispensável para se caracterizar o relacionamento estável, passou a ser requisito dispensável para fins de sua identificação”.

Dessa forma, a realidade social clamava por uma reforma jurídica, que se efetivou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu artigo 226, § 3º, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar: “[...] para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 2010-A).

Após, a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi criada para regulamentar o direito alimentar e sucessório entre os companheiros.

Em seguida, a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentou o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conceituou o concubinato como entidade familiar, definiu direitos e deveres iguais para os companheiros, conferiu direito a alimentos e habitação em relação ao imóvel destinado à residência familiar, passou a estabelecer que os bens adquiridos na constância da união estável serão de ambos os companheiros, facilitou sua conversão em casamento, fixou a competência da vara da família para dirimir os conflitos oriundos de união estável, entre outros aspectos.

Por fim, o Código Civil atual, em seus artigos 1.723 a 1.727, regulamentou a união estável, trazendo inúmeras alterações no tocante ao direito sucessório, do cônjuge e do companheiro.

A seguir, buscar-se-á conceituar este instituto.



### 3.2.2 Conceito

A união estável, também chamada de concubinato puro e companheirismo, foi reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como entidade familiar.

Entende-se por união estável, a união informal, 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.

O Código Civil, em seu artigo 1.723, define união estável: “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” (BRASIL, 2011-B).

Ainda, versando sobre união estável, é necessário mencionar as leis 8.971/1994 e 9.278/1996.

Gama, conceituado união estável assim escreve:

[...] o companheirismo é a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d'almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável. (2001, p. 124-125)

Por sua vez, Lisboa (2004, p. 213) descreve a união estável como sendo “a relação íntima e informal, prolongada no tempo e assemelhada ao vínculo decorrente do casamento civil, entre sujeitos de sexos diversos (conviventes ou companheiros), que não possuem qualquer impedimento matrimonial entre si”.

Desse modo, a idéia de concubinato envolve a presença de alguns requisitos importantes, tais como a continuidade das relações sexuais, a residência dos concubinos sob o mesmo teto, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a notoriedade da união e a fidelidade da mulher ao amásio (RODRIGUES, 2004, p. 258-259).

Assim, estudar-se-ão cada um desses requisitos.

### 3.2.3 Requisitos

Os requisitos da união estável estão dispostos no artigo 1.723 do Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de configuração de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2011-B)

A partir da análise deste artigo, é possível a enumeração dos requisitos da união estável, quais sejam: convivência; durabilidade ou estabilidade; publicidade; continuidade; diversidade de sexo; objetivo de constituição de família e ausência de impedimentos matrimoniais, com exceção do artigo 1.521, VI, do Código Civil de 2002.

De acordo com Rocha (2003, p. 141):

Foram estabelecidos como requisitos objetivos a diversidade de sexos, a inexistência de impedimento matrimonial, a vida em comum sob o mesmo teto, o período transcorrido na convivência, notoriedade e fidelidade, e como requisitos subjetivos, a convivência *more uxório* e  *affectio maritalis*.

Necessário se faz estudar detalhadamente tais requisitos.

#### 3.2.3.1 Convivência

O primeiro requisito subjetivo da união estável diz respeito à vivência com outra pessoa, como se casados fossem, agindo de maneira recíproca com respeito, afeto, carinho, compreensão, fidelidade, solidariedade, respeito e com o intuito de constituição de família.

Quanto a este requisito, existem divergências doutrinárias acerca da necessidade de convivência sob o mesmo teto, para a caracterização da união estável.

De acordo com Krell (2003, p. 88), “estabelecem-se como requisitos o indício de que precisa haver a coabitação, haja vista a necessidade de convivência, ou seja, viver com ou viver junto”.

Ao contrário, Diniz (2007, p. 365) tece comentários:

Ante a circunstância de que no próprio casamento pode haver uma separação material dos consortes por motivo de doença, de viagem ou de profissão, a união estável pode existir mesmo que os companheiros não residam sob o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente.

Os Tribunais<sup>1</sup> optam pelo posicionamento equilibrado em relação à matéria, isto é, entendem que o fato de residirem sob o mesmo teto, por si só, não pode ser considerado um fator determinante na caracterização da entidade familiar, a despeito de constituir um elemento forte de prova.

### **3.2.3.2 Durabilidade ou estabilidade**

A durabilidade ou estabilidade é um requisito objetivo para a constatação da união estável enquanto entidade familiar.

A legislação não determina um prazo mínimo de convivência para caracterizar a união estável, porém, esta convivência deve ser duradoura, ou seja, prolongada, não passageira.

Nesse sentido Rizzardo (2008, p. 906):

Impõe-se uma certa durabilidade da relação. Embora não se encontre estabelecido um padrão de tempo exato, um certo período de duração mínimo se requer. De acordo com o observado antes, não mais persiste um

---

<sup>1</sup> Como sugestão de leitura, foram selecionados os seguintes julgados:  
Resp. 674.176/PE, rel Min. Nilson Naves, j. em 17.03.2009, DJe 31.08.2009.  
Apelação Cível n. 2010.039198-8, de Santo Amaro da Imperatriz, j. em 20.08.2010. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina)  
Apelação Cível n. 70030759864, de Esteio, j. em 26.05.2010. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)

lapso de tempo mínimo. Entrementes, não há de se convalidar efêmeras uniões, ou curtos espaços de tempo de convivência dos quais se extraiam direitos no âmbito alimentício e sucessório.

Não é o tempo o fator determinante da caracterização da união estável, eis que, existem outros critérios que devem ser ponderados, quais sejam: notoriedade da relação, existência de prole comum, comunhão de afetos e interesses, entre outros.

Para Coelho (2006, p. 126), para que se caracterize a união estável, “não podem ocorrer interrupções significativas no decurso do prazo do relacionamento destinado à constituição de família”.

Nesse viés, Krell (2003, p. 89) esclarece que o tempo determinante para a existência de tal relação deve ser fixado pelo juiz ao analisar o caso concreto que lhe é apresentado e todas as circunstâncias sociais que o influenciaram para a configuração dessa durabilidade.

### **3.2.3.3 Publicidade**

Outro elemento caracterizador da união estável é a publicidade que se traduz na exigência da notoriedade desse relacionamento, de modo que a relação não seja sigilosa ou secreta.

Para configurar-se a união estável, o relacionamento entre conviventes deve ser público, e não clandestino. “Quer dizer, eles devem, nos eventos sociais ou em encontros ocasionais com amigos e conhecidos, apresentarem-se como companheiros, e não como meros namorados”. (COELHO, 2006, p. 126)

Para Gama (2001, p. 166):

No que pertine ao companheirismo, não existe registro, tal como a lei prevê em relação ao casamento, motivo pelo qual a notoriedade da união é considerada característica de modo a tornar evidenciada, aos olhos dos outros, a comunhão de vida e de sentimentos que os partícipes da relação vêm mantendo, como se casados fossem.

Pretende-se com esta característica, demonstrar que a relação entre o homem e a mulher não deve ser sigilosa, afastando a idéia de família informal, as uniões ilícitas, ou mais precisamente, as adúlteras.

### **3.2.3.4 Continuidade**

A continuidade, em relação à união estável, diz respeito à convivência dos companheiros sem interrupções constantes, isto significa dizer que uma interrupção no relacionamento entre os companheiros, não necessariamente descaracterizará a união estável.

Sobre o assunto, Rizzardo (2008, p. 905) esclarece que:

É evidente que uma união temporária, casual ou passageira não resulta efeito jurídico nenhum. A continuidade perdurará por um espaço de tempo suficiente para tornar-se consolidada a união, o que se firma caso se mantenha por alguns anos.

Para a caracterização da união estável, faz-se necessário um relacionamento contínuo, sólido, sem interrupções, constantes. Havendo interrupções constantes, não se trata de união estável, e sim instável.

Porém, o simples fato de haver uma interrupção neste relacionamento, não significa dizer que a união será descaracterizada. Assim, a continuidade é requisito que deve ser analisado, pelo julgador, em cada caso concreto.

Sobre a possibilidade de haver interrupções na união estável, Gama explica:

Todavia e como no próprio casamento ocorre, muitas vezes a separação temporária acaba por ocorrer, em função de problemas no relacionamento dos conviventes que, depois, acabam retornando à união de vidas, restando o episódio como detalhe do passado e que se presta, inclusive para reforçar a intenção de ser mantido o companheirismo, ou a continuidade da vida em comum deve ser analisada consoante o caso que se apresenta a julgamento, não se podendo afirmar, com base somente no fato de o casal, em dado momento, haver se separado, embora depois retornando a vida em companheirismo, em não caracterização da vida contínua, atendido desta forma outro pressuposto contido na Lei 9.278/96. (2001, p. 167)

Tento em vista que, se o legislador fixasse um prazo cronológico para a existência de uma união estável correria o risco de identificar onde não existe, ou pior, não identificar onde efetivamente se configura. Desse modo, o mais indicado a fazer é estabelecer que algum tipo de durabilidade deve existir, e que, quanto mais perdurar uma relação íntima de um homem e de uma mulher, mais se cria entre duas pessoas uma relação de natureza familiar.

### **3.2.3.5 Diversidade de sexos**

A diversidade de sexos é o requisito primordial para a verificação da união estável.

Essa característica foi imposta pelo legislador com o intuito de esclarecer que duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe, em face de eventuais filhos.

Nesse passo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece a união estável como entidade familiar, entre o homem e a mulher, conforme estabelece o artigo 226, §3º, bem como o artigo 1.723 do Código Civil de 2002.

Conclui-se, assim, que a união entre pessoas do mesmo sexo, como se casados fossem, não implica união estável, e sim, em sociedade de fato.

Nesse sentido, Diniz (2007, p. 355) esclarece que deverá existir:

Diversidade de sexo, pois entre pessoas do mesmo sexo haverá tão-somente uma sociedade de fato, exigindo-se, além disso, convivência e duradoura continuidade das relações sexuais, que a distingue de simples união transitória.

Gama (2001, p. 175) pondera que “a norma constitucional, neste particular, não suscita qualquer questionamento, pois expressamente se referiu ao reconhecimento da ‘união estável’ entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º)”.

Krell (2003, p. 87), acerca de dualidade dos sexos, expõe os porquês deste requisito:

A ordem jurídica brasileira não protege a formação de família por parte de pessoas de sexo idêntico. Isto se deve a situação sociocultural do país. A maioria da população não aceita uniões homossexuais como formas equivalentes de convívio familiar, o que se reflete na legislação.

Assim, pode ser estatuído que não havendo diversidade de sexo, não haverá união estável, pois somente poderá ser reconhecida como família a união informal que, abstratamente, possa ser convertida em casamento.

### 3.2.3.6 Objetivo de constituição de família

A finalidade de constituição de família é outro elemento essencial para a caracterização da união estável. É o elemento subjetivo para a caracterização de entidade familiar.

Gama afirma que:

Ao lado da convivência *more uxório*, deve estar aquilo que se denomina *affectio maritalis*, para efeito de configuração do companheirismo. Como requisito subjetivo, a *affectio maritalis* representa o elemento volitivo, a intenção dos companheiros de se unirem cercados de sentimentos nobres, desinteressados, com pureza d'alma, congregando amor, afeição, solidariedade, carinho, respeito, compreensão, enfim, o germe e o alimento indispensáveis, respectivamente, à constituição e manutenção da família. (2001, p. 206)

A união estável, assim como o casamento, torna concreta a vontade dos companheiros de formarem e manterem uma família.

Sobre este requisito, Krell (2003, p. 89) escreve:

Significa dizer que, além das exigências da dualidade de sexo, convivência duradoura, contínua e pública, exige-se também que haja o objetivo de formar uma família. Essa constituição nada mais é que a razão pela qual um homem e uma mulher resolvem se unir de forma estável, contínua e pública.

Assim, imprescindível, para a configuração da união estável, a presença da vontade de estabelecer uma comunhão de vida e interesses. Não existindo o elemento de constituição familiar, ainda que presentes outros requisitos, não se materializará uma união estável, uma entidade familiar.

### 3.2.3.7 Ausência de impedimentos matrimoniais

O último requisito, mas não menos importante, trata-se da ausência de impedimentos matrimoniais para a caracterização da união estável.

Esse requisito está disposto no Código Civil que, tacitamente, prevê os estados civis das pessoas que podem constituir união estável, dispondo no artigo 1.723, §1º: “[...] A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente” (BRASIL, 2011-B).

Sobre esse assunto, leciona Gama (2001, p. 180):

Relativamente a ausência de impedimentos matrimoniais, a doutrina vem se orientando, sem grande discrepância, no sentido de somente reconhecer o companheirismo entre pessoas desimpedidas, ou seja, em situações que não configurem o concubinato impuro.

Pode-se concluir que um dos requisitos para a união estável é o estado civil dos companheiros, podendo ser: pessoas solteiras; pessoas casadas, porém separadas de fato; pessoas divorciadas ou viúvas.

Encerrando este capítulo, pôde-se perceber que o casamento sempre foi tratado como um instituto superior ao da união estável, já que nos tempos remotos era a única forma admitida de se constituir família.



#### **4. SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: uma leitura do art. 1.790 do CC/02 frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.**

No presente capítulo estudar-se-á separadamente a tutela sucessória decorrente do casamento e da união estável.

Feito isso, far-se-á a análise dos critérios diferenciais da sucessão na união estável e no casamento, com base no artigo 1790 do Código Civil de 2002, diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

##### **4.1 Sucessão no casamento**

Em tempos remotos, a sucessão decorrente do casamento tratava os colaterais em preferência ao cônjuge sobrevivente.

Assim, Cahali e Hironaka (2003, p. 207) explicam que “no direito pré codificado, prevalecia a primazia dos colaterais, à época chamados até décimo grau, tornando remotíssima a convocação do cônjuge, e praticamente inútil a sua previsão na ordem de vocação hereditária”.

Dessa forma, a legislação foi considerada um tanto quanto incoerente, já que “privilegiava parentes afastados do *de cuius*, em detrimento de seu companheiro de afeto e comunhão de vida”. (NEVARES, 2004, p. 4)

Devido a este fato, em 31 de dezembro de 1907, surgiu a Lei 1.839, conhecida como “Lei Feliciano Pena”, em homenagem ao seu autor, que situou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. (NEVARES, 2004, p. 4)

Foi com referida lei que o cônjuge passou a ser chamado em terceiro lugar, preferindo aos colaterais.

Em 31 de dezembro de 1907, editou-se o Decreto 1.839, que ficou conhecido como ‘Lei Feliciano Pena’, em homenagem ao seu autor. Este Decreto alterou a posição do cônjuge, fazendo anteceder aos colaterais na ordem de vocação hereditária. Ademais, limitou o parentesco transversal ao sexto grau. (CARVALHO NETO, 2007, p. 93)

Vê-se, portanto, o avanço claro do direito sucessório do cônjuge aí formulado. Observa-se também a estipulação da legítima em metade da herança, contrariando o direito português até então vigente no Brasil, o que permanece regra em nosso sistema jurídico sucessório até os presentes dias. (CARVALHO NETO, 2007, p. 94)

Pouco mais tarde, entrou em vigor o Código Civil de 1916 que tratou do cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Sobre este fato, Carvalho Neto (2007, p. 95) ensina que referido ordenamento:

Consagrou, acolhendo a alteração da Lei Feliciano Pena, um avanço em relação ao direito anterior, que, como vimos, tratava o cônjuge em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o décimo grau.

Contudo, o cônjuge não estava arrolado entre os herdeiros necessários (art. 1.721 do CC/16), podendo o *de cujus* dispor de todos os seus bens em favor de terceiros por meio de testamento, o que era objeto de críticas.

Nevares (2004, p. 4) explica que “no referido diploma legal, o cônjuge é herdeiro legítimo não necessário, podendo ser excluído da sucessão. Para tanto, basta que o testador disponha do seu patrimônio sem o contemplar (art. 1.725 do CC/16)”.

Com o passar dos anos, o legislador percebeu os problemas existentes na legislação que trata da sucessão decorrente do casamento, e, dessa forma criou o Estatuto da Mulher Casada que trouxe o direito ao usufruto vidual ou ao direito real de habitação, dependendo do regime de bens escolhido.

Sobre este aspecto, Iecionam Cahali e Hironaka (2003, p. 207):

Ainda tímido o legislador, mas extremamente útil para a merecida melhoria da posição do cônjuge, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), foram introduzidos em nosso sistema benefícios decorrentes do casamento, mantida a destinação patrimonial em favor de outras classes (descendentes e ascendentes), consistentes no usufruto vidual ou direito real de habitação ao viúvo, dependendo do regime de bens do casal. Até então o cônjuge somente seria convocado na falta de sucessores na linha reta (ascendentes e descendentes), privando os colaterais (CC/1916, art. 1.603). Por expressa previsão, não era considerado herdeiro *necessário*, mas sim *facultativo*, podendo ser privado da herança a critério do consorte, bastando, para tanto, que ele dispusesse, por testamento, da integralidade de seu patrimônio em favor de terceiros (CC/1916, art. 1.725) (grifo no original)

Feitas essas digressões, de valor histórico inegável, chegamos ao Código Civil de 2002, que colocou o cônjuge sobrevivente numa posição destacada, verdadeiramente privilegiada no quadro da sucessão legítima, passando, inclusive, a ser considerado herdeiro necessário (art. 1.845 do CC/02). (RODRIGUES, 2003, p. 115).

Assim, com a legislação atual, o cônjuge sobrevivente passou a ocupar, sozinho, a terceira classe da ordem da sucessão hereditária, sendo chamado à sucessão em concorrência com os descendentes e ascendentes.

Por sua vez, Venosa (2007, p. 120) tece os seguintes comentários:

O cônjuge, como enfatizamos, foi colocado na posição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes (art. 1.845). Desse modo, aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança que se denomina legítima (art. 1.846). Quando se trata de herdeiro cônjuge, nunca é demais reiterar que herança não se confunde com meação. Assim, havendo meação, além desta caberá ao sobrevivente, pelo menos, a metade da herança, dependendo da situação, que constitui a porção legítima.

Por fim, tem-se que o direito sucessório do cônjuge, sem dúvida, foi objeto de significativa evolução em nosso direito, embora também grandes modificações tenham ocorrido na vocação dos descendentes, em razão do paulatino abandono de restrições ao benefício dos filhos, de acordo com sua origem. (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 206)

Para melhor compreensão do assunto discutido neste trabalho, passar-se-á a explanação sobre o esboço histórico da sucessão decorrente da união estável.

## **4.2 Sucessão na união estável**

O concubinato sempre foi visto com extrema reserva em nosso ordenamento jurídico, que prestigiava a família legítima, ou seja, aquela constituída através do matrimônio (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 222).

Desse modo, o Código Civil de 1916 dispunha sobre o concubinato tão somente para limitar direitos da concubina.

O ordenamento jurídico da época, “em verdade direcionava-se a impor sanções à convivência concubinária, tratando exclusivamente dos seus *efeitos negativos*, sempre em nome da significativa valorização do casamento” (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 223). (grifo no original)

Porém, aos poucos a legislação e a jurisprudência passaram a dar tratamento diferenciado para a relação concubinária, desde que esta não fosse adúlterina.

Os primeiros indícios de mudança ocorreram com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar:

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

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 2010-A)

Sobre este marco histórico:

Incontestável avanço se evidenciou com a Constituição Federal de 1988, vez que a famigerada *união estável*, ou *concubinato puro* para alguns, passou à consideração de entidade familiar, com especial proteção do Estado (art. 226, § 3º, da CF). (CAHALI; CARDOSO, 2008, p. 125) (grifo no original)

Por sua vez, Rosa (1999, p. 82) diz que “a partir da Constituição de 1988, o concubinato passou a ser chamado de *união estável*, erigindo-a o legislador como espécie do gênero entidade familiar e alvo da proteção do Estado, deixando claro que a lei deveria facilitar sua conversão em casamento”.(grifo no original)

A sucessão decorrente da união estável sofreu relevante alteração nos últimos anos, especialmente após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a expressa menção à união estável e ao seu reconhecimento como entidade familiar.

Uma das alterações veio com a criação da Lei n. 8.971/1994 que tratava da sucessão dos companheiros antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, Nevares (2004, p. 133) diz que “os direitos sucessórios dos conviventes foram previstos textualmente, pela primeira vez, na Lei n. 8.971 de

29 de dezembro de 1994, que se propôs a regular o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão”.

Sobre esta lei, discorre Carvalho Neto (2007, p. 177-178):

O art. 2.º desta lei dizia que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que viviam com pessoa solteira, separada, divorciada ou viúva, participariam da sucessão do companheiro nas seguintes condições: o companheiro sobrevivente teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

Ainda,

Com a edição da Lei 8.971/94, foram instituídos direitos aos companheiros relativamente aos alimentos, à sucessão e ao regime de bens na união estável. Assim, comprovados os cinco anos de convivência ou existência de prole e o desimpedimento para o casamento entre os companheiros, restou assegurado o direito a alimentos, à sucessão e à meação do patrimônio, desde que haja comprovação da colaboração efetiva do companheiro. (ROSA, 1999, p. 86)

Portanto, estabeleceu-se o direito sucessório e direito ao usufruto vidual, em condições muito semelhantes às do cônjuge.

Logo após, foi publicada a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concedendo ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com as do cônjuge.

Com a promulgação da Lei n. 9.278/1996, novas diretrizes foram estabelecidas:

A lei regulou os direitos assistenciais e patrimoniais advindos da união estável entre o homem e a mulher unidos com o intuito de formar família, adotando em seu art. 5º, no tocante aos bens adquiridos, o regime da comunhão parcial de bens, dispensando-se, dessa forma, prova de esforço comum, conferiu direito a alimentos e direito de habitação em relação ao imóvel destinado à residência familiar. Permitiu ainda a conversão da união estável em casamento por simples requerimento ao Oficial do Registro Civil, de duvidosa eficácia imediata, bem como estabeleceu a competência das Varas da Família para resolver litígios dela advindos. (ROSA, 1999, p. 94)

Surge, então, a indagação acerca da revogação total ou parcial da Lei n. 8.971/1994 pela Lei n. 9.278/1996, ou ainda, se ambas coexistem na íntegra.

Sobre o usufruto viual e direito real de habitação, caso se entenda em vigor concomitante as duas leis retro citadas, não restou expresso pelo legislador da época qualquer referência ao regime patrimonial verificado na união estável se caberia ao sobrevivente uma ou outra alternativa, o que levou, a partir dessa ausência de previsão legal, a manifestações doutrinárias de que a legislação pertinente aos companheiros era mais benevolente ao viúvo-companheiro do que ao cônjuge. (CAHALI; CARDOSO, 2008, p. 126)

Nesse aspecto, Nevares (2004, p. 135-136) entende que a Lei n. 9.278/1996 apenas derogou a Lei n. 8.971/1994, ou seja, mantém-se naquilo que não for incompatível com a lei mais recente.

Porém, quanto aos direitos sucessórios:

[...], entende-se que a Lei 8.971/94 não foi revogada pela Lei 9.278/96, subsistindo no ordenamento jurídico brasileiro tanto a disposição da Lei de 1994, que prevê o usufruto legal e o direito do convivente supérstite à totalidade da herança, como aquela da Lei de 1996, que estabelece o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (NEVARES, 2004, p. 138-139)

Para Rosa (1999, p. 94-95):

Com o advento da Lei 9.278/96, formaram-se três correntes em torno da vigência das leis. Para alguns, ambas as Leis vigoram simultaneamente, sendo uma destinada a regular o concubinato, na forma descrita pela Lei de 1994, e outra a regular a união estável, de acordo com a Lei de 1996. Para outros, a nova lei dispôs inteiramente sobre a matéria relativa ao concubinato e portanto *ab-rogou* a Lei 8.971/94. E ainda, para uma terceira corrente há apenas a derrogação da Lei de 1994, sendo revogada apenas a parte que era incompatível com a Lei 9.278/96.

Resumindo, toda discussão baseava-se no fato de que o cônjuge tinha alternativamente um ou outro benefício, dependendo do regime de bens, porém, os companheiros, poderiam obter tanto o usufruto, quanto o direito real de habitação.

Alguns anos após, com o advento do Código Civil de 2002, o cenário se deturpou ainda mais, vez que para alguns as leis de 1994 e 1996 não foram revogadas por aquele e permanecem válidas na matéria não tratada pelo Código, haja vista que este último não faz menção expressa ao direito real de habitação, tampouco permite o usufruto viual como direitos sucessórios.

O Código Civil de 2002 apresentou modificações importantes no que concerne à sucessão de modo geral, trazendo a inovadora determinação de cônjuge

como herdeiro necessário e legiferando sobre os direitos sucessórios na união estável, porém deixando lacunas e obscuridades que refletem confusão e incertezas quando da aplicabilidade da matéria. (CAHALI; CARDOSO, 2008, p. 123).

Como se nota, o legislador civil de 2002 foi extremamente falho na técnica e no conteúdo, causando tumulto e até insegurança jurídica na variada casuística de identificação da convocação, de acordo com elementos jurídicos ou situações fáticas e até injusto por, conforme a circunstância, deixar a união estável mais atraente que o casamento, para efeito sucessório em favor do viúvo (CAHALI; CARDOSO, 2008, p. 123-124).

Na mesma linha de raciocínio, Rodrigues (2003, p. 117) diz que apesar do Código Civil de 2002 ter indicado os elementos que caracterizam a união estável:

[...], ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges.

Em suma, restou evidente o significativo alcance de direitos sucessórios com relação ao companheiro sobrevivente, muito embora ainda existam falhas na legislação que lhes diz respeito.

#### **4.3 A (in)constitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 frente ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.**

Sobre a sucessão na união estável paira grande discussão acerca da constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002.

Os companheiros, em vários momentos da história brasileira, sofreram inúmeras discriminações e passaram por grande problema de ordem social, devido ao fato de que a própria sociedade não admitia a formação de família através de união estável. Deste modo, esses companheiros e companheiras eram discriminados pela forma que constituíam suas famílias.

Com o avanço legislativo, surgiram normas que aparavam as pessoas que viviam em união estável.

O primeiro indício de mudança foi com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar.

Porém, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter reconhecido a união estável como entidade familiar, o Código Civil vigente não dispensou tratamento igualitário entre o cônjuge e o companheiro, no tocante ao direito sucessório.

Venosa (2007, p. 125) a propósito, adverte que a proteção familiar, igualmente conferida à união estável pelo impositivo constitucional, não alcançou, de imediato, os aspectos sucessórios.

Depois disso, foram criadas as Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996 que tratavam da sucessão dos companheiros antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Alguns anos depois foi publicado o Código Civil de 2002, sendo que em seu artigo 1.790, ocorreu um retrocesso em relação à sucessão dos companheiros. Surtindo, desde aí, a dúvida sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, a luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Nesse diapasão, externa sua percepção Pereira (2005, p. 163), ao dizer que:

A sensação de que o art. 1.790 é, no sistema do novo Código Civil, um corpo estranho, pouco à vontade na companhia de outras normas originalmente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório.

Constata-se que, ao regular o direito sucessório do companheiro no Título I, Capítulo I, Disposições Gerais, o legislador tratou o companheiro de maneira diversa do cônjuge, deixando de lhe considerar como herdeiro necessário.

Nesse sentido, expõe Hironaka:

Não obstante sua importância, parece, todavia, que a regra está topicamente mal colocada. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situada no capítulo referente à ordem de vocação hereditária. (2003, p. 53).



Por sua vez, Veloso (2002, p. 231) comenta que o artigo 1.790 não devia estar nas “Disposições Gerais” porque de disposições gerais não trata e que, portanto, tinha de ficar no capítulo que regula a ordem da vocação hereditária. Aduz que este é um problema menor, devendo o artigo 1.790 ser censurado e criticado severamente porque é deficiente e falho, em substância. Significando um retrocesso evidente, representando um verdadeiro equívoco.

Essa posição não destoa do pensamento de Fiúza (2003, p. 867), quando afirma:

Em minha opinião, seria absurdo interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à Administração Pública. Ao se interpretar o art. 1.790 apenas de acordo com seu *caput*, poderá ocorrer o caso em que o companheiro nada herdar, por não haver patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável. Supondo que haja outro patrimônio, este seria incorporado aos cofres municipais. Tal situação iria muito além das raias do absurdo.

Por outro lado, Nery e Nery Júnior (2003, p. 784) prelecionam que:

É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790, *caput*, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cuius* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC 1790 IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar do rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

Desse modo, tem-se como conclusão que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Nesse sentido, Rodrigues explana:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. (2003, p. 119).

Dessa forma, o companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em complexo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. (RODRIGUES, 2003, p. 119).

Por oportuno, Veloso (2005, p. 242) assegura que “o art. 1.790 do Código Civil modificou completamente a sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor - Leis 8.971/94 e 9.278/96 -, e não havia razão para mudança de atitude tão radical do legislador”.

Na mesma linha de raciocínio, Venosa (2007, p. 150) afirma:

Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, 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 a sucessão.

No que tange a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, Nevares (2004, p. 200) assevera que “sem embargo ao mérito dos juristas que sustentam o contrário, a concepção que preconiza uma hierarquia axiológica entre as entidades familiares é inconstitucional”.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana, considerada como fundamento da República no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, confere conteúdo à proteção atribuída pelo Estado à família.

Dessa maneira, partindo desse princípio, importante citar o questionamento seguinte: “como é possível dizer que o casamento é entidade familiar superior se todos os organismos sociais que constituem a família têm a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros?” (NEVARES, 2004, p. 201)

Por consentâneo, admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente

porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio.

Dessa idéia surge a discussão acerca do princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.

Para Coelho (2006, p. 269):

[...], nenhum membro de família constitucional pode ser tratado pela lei de modo menos vantajoso que o equivalente em outra família dessa categoria. [...], o cônjuge e o companheiro não podem receber, na lei, tratamentos diversos em matéria de direitos sucessórios. É inconstitucional o preceito normativo de lei ordinária que discrimine qualquer um deles.

Nesse aspecto, Nevares (2004, p. 202):

Com efeito, a proteção à dignidade da pessoa humana é igual para todos e, sendo a família um instrumento para a concretização deste princípio, todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção, a mesma relevância no ordenamento jurídico.

Sabe-se que cada um possui liberdade para escolher a forma de constituir sua própria família, não podendo haver perda de direitos em virtude de tal escolha. Como acentua Lôbo, o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido constitucionalmente: “consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização”. (2002, p. 43)

Dessa forma, para os que entendem que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 é defeituoso, primeiro pela inadequação de sua posição no ordenamento, segundo porque trata da sucessão dos companheiros de maneira completamente discriminatória em face do cônjuge, a solução mais adequada seria suprimir o artigo 1.790, e, em todos os momentos em que aparecer a figura do cônjuge como herdeiro ou detentor de direito oriundo do direito das sucessões, seguiria da expressão "ou companheiro". Efetuados estes ajustes entendem que estariam sanadas as incompatibilidades ocasionadas pelo artigo 1.790.

Entretanto, para Coelho (2006, p. 271):

De início, cabe descartar a idéia de que estas desigualdades se resolvem pela simples declaração de inconstitucionalidade do preceito que regula os direitos sucessórios do companheiro, ou seja, do art. 1.790 do CC, como um

todo. Essa alternativa pressupõe o oposto do que se pretende afirmar. Se o objetivo é eliminar as desigualdades de tratamento entre cônjuge e companheiro, simplesmente tomar por inconstitucional o dispositivo que regula os direitos sucessórios deste último é reintroduzir, de modo sub-reptício, a hierarquização entre as espécies de família, com priorização da matrimonial.

De outro modo, existem doutrinadores que não reconhecem vício na aplicação literal do Código Civil de 2002, já que acreditam que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe direitos aos casais que mantêm uma união estável, mas não os igualou aos que se uniram através do casamento, admitindo-se, assim, que a lei civil dê mais privilégios ao cônjuge.

Essa é a opinião de Oliveira e Amorim (2008, p. 116), onde dizem que “o preceito traz implícita a noção de que união estável não é o mesmo que casamento, pois se fosse não haveria sentido na possibilidade de conversão”.

Nevaes (2004, p. 197), por sua vez, explica em que se fundamenta este posicionamento:

O art. 226, § 3º, da Carta Magna, ao reconhecer a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar, determina que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. Tal disposição é o cerne da tese que prega a superioridade do matrimônio como forma de constituição da família, tese essa que adquire maior repercussão quando se discute o estatuto normativo do casamento e da união estável.

Leite (2002, p. 54-55), em defesa ao artigo 1.790 do Código Civil de 2002:

O caput do artigo 1790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existente entre casamento e união estável, reafirmando que o (a) companheiro (a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros. Situação inferior a do casamento onde a regra geral continua sendo a de considerar a mulher como meeira do patrimônio comum do casal. O privilégio da meação, pois, fica ressaltado, ainda uma vez, texto infraconstitucional, a afastar qualquer exegese equivocada que pretenda visualizar na união estável igualdade ao casamento. O cônjuge casado, pois, e submetendo-se a regime legal determinado pela lei civil é meeiro. O (a) companheiro (a) não o é e só terá direito à sucessão do (a) outro (a) nas condições estabelecidas pela lei. O cônjuge, independente de qualquer participação na aquisição de bens (basta considerar as disposições relativas ao regime da comunhão universal de bens, plenamente em vigor) é sempre meeiro. O companheiro não, e sua eventual

inserção no mundo sucessório fica na dependência da efetiva participação (que lhe competirá provar em juízo).

No mesmo diapasão, Diniz (2007, p. 136-137) diz que a relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente, não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem. Por isso, não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federativa do Brasil de 1988 a considera como entidade familiar, apenas, para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais freqüente entre nós.

Por fim, asseveram Cahali e Cardoso (2008, p. 125) que:

[...], no tocante ao direito sucessório, a posição predominante foi no sentido de que não houve equiparação da união estável ao casamento e, assim, não se conferiu ao companheiro a vocação hereditária diante do falecimento do outro, como se casado fosse, de forma automática pela norma constitucional.

Igualmente, Queiroga (2004, p. 63-66) explica que para a maioria da doutrina, a Constituição da República Federativa do Brasil não equiparou as duas formas de família, tendo, ao contrário, manifestado preferência pela matrimonial, em detrimento da união estável.

Feitas todas essas considerações, na seqüência serão analisadas divergências jurisprudenciais acerca da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

A título ilustrativo transcreve-se duas decisões antagônicas do Tribunal de Santa Catarina:

AÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA PARTILHA DEFLAGRADA PELOS COLATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA EM DETRIMENTO À COMPANHEIRA. SENTENÇA QUE DETERMINOU COM ABSOLUTO DESACERTO A INCIDÊNCIA DO ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, JULGANDO PROCEDENTE A LIDE. EQUÍVOCO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1.829, INCISO III, E ART. 1.838, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, A FIM DE VEDAR A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA SOBREVIVENTES PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Com a promulgação da Constituição de 1.988 e a elevação da união estável à condição de entidade familiar para conferir-lhe maior proteção do Estado,

pode-se falar que a família é gênero, de que são espécies o casamento e a união estável.

A distinção aos direitos sucessórios dos companheiros - inciso III do art. 1.790 do Código Civil - viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.

Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não somente para a cônjuge, mas também para a companheira, colocando-as em posição de igualdade na sucessão.

RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. DECISÃO REFORMADA. (SANTA CATARINA, 2011-A) (sem grifo no original).

Dessa forma, percebe-se que referida decisão entendeu que o artigo 1.790 do Código Civil viola o princípio constitucional da igualdade, devendo, para tanto, ser aplicado o disposto no artigo 1.829 do Código Civil, para que, assim, cônjuge e companheiro fiquem em situação igualitária.

Todavia, de forma contrária:

INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES. BEM INVENTARIADO ADQUIRIDO ANTERIORMENTE À UNIÃO ESTÁVEL PELA COMPANHEIRA FALECIDA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DOS ARTS. 1.829 e 1.838 DO CÓDIGO CIVIL SOB O ARGUMENTO DE QUE O COMPANHEIRO FOI EQUIPARADO AO CÔNJUGE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO EQUIVOCADO. UNIÃO ESTÁVEL NÃO IGUALADA AO CASAMENTO, APENAS RECONHECIDA COMO ESPÉCIE DE ENTIDADE FAMILIAR PARA EFEITO DE PROTEÇÃO ESTATAL (ART. 226, § 3º, CF). SUCESSÃO DO COMPANHEIRO QUE DEVE SE SUJEITAR ÀS REGRAS DISPOSTAS NO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. NA HIPÓTESE, DIREITO DOS COLATERAIS DA DE CUJOS À TOTALIDADE DO BEM ARROLADO (ART. 1.790, III, DO CC). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º, elevou a união estável estabelecida entre homem e mulher ao status de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, sem que isso, todavia, implique na sua equiparação às famílias constituídas pelo matrimônio. Tanto assim é que o próprio dispositivo citado determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, o que exclui, evidentemente, a sua paridade." (Ap. Cív. n. 2007.062494-2, de Joinville, Rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 13-5-2008). (SANTA CATARINA, 2011-B) (sem grifo no original).

De maneira diversa, esta decisão entende que o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, elevou a união estável estabelecida entre homem e mulher ao status de entidade familiar, sem que isso corresponda na sua equiparação às famílias constituídas pelo casamento.

Dentro dessa perspectiva, percebe-se que em um mesmo tribunal, adotam-se posições divergentes umas das outras, já que no primeiro caso

considerou-se inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, enquanto que no segundo, considerou-o como legítimo e perfeito, não havendo nenhum vício a ser sanado.

Nesse sentido, igualmente, encontram-se posicionamentos contrários em tribunais de outros estados, senão vejamos:

UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam seqüelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria. (SEGredo DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL, 2011-A) (sem grifo no original).

Ademais, no mesmo tribunal, porém de conteúdo diverso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL. A decisão agravada está correta. No caso, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório, não havendo razão para os parentes colaterais permanecerem no inventário. As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova lei substantiva - artigo 1.790, inciso III do Código Civil - rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei acima

citada, deve o incidente de inconstitucionalidade ser apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, artigo 481 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 209 do RITJRGS. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. (RIO GRANDE DO SUL, 2011-B) (sem grifo no original).

Diante de tal situação, por existirem posicionamentos divergentes em um mesmo órgão jurisdicional, foi suscitado, por maioria, incidente de inconstitucionalidade, pela colenda 8ª Câmara Cível, em face do art. 1.790, III, do Código Civil de 2002, quando da análise do Agravo de Instrumento nº 70027138007:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2011-C).

No referido incidente de inconstitucionalidade buscou-se a uniformização de entendimentos, haja vista existirem divergências entre câmaras de um mesmo Tribunal.

Feitas todas essas considerações, pôde-se perceber que ainda permanecem discordâncias com relação à matéria até então estudada, tanto com relação à doutrina, quanto em relação à jurisprudência.



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na elaboração do presente trabalho, procurou-se delinear a evolução legislativa conferida aos que viviam em união estável até a atualidade.

Concluiu-se, portanto, que durante muito tempo o concubinato era visto como uma forma ilícita de união, pois, desde os primórdios, era considerado imoral, principalmente por interferência da Igreja Católica, a qual condenava este tipo de união, afirmando que somente o matrimônio sacramentalizado era reconhecido como constituição de família legítima.

Porém, com o passar dos anos, a família formada por união estável passou a representar expressiva classe social, necessitando, assim, de normas que regulamentassem tal situação. Vale dizer, o direito não é estático, ele evolui de acordo com o aperfeiçoamento cultural do povo.

Com isso, no intuito de amparar tais evoluções culturais e sociais, o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atribuiu à união estável caráter de legitimidade, ao lado do casamento, como entidade familiar, gerando diversos efeitos.

Surgiram, a partir daí, vários entendimentos a respeito dos direitos inerentes aos companheiros, tanto no sentido de que a legislação estaria evoluindo, quanto no sentido de que estaria retroagindo.

Pouco tempo depois surgiram as Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996 as quais trouxeram aspectos positivos e representaram o grande impulso para o aperfeiçoamento do direito sucessório.

No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, a tutela sucessória atribuída aos companheiros sofreu significativa mudança, fazendo com que os direitos até então adquiridos desaparecessem, tornando impossível a compreensão de tamanho retrocesso.

O alvo das discussões foi o tratamento diferenciado conferido ao companheiro sobrevivente, estando, para alguns, em posição de extrema inferioridade no direito sucessório em relação ao casamento; e para outros, este dispositivo legal não contemplou qualquer tipo de vício.

O problema surgiu quando o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 modificou drasticamente a sucessão entre os companheiros se comparado com a

legislação até então em vigor, restringindo o direito do companheiro, que só herdará sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Para tanto, necessário se fez a abordagem acerca dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, passando-se, primeiramente, a estudar o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerado como fundamento da República e valor inerente ao ser humano, ou seja, é presente desde o seu nascimento e existirá até a sua morte, sendo inalienável, bem como irrenunciável

Por derradeiro, passou-se ao estudo do princípio da igualdade, disposto no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e incluído no rol dos direitos fundamentais, haja vista a busca pela proibição da discriminação visando à promoção do tratamento igualitário a todos os sujeitos de direitos.

Foram estudadas as distinções que envolvem o princípio da igualdade, quais sejam, o princípio da igualdade formal e o princípio da igualdade material.

Além dos referidos princípios, de extrema necessidade foi o estudo dos institutos do casamento e da união estável, seus conceitos e principalmente o reconhecimento legislativo de cada um.

Por fim, estudou-se separadamente a sucessão decorrente da união estável e do casamento, analisando como cada uma se desenvolve, apontando as diferenças entre elas.

Dessa forma, com o presente estudo, concluiu-se que parte dos doutrinadores e juristas entendem que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 deve ser declarado inconstitucional, eis que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando tal entidade ao casamento. Alegam que tal dispositivo legal afronta os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 tratou com diferença a sucessão na união estável e no casamento, ou seja, beneficiou o cônjuge sobrevivente e prejudicou o companheiro sobrevivente. Os adeptos da inconstitucionalidade entendem que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 igualou a união estável e o casamento no tocante a direitos e proteção estatal, não havendo qualquer razão para que haja diferenças no tratamento entre os cônjuges e os companheiros,

motivo pelo qual o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 deveria ter sua aplicação afastada em razão do manifesto vício.

Todavia, a outra parte entende que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 é constitucional, aduzindo que não se reconhece vício na aplicação literal do Código Civil de 2002, já que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe direitos aos casais que mantêm uma união estável, mas não os igualou aos que se uniram através do casamento, admitindo-se, assim, que a lei civil dê mais privilégios ao cônjuge.

A análise retro não esgotou, por óbvio, o embate que se propôs a estudar. Mas não pretendia fazê-lo. Improvável sua leitura e conclusão sobre qual posicionamento ser adotado.

Pretendeu-se, em verdade, expor os argumentos defendidos por cada lado da contenda, e que circunscrevem as decisões judiciais exemplificativas do tema vertente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Amicus Curiae**: Revista do Curso de Direito da UNESC, Criciúma, SC, v. 3, n. 3, p. 270-316, dez. 2006.

BERNARDO, W.O.L. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil**: breves reflexões. *Revista da faculdade de Direito da Campos*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 8, jun. 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 25.09.2010.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 10 ago. de 2010-A.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2011-B.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 13 de abr. de 2011-C.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

CAHALI, Francisco José; CARDOSO, Domingues Fabiana. Sucessão na união estável. In: CASSETTARI, Christiano. et al. (Org.) **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 8. p. 122-152.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.6

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 5v

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 5v

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FIÚZA, César. **Novo Direito Civil**: curso completo de acordo com o código civil de 2002. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Parte Especial. Direito das Sucessões. V. 20. Aristides Junqueira de Azevedo (Org). São Paulo: Saraiva, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União estável**: análise sociológica. Curitiba: Juruá, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 5v.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil: direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 21v.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 5v.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 5v.

LÔBO, Paulo Luiz. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***, in Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, jan.- fev.-mar. 2002, Editora Síntese, p. 40-55.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba, PR: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventário e partilhas: direitos das sucessões: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 2008

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 6v.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Embargos Infringentes. União estável. Sucessão do companheiro. Diferença de trato legislativo entre união estável e casamento. Inexistência de violação a preceitos ou princípios constitucionais. Acórdão em Embargos Infringentes nº 70038442166. Dirce M. S. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Decisão: 08/10/2010. Disponível em:

[http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70038442166&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70038442166&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=). Acesso em: 20 de maio de 2011-A.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. Inconstitucionalidade artigo 1.790, inciso III do Código Civil. Incidente de inconstitucionalidade suscitado. Acórdão em Agravo de Instrumento nº 70027138007. Ulisses Leopoldo Sassi e Lourdes de Souza Dias. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Decisão: 18/12/2008. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70027138007&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70027138007&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=). Acesso em: 20 de maio de 2011-B.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Incidente de Inconstitucionalidade. Família. União estável. Sucessão. Incidente de Inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. Acórdão em Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374. 8ª Câmara Cível e Ulisses Leopoldo Sassi. Relator: Leo Lima. Decisão: 09/11/2009. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70029390374&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70029390374&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=). Acesso em: 20 de maio de 2011-C.

RIOS, Roger Raupp. **Em defesa dos direitos sexuais**. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução ao direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 7v.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. 6v.

ROSA, Patricia Fontanella. **União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 346-371.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível. Ação objetivando a declaração de nulidade da partilha deflagrada pelos colaterais do autor da herança em detrimento à companheira. Sentença que determinou com absoluto desacerto a incidência do art. 1.790, inciso III, do Código Civil, julgando procedente a lide. Equívoco. Aplicação analógica do art. 1.829, inciso III, e art. 1.838, ambos do Código Civil, a fim de vedar a distinção entre cônjuge e companheira sobreviventes para fins sucessórios. Inteligência, ademais, do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. Decisão reformada. Acórdão em Apelação Cível nº 2006.022719-2. Laides de Oliveira e Walmor Keller Jandrey e Aldor Jandrey. Relator: Gilberto Gomes de Oliveira. Decisão: 14/12/2010. Disponível em:  
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.todas=2006.0>



22719-2&parametros.rowid=AAAQr%2BAAAAAGodAAE. Acesso em: 20 de maio de 2011-A.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento. Inventário. Direito sucessório do companheiro. Ausência de descendentes e ascendentes. Bem inventariado adquirido anteriormente à união estável pela companheira falecida. Pretendida aplicação dos arts. 1.829 e 1.838 do código civil sob o argumento de que o companheiro foi equiparado ao cônjuge pela Constituição Federal. Impossibilidade. Entendimento equivocado. União estável não igualada ao casamento, apenas reconhecida como espécie de entidade familiar para efeito de proteção estatal (art. 226, § 3º, CF). Sucessão do companheiro que deve se sujeitar às regras dispostas no art. 1.790 do Código Civil. Na hipótese, direito dos colaterais da de cujos à totalidade do bem arrolado (art. 1.790, III, do CC). Decisão mantida. Recurso desprovido.

Acórdão em Agravo de Instrumento nº 2010.009821-9. Joneci Apolonio Simas e Valdemiro Baron e outros. Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Decisão: 08/11/2010. Disponível em:

<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=&parametros.todas=&parametros.pageCount=10&parametros.dataFim=&parametros.dataIni=&parametros.uma=&parametros.ementa=&parametros.cor=FF0000&parametros.tipoOrdem=data&parametros.juiz1Grau=&parametros.foro=&parametros.relator=&parametros.nao=&parametros.processo=2010.0098219.&parametros.classe=&parametros.rowid=AAAQr%2BAAAAAGCQ4AAC>. Acesso em: 20 de maio de 2011-B.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 212: 89-94, abr./jul. 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VELOSO, Zeno. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito de família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 7v.