



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS –
UNIPAC**

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ZILDA TEREZINHA HANSEN

**A UNIÃO ESTÁVEL E A CONTROVÉRSIA GERADA
PELO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

JUIZ DE FORA

2008

DI 001
MO 0001



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO
CARLOS – UNIPAC**

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ZILDA TEREZINHA HANSEN

**A UNIÃO ESTÁVEL E A CONTROVÉRSIA GERADA
PELO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia de conclusão de Curso
apresentada ao curso de ciências
jurídicas da Faculdade de Direito, da
Universidade Presidente Antônio Carlos,
como exigência para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Joseane
Pepino de Oliveira.

JUIZ DE FORA

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

Lilda Terezinha Hansen
Aluno

A União Estável e a Controvérsia gerada pelo
Artigo 1790 do Código Civil de 2002
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maria Braga

Joséane Pepino de Oliveira

Juza Paiva de Azevedo

Aprovada em 11 / 07 / 2008.

Dedico este trabalho à minha sobrinha Daniele Cristiane e a seus três lindos filhos: Matheus, Maria Fernanda e Lucas, os quais me ajudaram na escolha deste tema.

Em primeiro lugar agradeço a Deus que me deu forças para chegar ao fim deste curso. Agradeço ainda a meu irmão Luiz que sempre esteve a meu lado, me animando a continuar na árdua tarefa exigida pelo curso. Por fim, mas não menos importantes, não posso deixar de lembrar dos colegas de turma e professores, principalmente da coordenadora Luciana e da orientadora Joseane Pepino de Oliveira.

RESUMO

A união estável constitui um instituto modernamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como entidade familiar, sendo verificada sua primeira regulamentação na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que definiu como “companheiros” o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole (concubinato puro). Posteriormente, a Lei 9278, de 10 de maio de 1996, alterou o conceito, retirando os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole. Com o advento do Código Civil de 2002 os mencionados dispositivos normativos infraconstitucionais restaram revogados, vez que o novo *Codex*, em Título III, tratou por inteiro do tema, que antes da Constituição de 1988 era ignorado pela legislação então vigente, definindo a união estável da seguinte maneira: *união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família*. O que se pretende com este trabalho é, em poucas linhas, analisar, no que se refere à proteção conferida à união estável, suas semelhanças e diferenças frente ao casamento, assim como de suas características. Analisar-se-á, principalmente, o artigo 1790 do Código Civil de 2002, que versa a respeito da situação da companheira ou companheiro na linha de sucessão hereditária.

Palavras-chave: união estável, casamento, sucessão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 HISTÓRICO	8
2 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	14
2.1 Do casamento	14
2.2 Da união estável.....	15
3 DA PARIDADE CONSTITUCIONAL.....	18
3.1 Do tratamento desigual dispensado aos companheiros no código civil de 2002 quanto aos direitos sucessórios.....	19
CONCLUSÃO	26
BIBLIOGRAFIA	27

INTRODUÇÃO

A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada durante longo período histórico, de concubinato, também denominado, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2007), “união livre”.

Tal expressão, concubinato, sinônima de união livre, à margem da lei e da moral significava que esta situação diferia do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Portanto, a doutrina clássica esclarecia que o estado de concubinato poderia ser rompido a qualquer instante, qualquer que fosse o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assistisse direito a indenização pelo simples fato da ruptura.

O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, tratando os indivíduos que se apresentassem sob este modo de vida de forma discriminatória.

Alguns doutrinadores se manifestavam em favor do não reconhecimento da união de fato como Pontes de Miranda e Washington de Barros Monteiro, os quais repeliavam a proteção legislativa do concubinato ao afirmar que este enfraquecia ou concorria, mesmo que indiretamente, para a desagregação da família legítima.

A iniciar pela legislação previdenciária, alguns direitos começaram a ser reconhecido aos concubinos, tendo a jurisprudência alargado o rol destes, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Passado isso, as restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúltero, em que um dos concubinos vivia com um cônjuge e, concomitantemente, mantinha a situação de concubinato. Daí começou a se usar as expressões “concubinato impuro” para se fazer referência ao adúltero e “concubinato puro”

quando a referência era à convivência duradoura, sem impedimentos decorrentes de outra união.

O objeto do presente trabalho, a união estável, constitui um instituto modernamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como entidade familiar, sendo verificada sua primeira regulamentação na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que definiu como “companheiros” o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole (concubinato puro).

Posteriormente, a Lei 9278, de 10 de maio de 1996, alterou o conceito, retirando os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole.

Com o advento do Código Civil de 2002 os mencionados dispositivos normativos infraconstitucionais restaram revogados, vez que o novo *Codex*, em seu Título III, tratou por inteiro do tema, que antes da Constituição de 1988 era ignorado pela legislação então vigente, definindo a união estável da seguinte maneira: *união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

O que se pretende é, analisar, no que se refere à proteção conferida à união estável, suas semelhanças e diferenças frente ao casamento, no que tange aos direitos conferidos a cônjuges e companheiros.

Ater-se-á, primordialmente, ao disposto no artigo 1790 do Código Civil quanto à sucessão hereditária.

1 HISTÓRICO

O concubinato, derivado de palavra latina significando “*dormir junto*”, era reconhecido em Roma como um casamento de segunda classe, em que homem e mulher mantinham uma convivência duradoura, todavia sem a “*affectio maritalis*”.

A “*affectio maritalis*”, era definida como a convivência entre o homem e a mulher com a intenção de ser esposo e esposa. Não havia o relevo, nesta época, para o conluio genital como fator determinante do casamento romano, segundo a clássica fórmula “*coitus non matrimonium facit*”.

Assim, identifica-se no casamento romano a exclusividade da “*affectio maritalis*” para a sua consubstanciação, ou seja, era necessário apenas o elemento subjetivo da afeição dos cônjuges, haja ou não a coabitação ou a vida íntima.

Este vínculo calcado no estreitamento psicológico dos cônjuges que constituiu o matrimônio nos primórdios do Direito Romano decaiu com todo o Império do Lácio, que encontrou seu fim nas múltiplas causas que a História resguarda.

Sem regulamentação na sua origem, em tempos romanos, o concubinato era vislumbrado e aceito socialmente, passando, após o período clássico do Direito Romano a ter algumas regras, sendo estas as Leis “*Julia*” e “*Papia Pompaea*”. Com a Lei “*Julia de Adulteriis*” viu-se estabelecerem sanções a determinadas formas de união extraconjugal, definindo situações como adultério e estupro.

A influência do Cristianismo na Roma de Constantino culminou com a feitura de determinadas normas desestimulantes ao concubinato, colocando essa forma de união em situação marginal, vez que, o matrimônio, pela visão Cristã, era o instrumento para a formação da família, perdurando tal entendimento durante toda a Idade Média adentrando aos tempos modernos.

O rótulo de imoral dado às uniões concubinárias no Brasil se devia principalmente à união entre Estado e Igreja, a qual persistiu até fins do período imperial, por tal união somente admitir o casamento religioso como única forma possível de se constituir uma família.

Verifica-se que as principais fontes do Direito de Família Brasileiro eram o Direito canônico e o Direito português que, por sua vez, sempre tiveram suas arestas direcionadas para o casamento como formação legítima de família.

O Estado e a Igreja sempre andaram muito próximos, por várias vezes confundindo-se, e isto desde as antigas civilizações. Diferente não foi com a formação do Estado brasileiro, que em seus primórdios já foi chamado de Terra de Santa Cruz e teve como primeiro ato solene uma missa.

No Brasil, a Constituição outorgada de 1824 estabelecia a religião católica como sendo a religião oficial do Império, que perdurou até o início de 1890, com a chegada da República.

Dizia o artigo 5º da Constituição de 1824 que a religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Império, sendo permitido o culto doméstico ou particular de outras religiões, em casas para isso destinadas, sem forma exterior de templo.

Importante traço da quase confusão do Estado com a Igreja podia ser encontrado na determinação da Constituição de 1824 de que a elegibilidade para o Congresso somente era possível para àqueles que professassem o catolicismo.

O catolicismo era a religião oficial do Brasil e, como em Portugal, a Igreja estava subordinada ao Estado, através do regime do padroado. Segundo essa tradição, cabia ao imperador a escolha dos clérigos para os cargos importantes da Igreja, da mesma forma que as bulas (decretos) papais só eram aplicadas com o consentimento explícito do monarca.

Ocorreu que, no início da década de 70 do século XIX, através de uma bula, o chefe da Igreja Católica, condenou a maçonaria e proibiu que padres e fiéis pertencessem a seus quadros. Tais determinações, entretanto, não foram aplicadas no Brasil, visto que grande número de católicos eram filiados à maçonaria.

Em 1872, os bispos de Olinda e Belém, obedientes às ordens advindas de Roma, suspenderam irmandades religiosas que se recusavam em afastar membros maçons.

Por solicitação das irmandades atingidas, D. Pedro II anulou tais suspensões. Como, no entanto, os bispos se mantiveram firme no propósito de sustentar a execução da ordem papal, eles foram julgados e condenados por ordem imperial.

Embora tenham sido anistiados mais tarde, em 1875, a prisão dos bispos foi uma afronta à Igreja, ao mesmo tempo em que feriu a religiosidade popular. Como consequência, a

Igreja afastou-se do governo imperial, o que abalou profundamente a ordem imperial, representando um dos motivos para o fim do império.

O Estado laico não tem uma religião oficial, mas adota os princípios da liberdade religiosa dos cidadãos e da autonomia das organizações religiosas da sociedade.

Conforme De Plácido e Silva: "Laico do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição do de bispo, ou religioso."

Depois do advento da República, o Brasil jamais deixou de ser um Estado laico, pelo menos no papel. Com a edição do Decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1890, foi instaurada a separação entre a Igreja e o Estado, o que significa que o Estado Brasileiro passou a se manter indiferente às diversas igrejas, as quais poderiam livremente constituir-se. Posteriormente, com a Constituição de 1934 as associações religiosas adquiriram personalidade jurídica nos termos da Lei Civil.

Com a separação entre Estado e Igreja regulamentou-se, com a Constituição de 1891, o casamento civil, embora, mantendo-se os efeitos civis do casamento religioso. Contudo, o concubinato permaneceu a margem da regulamentação legal, a não ser para fins de penalização, o Código Civil de 1916 fazia menção apenas ao concubinato adúltero, tratando-o como estranho ao Direito, e os casais que viviam sob essa forma de união segregados moralmente da sociedade, sempre inflexível quanto ao reconhecimento de efeitos positivos advindos das relações concubinárias.

O Brasil nunca tipificou o concubinato como crime, mas também não o regulamentava, Como a família deveria ser calcada no casamento, o relacionamento extra-matrimonial não poderia ser reconhecido como família. Assim, defendia-se o casamento repelindo as uniões concubinárias através da incerteza jurídica imposta aos concubinos, que não tinham direitos reconhecidos.

Ao matrimônio era destinada toda a regulamentação que se produzia, estando, portanto, qualquer outra forma de agrupamento familiar excluída de proteção. Tal descompasso entre a realidade de muitas famílias brasileiras e o regramento jurídico deu ensejo a muitos conflitos e injustiças.

Deste modo, casais que viviam uma relação estável e duradoura, todavia sem o vínculo do matrimônio não faziam jus à direitos conferidos somente aos casados. Como exemplo, pelo fato de as relações de concubinato não serem consideradas entidades aptas a constituir uma família, os concubinos eram privados dos efeitos da sucessão hereditária.

A família do Código Civil de 1916 é aquela espelhada no Direito Napoleônico, ou seja, hierarquizada e matrimonializada, demonstra a preferência pela família com valores

tradicionais, com o homem exercendo a chefia da sociedade conjugal, um verdadeiro patriarcado.

Desse modo, as uniões concubinárias permanecem à margem da sociedade e sem regulamentação legal, pois o Estado fechou seus olhos ao fato de incontáveis casais conviverem fora da égide do matrimônio, de uma forma segregadora e em descompasso com a realidade.

A única referência favorável ao concubinato no Código de 1916 estava no artigo 363, I, que previa a situação de concubinato como presunção de vida em comum dos pais, para fins de investigação de reconhecimento da filiação. Entedia o legislador, conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves (2007) citando o mestre Silvio Rodrigues, que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro e, por isso, presumia “*juris tantum*”, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino.

Ainda assim, o dispositivo mencionado era discriminatório ao concubinato de pessoa casada, visto que se restringe aos “*filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI*”, o que significa a exclusão de filhos de pessoas com impedimentos matrimoniais absolutos previstos naqueles incisos, abrangendo os casos de incestuosidade e adulterinidade.

Assim diz o mencionado artigo:

Art. 183. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376);

IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376);

VI - as pessoas casadas (art. 203); (...)

Principalmente a partir da segunda metade do século XX, pôde ser verificada uma evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, passando a ser conferidos direitos àqueles que viviam sob o regime de concubinato.

Como evolução legislativa, a Lei n° 883, de 21 de outubro de 1949, permitiu que o filho havido fora do casamento pudesse ser reconhecido por qualquer nacional.

Posteriormente, o Estatuto da Mulher casada, abriu caminho para uma maior evolução legislativa, visto que, foi consolidada a emancipação da mulher, adquirindo esta o status de absolutamente capaz.

Somente em 1977, com a Lei do Divórcio, quebrou-se o valor religioso embutido na legislação que tratava do casamento, na medida em que expurgou os vestígios do dogma católico da indissolubilidade da união matrimonial, ainda presentes na legislação pátria.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o conceito de família se dissociou do conceito de casamento legítimo, erigindo, a Carta Magna, a família como base da sociedade, digna de especial proteção estatal.

Assim diz o artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

Assim diz Carlos Roberto Gonçalves

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (GONÇALVES, 2005, p. 533)

E continua o autor:

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha, 'é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania'. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: 'Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas'. (idem, 2005, p. 534)

Como se vê, a evolução legislativa culminou com o reconhecimento pela Constituição de 1988 da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, digna de proteção estatal assim como o casamento civil. Esta inovação constitucional representou a plena

passagem do concubinato para o âmbito do Direito de Família, como forma de realização do direito à igualdade e ainda do princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir desta nova concepção constitucional puderam ser atribuídos aos companheiros os direitos sucessórios, através da legislação infraconstitucional.

Deve ser ressaltado que, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, a legislação previdenciária e a construção jurisprudencial dos Tribunais pátrios já vinham reconhecendo direitos aos, anteriormente, concubinos.

Como exemplos de Legislação previdenciária anterior à Constituição Federal de 1988 têm-se: a Lei 4.069 de 1962, que em seu art. 5º, definiu a concubina como beneficiária da pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro desquitado ou viúvo, que não tenha filhos, caso houvesse filhos, só poderiam destinar-se à companheira metade da pensão, se ela vivesse sob sua dependência há, pelo menos, cinco anos; a Lei 7.087 de 1982, que em seus arts. 28, 29, 39 e 41, tinham a companheira como dependente de segurado perante o IPC – Instituto de Previdência dos Congressistas; o Decreto n.º 73.617/74 considerava a companheira dependente do trabalhador rural.

Assim entendia o antigo Tribunal Federal de Recursos:

TFR Súmula nº 253 - 02-03-1988 - COMPANHEIRA - DIREITO A CONCORRER COM OUTROS DEPENDENTES A PENSÃO MILITAR - ORDEM DE PREFERÊNCIAS

A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes a pensão militar, sem observância da ordem de preferências.

Após a Carta de 1988, se seguiram as Leis 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e 9.278 de 10 de maio de 1996.

A primeira definiu como “companheiros” o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole, o que fora denominado concubinato puro.

Por sua vez, o segundo dispositivo normativo alterou tal conceito, retirando os requisitos de cunho pessoal, o tempo mínimo de convivência e o imperativo da existência de prole como alternativa ao requisito temporal. Desse modo, conceituou como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Passa-se, ainda, a utilizar a expressão “conviventes” em substituição a “companheiros”.

2 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Antes de adentrar ao tema proposto é importante que se façam algumas considerações acerca da definição do instituto do casamento e da união estável.

2.1 Do casamento

Na lição do mestre Silvio Rodrigues, 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”.

Sendo um contrato de direito civil, obedece à vontade dos contratantes, desde que essa vontade não seja contrária à lei, podendo ser dissolvido pelos contratantes por mero distrato, o que afasta a intenção do legislador em manter o matrimônio como uma instituição que gera efeitos independentemente da vontade dos cônjuges.

No que concerne à união entre homem e mulher, a Constituição Federal estabelece que o casamento só pode ser realizado entre o homem e a mulher, sendo vedada qualquer tentativa de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

O artigo 1566 do Código Civil de 2002 traz os deveres dos cônjuges. Vale transcrever o citado dispositivo legal:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

O dever de fidelidade recíproca tem, segundo Silvio de Salvo Venosa (2006), caráter social, estrutural, moral e normativo, sendo que a transgressão deste dever traz sanções, como a separação dos cônjuges com reflexos patrimoniais.

A mútua assistência possui duplo conteúdo. Washington de Barros Monteiro (2004) nos ensina que:

(...) no aspecto material, tem o significado de auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges. No aspecto imaterial consubstancia-se na proteção aos direitos da personalidade do consorte, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade. E é nesse aspecto, de ordem imaterial, que merece maior destaque a mútua assistência, por exemplo, configurada na proteção ao cônjuge doente ou idoso, no consolo por ocasião do falecimento de um ente querido, na defesa em suas adversidades com terceiros. (2004, p. 31)

A vida em comum no domicílio conjugal advém da união dos cônjuges, da vontade de constituir uma família, começando pela satisfação recíproca das necessidades sexuais. O abandono do lar conjugal e a recusa do débito carnal são omissões do dever de coabitação.

No entanto não pode um cônjuge obrigar o outro a cumprir tais deveres, sob pena de violação do preceito constitucional da liberdade individual.

O sustento, guarda e educação dos filhos é aspecto fundamental do casamento, embora inerente à paternidade, pois, mesmo com a dissolução do casamento os pais mantêm o dever estabelecido.

Por fim, o respeito e a consideração mútuos, assinalado no inciso V do artigo 1566 do Código Civil, referem-se ao ambiente em que vive o casal, o qual, explica o mestre Silvio de Salvo Venosa (2006), não podem implicar em violação dos direitos da personalidade ou de direitos individuais.

2.2 Da união estável

A Constituição Federal de 1988 reconheceu para efeito de especial proteção do Estado a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Em primeiro lugar, o artigo 1723 do Novo Código Civil reconhece a união estável como entidade familiar, reproduzindo quase que completamente o artigo 1º da Lei 9278/96.

Nota-se que o mencionado artigo não estabeleceu prazo mínimo para a caracterização da mesma, mas fixou elementos mínimos para sua configuração e comprovação quais sejam:

- 1 convivência pública;
- 2 contínua;
- 3 duradoura;
- 4 com o objetivo de constituir família;
- 5 entre homem e mulher.

Em outro ponto, inova o Novo Código Civil ao definir que a união estável não poderá ser constituída se presentes quaisquer dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1521, com exceção da proibição contida no seu inciso VI, "pessoas casadas", sendo possível, mediante a comprovação da separação de fato, a configuração da união estável.

Ressaltamos a importância do § 1º do artigo 1723, posto que regulamenta algo que já se encontrava estabelecido e aceito pela maioria dos nossos Tribunais. Em outras palavras, pessoas casadas formalmente, mas separadas de fato, de acordo com o Novo Código Civil, podem constituir entidade familiar.

O § 2º do artigo 1723 complementa a questão determinando que as causas suspensivas aplicadas ao casamento, os impedimentos, não obstarão a caracterização da união estável desde que comprovada a inexistência de prejuízo para os terceiros envolvidos nas causas.

E, o § 3º do artigo 1723 reforça que a união estável poderá ser reconhecida entre pessoas separadas judicialmente observando-se que a separação judicial põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca.

Portanto, da leitura do artigo 1723 pode-se perceber a consagração da corrente doutrinária e jurisprudencial que admite a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas ainda vinculadas pelo matrimônio, desde que separados judicialmente ou separados de fato, demonstrando-se a consolidação da tese de que o direito não pode deixar de se ater à realidade.

O artigo 1724 mais uma vez reproduz os dizeres do artigo 2º da Lei nº 9278/96 que estabelece o respeito, a lealdade e a assistência mútua como os deveres pessoais mais importantes da união estável, confirmando a tendência do Direito de Família moderno que se baseia na afetividade entre seus membros.

Assim diz o artigo 1723 e 1724 do Código Civil de 2002:

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

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

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

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

Anteriormente denominado concubinato, a Carta Magna de 1988 veio retirar a denominação preconceituosa empregada para definir a relação entre homem e mulher que convivesse como casados fossem sem estarem sob vínculo matrimonial.

Da leitura dos artigos acima transcritos verifica-se que ao menos nos requisitos para sua constituição e nos deveres impostos aos companheiros existem inúmeras semelhanças aos presentes no instituto do casamento explanados no item 2.2.

De acordo com o art. 1.724 do novo Código, lealdade, respeito e assistência, bem como, quanto aos filhos, sua guarda, sustento e educação, são deveres e direitos que devem existir nessas relações pessoais. Tanto o dever de lealdade quanto o de respeito mútuo, provocam injúrias graves, quando descumpridos. Paralelamente à deslealdade está o adultério, quebrando o direito-dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre companheiros, porém, ambos devem ser leais. O direito-dever de respeito mútuo é descumprido quando um dos companheiros atinge a honra ou a imagem do outro com palavras ofensivas ou gestos indecorosos.

A assistência material abrange o âmbito do patrimônio, principalmente dos alimentos entre conviventes. Nesse passo, a mesquinha e a avareza configuram injúrias de caráter econômico. No que diz aos filhos comuns, a guarda dos mesmos tem relação com a posse dos pais, em conjunto ou isoladamente. Em caso de separação, essa relação é exercida em decorrência de seu poder-dever familiar (poder familiar), que corresponde ao sustento - alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária e à educação - alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não só o ensinamento escolar, como os cuidados com as lições, aprendizado e de formação moral dos filhos¹.

Desse modo, verifica-se que, na seara dos deveres dos companheiros e requisitos para a constituição da união estável, foi obedecido o espírito do comando constitucional do artigo 226, §3º da Carta Magna de 1988, ou seja, o tratamento igualitário dos companheiros em relação aos cônjuges.

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. A união estável no novo Código Civil. Disponível in: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580> > acesso em maio de 2008.

3 DA PARIDADE CONSTITUCIONAL

O advento do Novo Código Civil, em especial das alterações introduzidas no regramento das sucessões, no que tange às pessoas do companheiro e companheira, levanta o questionamento acerca da constitucionalidade dos dispositivos atinentes à matéria, principalmente quanto ao artigo 1790 do referido *Codex*.

A Constituição Federal dedicou especial proteção à família, e em seu parágrafo terceiro do tal proteção foi estendida à entidade familiar, constituída pela união estável entre homem e mulher.

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A proteção à entidade familiar se estende aos direitos de cunho pessoal, como respeito, mútua assistência, criação e educação dos filhos, e direitos de natureza patrimonial, pela prestação de alimentos, comunhão de bens havidos durante o tempo de convivência e sua transmissão por sucessão hereditária.

3.1 Do tratamento desigual dispensado aos companheiros no código civil de 2002 quanto aos direitos sucessórios.

O Código Civil de 1916 não reconhecia efeitos jurídicos positivos às relações concubinárias, portanto, não havia direitos sucessórios de concubinos. A única referência existente constava do art. 1.719, III do referido Código, que vedava a nomeação de concubina de testador casado como herdeira testamentária ou legatária.

Ainda, o art. 1.720 do Código Civil de 1916 proibia ainda que fossem beneficiadas as pessoas proibidas de herdar elencadas no art. 1719 através de nomeação de interposta pessoa como herdeira ou legatária, vedação esta mitigada pelo Supremo Tribunal Federal com a edição da súmula 447: *"É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina"*.

A jurisprudência da época reconhecia apenas o direito de partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum dos concubinos, em sociedade de fato configurada sob a ótica do direito obrigacional, não se reconhecia o direito à herança, mas somente de participação equiparável à meação patrimonial.

O favorecimento do concubino na seara sucessória só se fazia possível através de disposição testamentária, todavia com a vedação expressa no artigo 1719, III, do Código Civil de 1916, acima mencionada.

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que foi aberto espaço para o nascedouro de legislação tratando da sucessão legítima dos concubinos, o que primeiramente ocorreu com a edição da Lei 8971/94, visto que, apesar da paridade entre concubinos e cônjuges conferida constitucionalmente, para aplicação prática mister se fazia a regulamentação infraconstitucional.

Tal regramento, em seu artigo 2º previa:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Constata-se que o advento da Lei 8.971/94 modificou a ordem da vocação hereditária prevista no artigo 1603 do Código Civil de 1916, pois incluiu o companheiro na mesma posição em que se encontrava o cônjuge, ou seja, após os descendentes e ascendentes, todavia, antes dos colaterais e dos Municípios, Distrito Federal e ou União.

Posteriormente, se seguiu a Lei 9.278/96, regulamentando o § 3º do art. 226, trouxe várias inovações no tocante aos direitos dos companheiros, dentre as quais a previsão de que dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Os direitos à sucessão hereditária dos companheiros vêm regulados no Código Civil de 2002 no art. 1.790, que dispõe:

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

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

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

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

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

Este artigo, alvo de muitas críticas, é o cerne do questionamento feito no presente trabalho.

Dentre as críticas feitas pela doutrina a localização deste artigo, no Capítulo das “Disposições Gerais” do Título “Da sucessão em geral”, e não no capítulo que trata da ordem de vocação hereditária. O que se verifica é que o Novo Código Civil sequer inclui o companheiro na ordem de vocação hereditária.

Outra crítica, atinente agora ao conteúdo do referido artigo, é com relação à limitação da sucessão da companheira aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Diante de tal previsão, os companheiros se verificam em posição bastante prejudicada em relação aos cônjuges.

Nesse sentido diz Sílvia Rodrigues

No entanto, 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. (...) Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de 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. (...) Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros, não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável. (2004, p.256)

Diante da disposição contida no artigo 1790, verifica-se ainda uma confusão entre meação e herança, aquele instituto do Direito de Família e este do Direito das Sucessões. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união o companheiro já é meeiro, sendo a meação decorrente de um direito patrimonial estabelecido por Lei ou por vontade das partes.

A sucessão hereditária tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme as previsões legais ou a vontade do “*de cujus*”.

Outro ponto de severa crítica dos estudiosos é que, a partir da redação do artigo 1790 do Código Civil de 2002, se inexistir descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis e também não existirem bens adquiridos onerosamente ao longo da vigência da união estável, pode-se chegar à conclusão de que o companheiro não terá direito à sucessão, e os bens do “*de cujus*” adquiridos antes da união estável passarão ao Município ou ao Distrito Federal.

Pelo exposto e, diante da disposição anteriormente dada pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, vê-se que a proteção dada aos companheiros no que concerne à sucessão foi diminuída no Código Civil de 2002, em flagrante desrespeito ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, que determina a proteção da união estável em paridade com o casamento.

Assim, questiona-se acerca da inconstitucionalidade material do artigo 1790 do Novo Código Civil, por deixar de conferir especial proteção à família fundada no companheirismo, visto que coloca as partes da relação de união estável em posição inferior às partes da relação matrimonial quanto à sucessão hereditária.

Quando se analisa os direitos assegurados ao cônjuge sobrevivente, a colocação inferiorizada do companheiro no plano sucessório fica ainda mais grifada diante da participação concorrente do cônjuge e maior extensão sobre a totalidade dos bens do autor da herança, na pendência de regime de bens adotado no casamento e mantém o direito real de habitação.

Observadas essas limitações na sucessão do companheiro, dispõe o art. 1.790, I, CC/2002 que, se concorrer o companheiro sobrevivente com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Se concorrer com descendentes só do autor da herança, diz o art. 1.790, II, tocará ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada um daqueles. Se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais), terá direito a um terço da herança 1.790, III, Código Civil/2002.

O Código Civil de 2002 não erigiu o cônjuge apenas à condição de herdeiro necessário, mas a de herdeiro necessário privilegiado, pois concorre com os descendentes e com os ascendentes do “*de cujus*”.

Os descendentes ocupam o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, mas os cônjuges herdam em posição de concorrência, salvo se o regime for o da comunhão universal, o da separação obrigatória de bens ou se, no regime da comunhão parcial, o “*de cujus*” não houver deixado bens particulares, conforme o artigo 1829, I, CC/02.

Em concorrência com os descendentes, ao cônjuge cabe quota parte igual à dos descendentes que sucederem por cabeça, sendo-lhe reservada a quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, artigo 1832, CC/02.

Não havendo descendentes, somente ascendentes do “*de cujus*”, o viúvo herda em concorrência com os ascendentes. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau do falecido, o cônjuge tem direito a receber 1/3 (um terço) da herança, com ascendentes de grau mais elevado, ao cônjuge cabe metade da herança, artigo 1837, CC/02.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves

O direito à totalidade da herança, somente é reconhecido em favor do companheiro sobrevivente se não houver herdeiros sucessíveis. E continua o autor, contudo, a sucessão do companheiro restringe-se aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, por força do “caput” do artigo 1790. quer isto dizer que, se os bens da herança forem particulares do “*de cujus*”, nada será atribuído ao companheiro sobrevivente, pois serão herdeiros apenas os parentes sucessíveis, que vão até os colaterais de 4º grau. Ainda na falta desses parentes, nada poderá reclamar o companheiro quanto aos bens particulares do “*de cujus*”, que serão arrecadados como herança jacente, a converter-se em herança vacante, com adjudicação ao Município da localização dos bens. (2007, p.560)

Não se compreende a posição de concorrente com os demais parentes sucessíveis, os colaterais até 4º grau, dada ao companheiro pelo Novo Código Civil. Flagrante retrocesso presente no artigo 1790 do Novo “*Codex*” frente às disposições contidas nas Leis atinentes ao tema de 1994 e 1996. Pelo disposto na Lei 8971/94 o companheiro recebia a totalidade da herança na falta de ascendentes e descendentes.

Esse indevido rebaixamento do companheiro em relação ao cônjuge na capacidade de suceder é o cerne da crítica aqui proposta. À luz da Constituição Federal de 1988 é recomendada a proteção jurídica da união estável como forma alternativa de entidade familiar ao lado do casamento.

O entendimento aqui desposado é de que todas as entidades familiares têm como fim primordial a promoção da dignidade de seus membros, não há que se falar em primazia de uma entidade familiar em relação qualquer outra. Não existe hierarquia axiológica entre as entidades familiares, sendo inconstitucional a previsão de tratamento diferenciado em prejuízo de quaisquer destas entidades.

Ora, se a Lei Maior do Estado Brasileiro determina a proteção da entidade familiar, dizendo que tanto o casamento quanto a união estável são formadores da mencionada entidade, não cabe à legislação ordinária, infraconstitucional, diminuir tal proteção, sob pena de inconstitucionalidade material.

Nesse sentido o entendimento de Nossos Tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO.

A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais.

A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito.

Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite.

Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado.

Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade.

NEGARAM PROVIMENTO. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70009524612, Rel. Des. Rui Portanova, acórdão de 18.11.2004).

Neste mesmo sentido decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

CONCUBINATO. SUCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES. COMPANHEIRA. HERDEIRA UNIVERSAL DOS BENS DO FALECIDO. À COMPANHEIRA DEVE SER RECONHECIDO, ALÉM DO DIREITO À MEAÇÃO, O DIREITO A TODA HERANÇA DEIXADA POR SEU

COMPANHEIRO, QUE NÃO DEIXOU DESCENDENTES OU ASCENDENTES, A RIGOR DO ART. 2º, INCISO III, DA LEI 8.971/94. DECISÃO CONFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

Conheço do agravo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

E assim o entendo porque as preliminares, frente ao quanto contido nas fls. 12/24 e 83 e verso, assim como a literalidade do art. 526, parágrafo único, do CPC, não podem ser acolhidas.

É que, às fls. 12/24, os agravantes cuidaram em atender, satisfatoriamente, o art. 525, I, do CPC, já que juntaram eles os instrumentos de mandato, sendo que, de outro lado, a fl. 83 e verso atesta a tempestividade do agravo.

Quanto à alegação em torno do art. 526, parágrafo único, do CPC, é certo que a agravada não trouxe aos autos a prova do descumprimento do caput daquele preceptivo, como lhe competia fazer, pelo que REJEITO as preliminares.

No mérito, tem-se que se trata de agravo interposto da decisão exarada às fls. 70 e 74, que diante da reserva da totalidade dos bens do falecido em favor da agravada (fls. 203, 224 e 242, dos autos originais), e em vista de decisão do STJ, confirmando a sentença, que declarou a agravada a única herdeira do espólio.

Salientam os agravantes que a decisão agravada estaria violando o art. 467, 468 e 471, do CPC, já que o Juízo de primeiro grau estaria decidindo novamente, e de forma diferente, questões solvidas em sentença transitada em julgado - fls. 39/45.

Assim, todavia, não entendo.

É que a ação declaratória de sociedade de fato c/c meação de bens (fls. 28/36) determinou, à evidência, tal como o pedido formulado, a meação dos bens, diante do reconhecimento da existência de união estável.

Assim, a rigor do art. 2º, III, da Lei 8.971/94, reconhecida a união estável (fls. 39/45), em decisão confirmada por este TJMG (fls. 46/57) e pelo STJ (fls. 53/57) e, de resto, à múnica de descendentes ou ascendentes, a agravada, como o afirmou o Juízo de primeiro grau (fl. 70), passou a deter a condição de única herdeira do espólio.

E não há que falar em ab-rogação da citada norma legal pela ulterior edição da Lei 9.278/96, pois esta não tratou de sucessão entre companheiros, nem trouxe expressa revogação da Lei 8.971/94, que, assim, continua com eficácia plena.

Zeno Veloso, em seu artigo Direito de Família e a Necessidade de Alteração no Direito Sucessório, afirma:

"Sobre a união estável, já foram editadas duas leis: a de n. 8.971, de 1994, e a de n. 9.278, de 1996, ambas regulando a matéria, numa verdadeira 'inflação legislativa'. E tramita no Congresso um projeto de lei com vistas a reger o assunto; portanto, está em gestação uma terceira lei a respeito.

Fato é que a Lei n. 8.971/94 estabeleceu o direito sucessório entre companheiros, copiando a disciplina já existente quanto aos cônjuges, na forma seguinte: 1. o companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns (cf. art. 1.611, § 1º, do CC); 2. o companheiro sobrevivente terá direito, nas mesmas condições, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes ao falecido (cf. art. 1.611, § 1º, in fine); 3. na falta de descendentes e de ascendentes, ou seja, não havendo herdeiros necessários, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da **HERANÇA**, afastando, neste caso, da sucessão, os colaterais (irmãos, sobrinhos, tios, primos do falecido), regra simétrica ao art. 1.611, caput, do Código Civil.

Na ordem da vocação hereditária, mencionada no art. 1.603 do Código Civil, introduziu-se um novo personagem: o companheiro." (Cf. Repensando o Direito de Família Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família - Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira - Livraria Del Rey Editora Ltda. - 1.999 - pág. 62).

De outro lado, em decisão inteiramente aplicável à hipótese factual e de direito disciplina nos autos, dispõe o TJRS, verbis:

"União estável. Direito à **HERANÇA** e meação por parte do convivente. Não obstante ter findado a união estável (que perdurou ao longo de mais de vinte e um anos), antes do início da vigência da Lei 8.971/94, à **COMPANHEIRA** deve ser reconhecida, além do direito à meação, o direito a toda **HERANÇA** deixada por seu companheiro (que não deixou descendentes ou ascendentes), eis que as leis

posteriores à Constituição apenas vieram regulamentar a norma constitucional que dava nova feição ao concubinato, equiparando, de certo modo, a **COMPANHEIRA** à esposa legalmente casada. Desproveram o primeiro apelo, por maioria, vencido o Presidente que provia o recurso e, por unanimidade, não conheceram do segundo, por intempestivo." (AC. nº 596.056.267 - j. em 10.10.96 - 8ª CCTJRS - Rel. Des. Eliseu Gomes Torres - Jurisprudência TJRS, C. Cíveis, 1.998, v- 1, t-29, p. 34- 37)."

O r. despacho agravado bem examinou a matéria, e, assim, deve ser confirmado por seus próprios fundamentos, motivo pelo qual nego provimento ao agravo.

REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0428.05.930532-9/001, Rel. Des. Cláudio Costa, acórdão de 04.10.2005).

Assim, conforme se depreende do entendimento dos Tribunais pátrios, não há razão de ser para a diferenciação entre companheira e cônjuges no que tange aos direitos sucessórios. Flagrante a inconstitucionalidade de tal diferenciação, portanto, carecendo a mesma de ser rechaçada.

Se constitucionalmente há a equiparação das famílias matrimonializadas e famílias que se criaram a partir da união configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, a diferença de tratamento dispensada pelo artigo 1790 do Novo Código Civil ao companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge, é contrária aos anseios sociais, ferindo o espírito constitucional do artigo 226, § 3º da Carta Magna de 1988.

Tanto a família constituída pelo casamento como a de fato, formada pela união estável entre homem e mulher, merecem a mesma proteção legal, por respeito ao princípio da igualdade. Desta feita, não cabe o tratamento desigual na seara sucessória conferida pelo Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se que, apesar do evidente progresso representado pelo reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, ainda há o que se adequar na legislação infraconstitucional.

O tratamento dispensado aos companheiros quanto aos direitos sucessórios é flagrantemente inconstitucional por desrespeitar a igualdade determinada no art. 226, §3º da Carta Magna de 1988, o qual equiparou a entidade familiar formada pelo casamento e pela união estável.

Ora, tendo companheiros e cônjuges os mesmos deveres, quanto à constituição e manutenção da relação de união ou casamento, devem ter os mesmos direitos. Não se pode alegar que tratam-se os desiguais desigualmente na medida em que se desigalam. Cônjuges e companheiros se apresentam em situações fáticas de pura semelhança, são partes formadoras da entidade base da sociedade brasileira, a família, merecedores, portanto, da mesma proteção estatal, seja quanto aos direitos de cunho pessoal quanto no que tange aos direito patrimoniais.

Ao relegar o companheiro a segundo plano quanto aos direitos sucessórios andou mal o legislador, ferindo de inconstitucionalidade material o art. 1790 do Código Civil de 2002.

Portanto, faz-se necessária a adequação aos ditames constitucionais, visando não somente sanar a patente inconstitucionalidade presente no tratamento diferenciado explanado, mas também, e, principalmente, satisfazer plenamente o anseio da sociedade pelo tratamento igualitário, visto que, a Legislação Maior de um país representa a vontade do povo deste que é, apenas, exprimida por seus representantes, mas não se separando do mesmo.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A união estável no novo Código Civil. Disponível in: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580> > acesso em maio de 2008.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. v. 5.

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

_____. **Direito Civil Brasileiro**., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. VI

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004. v 2.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável Do Concubinato ao Casamento** – Antes e depois do Novo Código Civil: 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do casamento. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Direito de Família, , 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.VI