



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO
CIVIL DE 2002**

TIAGO GARCIA GOMES

**LAVRAS-MG
2011**

TIAGO GARCIA GOMES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO
CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte
das exigências do curso de
graduação em Direito.

ORIENTADORA

Prof^a. Walkíria Oliveira Castanheira

**UNILAVRAS
LAVRAS-MG
2011**

TIAGO GARCIA GOMES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO
CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte
das exigências do curso de
graduação em Direito.

APROVADA EM ___/___/_____

Prof^a. Walkíria Oliveira Castanheira - UNILAVRAS

Prof^a. Patrícia Felizalle Guimarães - UNILAVRAS

ORIENTADORA

Prof^a. Walkíria Oliveira Castanheira

**UNILAVRAS
LAVRAS-MG
2011**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela sua bênção, proteção e pelo anseio na realização deste estudo.

Agradeço aos meus amados pais, em especial a minha mãe Magda, que com fé e perseverança me mostrou que é possível “vencer”.

Agradeço aos meus irmãos Larissa, Raissa e, em especial, o Diogo, pelos conselhos e omissões em suas vidas para que eu pudesse perseverar nos estudos.

Agradeço aos meus amigos e aos colegas de sala pela convivência amigável e pelas festas.

Agradeço a minha orientadora, Prof^a. Walkíria, pelos ensinamentos e diálogos e a Prof^a. Patrícia pela ajuda na realização e dos trabalhos de seus alunos, sobretudo este, o meu eterno agradecimento.

Sem vocês, nada seria possível. Obrigado!

“Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.”

(Francisco Cândido Xavier)

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

APDF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

DF – Distrito Federal

p. – Página

§ - Parágrafo

RJ – Rio de Janeiro

STF - Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Gomes, T. G. A Inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002. 2011. 33 f. Monografia (Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito* - Centro Universitário de Lavras, Lavras, 2011).

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002. Sua escolha foi determinada em função da flagrante inconstitucionalidade do referido artigo, uma vez que o companheiro(a) é manifestamente prejudicado na sucessão do outro, no que tange aos bens adquiridos na vigência da união estável. Nesse ínterim, realizou-se pesquisa bibliográfica com intuito de elucidar acerca do histórico da união estável, seu conceito, suas características e impedimentos, os seus efeitos patrimoniais para o casal, as diretrizes do contrato de convivência, a possibilidade de pleitear os alimentos, a faculdade de convertê-la em casamento e os seus aspectos atuais relevantes. Relatou-se ainda, sobre o companheiro como herdeiro legítimo, a concorrência sucessória, o direito real de habitação e a vocação hereditária. Finalmente, discorreu-se a respeito da sucessão do companheiro com os descendentes, ascendentes e parentes colaterais. Após a análise sagaz de todo conteúdo exposto neste estudo, constatou-se a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: união estável; art. 1.790, do Código Civil de 2002, sucessão; inconstitucionalidade.

*Comitê Orientador: Prof^a. Walkíria Oliveira Castanheira - (Orientadora), Prof^a. Patrícia Felizalle Guimarães - UNILAVRAS.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 REVISÃO DE LITERATURA	9
2.1 Conceito da União Estável	9
2.1.1 Visão histórica	10
2.1.2 Características e Impedimentos	15
2.1.3 Efeitos patrimoniais	17
2.1.4 Contrato de convivência	18
2.1.5 Alimentos.....	18
2.1.6 Conversão em casamento.....	19
2.1.7 Aspectos atuais	20
2.1.8 Companheiro como herdeiro legítimo	21
2.1.9 Concorrência sucessória	23
2.1.10 Direito real habitação.....	23
2.1.11 Vocação hereditária e Ordem de vocação hereditária	24
2.1.12 Concorrência do companheiro	24
2.1.13 Concorrência com os descendentes	25
2.1.14 Concorrência com os ascendentes	27
2.1.15 Concorrência com os parentes colaterais	27
2.1.16 Decisões jurisprudenciais.....	28
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	30
4 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

1 INTRODUÇÃO

Após o advento da Lei 8.971/94, inclui-se expressamente o parágrafo 3º, no artigo 226, da Constituição Federal, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, desde que existente lapso temporal de cinco anos e prole.

Com a promulgação da Lei 9.278/96, a necessidade do lapso temporal acima citado, bem como a existência de prole, não foi mais exigida, passando a ser necessária somente a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com o intuito de constituir família, para que fosse caracterizada a união estável.

Desse modo, como o direito acompanha a evolução da sociedade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu recentemente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ, a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Como os companheiros que se relacionam em união estável passaram a adquirir bens patrimoniais por esforço comum do casal, heterossexual ou homoafetivo, é que se vislumbrou a imperiosidade de regulamentar como seria a sucessão, em caso de morte de um dos companheiros.

Neste contexto, é que foi inserido no Código Civil de 2002, o artigo 1.790, justamente com o intuito de regular a sucessão de um companheiro quando da morte do outro.

Porém, como se verá no decorrer do presente estudo, o citado dispositivo legal, coloca o companheiro em manifesta desvantagem, ao passo que concorre sucessoriamente com descendentes, ascendentes e parentes colaterais.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Conceito da União Estável

Extrai-se das palavras alinhavadas abaixo o conceito de união estável:

A palavra 'união' expressa ligação, convivência, junção, adesão; já o vocábulo 'estável' tem o sinônimo de permanente, duradouro, fixo. A expressão corresponde, pois, à ligação permanente do homem com a mulher, desdobrada em dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento (RIZZARDO, 2007, p. 891).

Assim, pode-se dizer sucintamente que a união estável é a convivência entre pessoas, seja de sexo diferente ou não, que têm o intuito de constituir família.

DIAS citado por CARVALHO (2009, p. 247 e 248), dizia:

Orienta que não é fácil conceituar união estável, um tema sujeito a tantas transformações sociais e culturais, pois, começa e termina por entender o que é família, também de difícil conceituação, ao deixar de ser núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de afeto e de amor. Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que surgem dessa relação, deixando, com isso, aos poucos, de ser união livre para ser união amarrada às regras impostas pelo Estado. O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado, inexistindo hierarquia entre os dois institutos, apesar do desdém do legislador para com a união estável, disciplinando seus aspectos pessoais e patrimoniais em apenas quatro escassos artigos (arts. 1.723 a 1.726, CC) e o direito sucessório em apenas um artigo (art. 1.790, CC), conferindo tratamento desigual, desastroso e inconstitucional. O casamento e a união estável têm origem no elo afetivo, existindo quase uma simetria entre as duas estruturas de convívio. A divergência ocorre só no modo de constituição, pois enquanto o casamento se realiza no momento da celebração (art. 1.514, CC), a união estável não tem termo inicial estabelecido, nascendo da consolidação do vínculo de convivência, de comprometimento mútuo, entrelaçamento de vidas e embaralhar de patrimônio.

Dessa forma, o conceito de união estável segue a evolução da sociedade, sendo equiparada ao casamento.

Que a tarefa de saber se trata ou não de união estável não é da lei, é, mas sim do Judiciário. Só ele pode avaliar a vontade dos companheiros, com as provas e nuances trazidas aos autos, se foram ou não estiladas através de contrato escrito (BIRCHAL, 2008, p.128).

Portanto, ficará a cargo do Poder Judiciário, através das provas trazidas aos autos, a decisão da união estável entre os companheiros.

Conforme Carvalho (2009), o Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, reconhece a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

2.1.1 Visão histórica

Conforme Dias (2009), o Código Civil de 1916, tinha como propósito a proteção da família e com isto, foi omissivo em regular as relações extramatrimoniais, que sempre existiram.

Continua a autora em seu entendimento, que no Brasil, até 1977 não existia o divórcio, sendo que o desquite era a única forma de separação, mas, mesmo assim, não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento.

Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações destituídas de amparo legal. Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade. As uniões, surgidas sem o selo do matrimônio, eram identificadas com o nome de concubinato. Quando de seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater às portas do Judiciário. Os primeiros julgados, que impulsionaram a construção de uma doutrina concubinária, são da década de 60. As soluções encontradas regravam tão-só os efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir aberrantes injustiças (DIAS, 2009, p. 158).

Dessas relações sem amparo legislativo, e a partir dos acontecimentos na sociedade, surge a união estável, que naquela época era denominada de concubinato.

Diante de tal realidade social e da inércia do legislador ao longo dos anos, coube à jurisprudência solicitar os direitos dos companheiros, especialmente quanto à partilha dos bens adquiridos em nome de apenas um, mas com esforço comum, evitando o enriquecimento

ilícito, desaguando na edição da Súmula 380 do STF, *que dispunha que comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum* (CARVALHO, 2009, p. 249).

Conforme Carvalho (2009), para que a companheira tivesse direito nos bens, era necessária a sua participação na aquisição do bem e não tendo a sua participação, ela recebia uma indenização pelos serviços prestados, com o fundamento da inadmissibilidade do enriquecimento sem causa, princípio previsto no art. 964 do CC/1916 e no Código atual no art. 876, dispondo que *todo aquele que recebe o que não lhe era devido fica obrigado à restituição*.

Até então, a companheira não tinha direitos sucessórios, direito real de habitação aos bens do companheiro falecido e direitos a alimentos.

No mesmo sentido, o autor aduz que, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º, reconheceu o concubinato como entidade familiar, dispondo que 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.

A partir da norma constitucional começou-se a pensar na elaboração de leis para regulamentar o concubinato, sendo apresentados vários projetos, entre eles o que foi aprovado em 12.12.1994 e se transformou na Lei 8.791/94, regulando o direito dos companheiros a alimentos e sucessão e exigindo prazo mínimo de cinco anos de convivência ou existência de prole para caracterizá-lo. Sem nenhuma referência ou conexão ao anterior, em 13.05.1996 foi aprovado outro projeto, transformando-se na Lei 9.278/96, regulando o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Apresenta novos conceitos e requisitos para a caracterização da união estável, sem estabelecer prazo ou existência de prole, regula a partilha dos bens em caso de dissolução, reconhece o direito a alimentos, instituiu direito real de habitação ao companheiro sobrevivente e remete à competência do Juízo de Família toda a matéria relativa à união estável (CARVALHO, 2009, p. 250).

Pode-se notar o Poder Legislativo se amoldando a sociedade, pois, existia lapso temporal para caracterizar a união estável e atualmente, este lapso é inexistente, bastando apenas à convivência pública, contínua e duradoura.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, e da Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental nº 132-RJ, relatadas pelo Ministro Ayres Britto, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, conferindo a eles, os mesmos direitos dos casais heterossexuais, como: direito a pensão alimentícia, inclusão no plano de saúde, adoção e registro de filhos, direito a herança por morte do companheiro, entre outros.

Segue abaixo, a síntese dos julgados:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA

JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (STF, Reconhecimento da união estável homoafetiva. ADI 4.277 e APDF 132. Rel. Ayres Britto, Brasília-DF, 05 de maio de 2011).

O Código Civil de 2002, no Título III, regulamentou a união estável nos arts. 1.723 a 1.727 como segue:

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.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.

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

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

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (BRASIL, 2002).

Como se nota nos artigos supracitados, não é mais estabelecido prazo para a sua configuração, e confere aos companheiros, direito a alimentos, partilha de bens e direitos sucessórios.

2.1.2 Características e Impedimentos

São elementos impostos para a caracterização da união estável: a convivência pública, contínua e duradoura de um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família, não necessitando de prazo.

É certo, no entanto, que o período de convivência não poderá ser efêmero ou curto. Para a caracterização da união estável, necessária a sua duração por alguns anos, revelando-se consolidada no tempo, de modo a se apresentar como uma entidade familiar firme, estabelecida e duradoura. Não se tem como consolidado aquilo que não é sólido, e só se considera sólido o que ficou solidificado, isto é, pela ação do tempo, dos anos, se tornou seguro, firme, ficou duro, estável, imbatível (RIZZARDO, 2007, p. 895).

Assim, é necessária que a união seja solidificada no decurso do tempo, para que seja considerada como estável.

Em relação às características da união estável:

Os autores não são unânimes, mas obedecendo os requisitos legais e os apresentados pela Procuradora de Justiça mineira e Professora, Gisela Potério dos Santos Saldanha, em suas anotações de direito de família, pode-se apresentar os seguintes elementos essenciais:

- a) *dualidade de sexos* - os companheiros têm que ser homem e mulher, não se admitindo relações homoafetivas em razão da exigência constitucional, o que não veda o reconhecimento como uma outra espécie de entidade familiar e direitos entre os parceiros;
- b) *ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros ou com terceiros* - pois, neste caso seriam casados; entretanto, se o casamento foi invalidado (nulo ou anulado), casaram-se apenas no religioso ou continuavam vivendo juntos apesar de desquitados, caracteriza-se união estável. No caso dos parceiros serem casados com terceiros, desde que separados de fato, também configura união estável (art. 1.723, § 1º, parte final, CC);

- c) *convivência duradoura e contínua* - as relações sexuais devem perdurar no tempo, pois relações sexuais eventuais e precárias não ensejam o reconhecimento da união estável. Apesar do Código Civil não dispor sobre prazos, a jurisprudência tem exigido permanência e estabilidade na convivência, um prazo mínimo deve ser observado em face do caso concreto, analisando, entre outras, as circunstâncias, a idade dos parceiros, a existência de filhos para demonstrar a existência de uma vida comum, o objetivo de permanência, de durabilidade na convivência;
- d) *honrabilidade* - é traduzido pela doutrina como respeito entre os conviventes, incluindo os direitos e deveres previstos no art. 1.724, do Código Civil, como respeito, lealdade, consideração mútua, assistência moral e material recíproca, criação e educação dos filhos. É o vínculo afetivo para fins de família;
- e) *notoriedade de afeições recíprocas* - a convivência não pode ser em segredo, às escondidas. A doutrina, porém, não exige ampla *publicidade*; basta que seja notória entre os círculos de amizade, relacionamentos, vizinhança e familiares, admitindo-se um meio termo entre a publicidade ampla como no casamento (publicação de editais) e a discrição do casal;
- f) *fidelidade presumida* - apesar de divergências, a posição majoritária é a exigência de fidelidade, especialmente da mulher face à presunção da paternidade quanto ao filho havido durante o relacionamento, a legislação, todavia, substituiu o dever de fidelidade pela lealdade;
- g) *coabitação* - é necessário a vida em comum, sendo inadmissível o simples namoro e relações passageiras sem qualquer compromisso. A coabitação é entendida como o objetivo de constituição de família. A jurisprudência não exige que os companheiros vivam sob o mesmo teto, admitindo que residam em locais diferentes (p. ex. em razão de viagem, profissão e doença), tanto que a Súmula 382 do STF dispõe que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato puro;
- h) *inexistência de impedimentos absolutos* exigidos para o casamento (art. 1.723, § 1º, CC), não incluindo entre eles as pessoas casadas, mas separadas de fato. A presença de impedimentos absolutos para o casamento exclui a configuração do relacionamento afetivo como união estável, agasalhada sob o manto da lei, caracterizando concubinato (CARVALHO, 2009, p. 252 e 253).

Nota-se, que além dos elementos essenciais como a convivência pública, contínua e duradoura, são necessários outros elementos para que a união estável seja caracterizada.

Os impedimentos estão elencados no art. 1.521 do CC:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II – os afins em linha reta
- III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;
VI – as pessoas casadas;
VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

Assim, as pessoas que queiram formar união estável, mas são impedidas por lei, não podem.

2.1.3 Efeitos patrimoniais

O Código Civil em seu art. 1.725, dispõe que “(...) salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens” (BRASIL, 2002).

Desta maneira:

Todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum, adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais. Instala-se um estado de condomínio entre o par. Tudo há que ser dividido. A presunção de propriedade do titular aparente no registro não é mais absoluta, e o companheiro é patrimonialmente equiparado ao cônjuge. Adquirido o bem por um, transforma-se em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a co-titularidade do outro (DIAS, 2009, p. 170).

Assim, os bens adquiridos pelos companheiros na vigência da união estável, são considerados bens de esforço comum, e caso esta união venha a se dissolver, este é partilhado.

Conforme Carvalho (2009), o art. 1.659 do CC elenca os bens que não entram na comunhão, excluindo do condomínio os bens adquiridos por título gratuito (doação, herança, legado); os sub-rogados como o produto de bens anteriores ao início da união; as obrigações anteriores ao casamento e as provenientes de atos ilícitos, salvo, neste caso, se foi em proveito do casal; os bens de uso pessoal; os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho de cada um, as pensões e rendas semelhantes.

2.1.4 Contrato de convivência

Conforme Dias (2009), o regime de bens na união estável decorre da convivência entre os companheiros, presumindo que houve esforço comum de ambos em adquiri-los, não importando se o bem está registrado no nome de um ou de outro. Deste modo, a qualquer tempo (antes, durante, ou depois de solvida a união), os companheiros podem regular da maneira que bem entenderem as questões patrimoniais.

DIAS citado por CARVALHO (2009, p. 255), dizia:

Leciona, todavia, que o contrato de convivência trata-se de pacto informal e pode tanto constar de escrito particular como de escritura pública, ser levado ou não a inscrição, registro ou averbação. Ressalta, porém, que a Lei de Registros Públicos é anterior à regulamentação da união estável e, portanto, não regula o registro de seu contrato, sendo prudente o registro no Cartório de Títulos e Documentos (art. 127, VII, Lei 6.015/73), para conservar o documento, e no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, II, 1, LRP), para produzir efeitos quanto a terceiros quando houver disposições sobre bens imóveis. Diverso do casamento, na união estável não é imposto o regime de separação obrigatória de bens, possibilitando ser firmado contrato mesmo se os conviventes possuírem mais de sessenta anos ou presentes causas de suspensão do casamento, mas são nulas as convenções que contravenham disposição absoluta da lei. Admite-se, estipulação de indenização pelo fim do relacionamento. O contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais, assim sua eficácia está condicionada à caracterização da união. O contrato pode ser firmado a qualquer tempo, antes, durante e depois da dissolução da união estável, agregando efeito retroativo. Pode, ainda, ser modificado ou revogado, desde que por vontade expressa de ambos os companheiros.

Desse modo, há duas maneiras de se reconhecer a união estável: pela convivência ou pelo seu registro em cartório.

2.1.5 Alimentos

Os cônjuges têm direito aos alimentos, assim, os companheiros também os tem.

O atual Código Civil incluiu o(a) companheiro(a) entre os parentes e o cônjuge, conferindo o direito de pleitear alimentos para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive, se for o caso, para

atender às necessidades de sua educação, ao dispor no art. 1.694 que *podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação* (CARVALHO, 2009, p. 256).

Dessa maneira, os companheiros podem pleitear alimentos para sua subsistência.

Conforme Carvalho (2009), para a fixação dos alimentos é necessário observar o binômio, necessidade x possibilidade, verificando, a proporcionalidade entre a necessidade do alimentado em receber os alimentos e a possibilidade do alimentante em pagá-los.

De acordo com Dias (2009), vale lembrar, que o dever de alimentar na união estável não é só entre os companheiros, pois, o art. 1.595 § 2º do CC, dispõe, que dissolvida a união, o vínculo de afinidade em linha reta, persiste.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

(...)

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável (BRASIL, 2002).

Assim, “tanto o ex-companheiro pode pedir alimentos ao pai do ex-companheiro, como este pode pedir alimentos àquele” (DIAS, 2009, p. 183).

Conforme Carvalho (2009), tanto no casamento, como na união estável, não mais se discute a culpa na dissolução da relação, fixando-se, os alimentos somente na necessidade do alimentado e na possibilidade do alimentante.

Portanto, os companheiros podem pedir alimentos entre si, entre os ascendentes dos ex-companheiros e depois de dissolvida a união estável, não se discutindo a culpabilidade.

2.1.6 Conversão em casamento

Dispõe o § 3º do art. 226, da Constituição Federal, que “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, 1988).

O Código Civil, em seu art. 1.726, dispõe que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (BRASIL, 2002).

Em síntese, o pedido endereçado ao juiz de direito de qualquer das varas de família, com a devida distribuição, conterà os dados necessários para o casamento, com a finalidade de ordenar o juiz o devido processamento, se alguma diligência não se fizer necessária, sempre com a participação do Ministério Público. Constatando o preenchimento dos requisitos, determinará o seguimento do feito já perante o oficial do Registro Público, onde se faz a lavratura de proclamas mediante a publicação de editais, a fim de que sejam opostos possíveis impedimentos (RIZZARDO, 2007, p. 921).

Dessa maneira, o juiz decidindo a favor da conversão, e não se apresentando os impedimentos elencados no art. 1521 do CC, será lavrado o termo em livro próprio.

“O sentido prático da transformação da união estável em casamento seria para estabelecer seu termo inicial, possibilitando a fixação de regras patrimoniais com efeito retroativo” (DIAS, 2009, p. 178).

Recentemente, o STF, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e como já era de se esperar, já existem demandas de casais homoafetivos, pedindo a conversão da união estável em casamento.

2.1.7 Aspectos atuais

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 § 3º, reconhece a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, para efeitos de proteção do Estado.

O Código Civil de 2002, na parte especial do Livro IV, que trata do Direito de Família, em seus arts. 1.723 a 1.727 reconhecem a União Estável e no Livro V, que trata do Direito das Sucessões, em seus arts. 1.784 a 1.790 elencam os efeitos do direito sucessório na União Estável, como segue:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

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

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

O Supremo Tribunal Federal, com o decorrer do lapso temporal, veio se adaptando aos costumes da sociedade, reconhecendo a União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

2.1.8 Companheiro como herdeiro legítimo

É neste tópico que se observa a total inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC.

No atual Código Civil o cônjuge foi promovido à condição de herdeiro necessário (CC 1.845), mas o companheiro não. O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O seu direito é garantido, faz jus à legítima, ou seja, à metade do acervo que integra a herança. Assim, quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes ou ascendentes, a herança obrigatoriamente é transmitida ao sobrevivente. O companheiro da união estável não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário (CC 1.790). Como herdeiro

facultativo pode imotivadamente ser excluído da sucessão (CC 1.850) (DIAS, 2008, p.69).

Nota-se, a flagrante desigualdade entre os direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro, sendo garantido ao companheiro à metade dos bens, quando, adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.

O legislador de modo desastroso confunde herança com meação. É que a herança se constitui da meação do falecido sobre os aquestos e mais os seus bens particulares e os recebidos por herança. Mas o sobrevivente participa da sucessão somente quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável. A doutrina vem abrandando esta injustiça enorme e sustenta que o companheiro é herdeiro necessário especial ou *sui generis*, sob o fundamento de que a lei reservou a ele uma fração dos bens adquiridos onerosamente pelo casal durante a união. O que salva o companheiro é a concorrência sucessória que, ao fim e ao cabo, o transforma em herdeiro necessário, ao menos sobre uma fração de bens (DIAS, 2008, p. 69).

Desse modo, fica mais evidente a distância sucessória do companheiro em relação ao cônjuge.

O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária. Pelo jeito, a lei considera que no casamento o amor é mais intenso do que na união estável. Supõe que os companheiros têm mais afeto pelos parentes colaterais. Isso porque o cônjuge tem preferência sucessória. É convocado antes dos irmãos, tios, sobrinhos e primos. Estes, no entanto, antecedem o companheiro na hora de herdar. Esta diferenciação de tratamento – que não existia na legislação pretérita – configura injustificável retrocesso social e gera flagrante discriminação entre casamento e união estável (DIAS, 2008, p. 69 e 70).

Assim, pode-se notar que a total desigualdade entre a união estável e o casamento.

Conforme Dias (2008), para reconhecer o companheiro como herdeiro, é necessário o convívio até o falecimento de um e sendo dissolvida a união, o direito hereditário entre os companheiros é cessado. Mas, de qualquer maneira, o direito à meação dos bens adquiridos por ambos os companheiros é garantido, não importando o tempo em que o casal se encontrava separado.

2.1.9 Concorrência sucessória

Conforme Dias (2008), apesar do tratamento concedido à união estável, o companheiro ao menos, foi contemplado com o direito à concorrência sucessória, lhe assegurando fração da herança do falecido, mesmo existindo herdeiros.

Ainda assim, o companheiro não goza do mesmo tratamento conferido ao cônjuge sobrevivente. Esta desequiparação é fonte de injustiças que a justiça não pode tolerar. Além de não garantir quota mínima ao convivente, o tratamento discriminatório é muito mais perverso. Como foi colocado em último lugar na ordem de vocação hereditária, concorre com os colaterais quanto aos bens comuns. Só tem direito à integralidade da herança se o *de cujus* não tem parente algum. Se tiver um único sobrinho-neto, este recebe dois terços dos aquestos e a totalidade dos demais bens. Ao companheiro cabe a acanhada porcentagem de um terço do patrimônio amealhado onerosamente durante o período de convívio (DIAS, 2008, p. 71).

“O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial” (DIAS, 2008, p. 71).

2.1.10 Direito real de habitação

Como pode se verificar abaixo, o Código Civil não reconhece o direito de habitação ao companheiro sobrevivente, porém, a doutrina é majoritária, entendendo que prevalece o disposto na Lei 9.276/96.

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação independente do regime de bens no casamento (CC 1.831). Porém, olvidou-se de reconhecer o mesmo benefício ao companheiro sobrevivente. O cochilo da lei, no entanto, não permite que se afaste o direito do companheiro de continuar na posse do bem que servia de residência à família. Dois fundamentos autorizam sua concessão. O primeiro é de ordem constitucional. Reconhecidos o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado, não se justifica tratamento diferenciado em sede infraconstitucional (CF 226 § 3º). Descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz. Fora isso, a lei que regulou a união estável expressamente assegurou o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente (L 9.278/1996 7º) (DIAS, 2008, p. 72).

Na mesma linha de entendimento:

O Código Civil é silente quanto ao direito real de habitação, entretanto, predomina o entendimento de que não revogou a Lei 9.278/1996, assim, o sobrevivente terá direito ainda de residir no imóvel comum destinado à residência enquanto não constituir nova união ou casamento (art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96) (CARVALHO, 2009, p. 258).

2.1.11 Vocação hereditária e Ordem de vocação hereditária

Quando se afirma que uma pessoa tem vocação hereditária significa que possui legitimidade para suceder, também chamada de capacidade sucessória. À vocação hereditária se destina o Capítulo III, do Título I, do Livro destinado ao Direito das Sucessões. (...) Na sucessão legal, a vocação hereditária é concedida a quem é nascido ou concebido no momento da abertura da sucessão, nos moldes do disposto no art. 1.798 do Código Civil. No entanto, a lei que rege a vocação hereditária pode não ser a mesma da sucessão, pois, segundo o art. 10, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é a lei do domicílio do herdeiro ou legatário que regula a capacidade para suceder. Já a lei que disciplina a ordem da vocação hereditária é a lei vigente no momento e no local da abertura da sucessão, ou seja, no último domicílio do *de cuius*, segundo o art. 1.785 c/c o art. 1.787 do Código Civil.

Assim, com o falecimento de alguém, primeiro se verifica se há herdeiros sobreviventes segundo a ordem legal da vocação hereditária estabelecida pela lei do último domicílio do *de cuius*. Uma vez que seja apurado que determinada pessoa tem qualidades que a colocam na ordem de vocação, isto é, que tem a qualidade de herdeiro, é preciso, ainda, saber se esta pessoa tem vocação hereditária ou, se preferir, legitimidade para suceder ou, ainda, capacidade sucessória, segundo a legislação do domicílio do herdeiro (MEIRELES, 2008, p. 653 e 654).

2.1.12 Concorrência do companheiro

O companheiro terá direito de participação na sucessão de seu parceiro, somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

A grande novidade trazida pelo Código Civil foi privilegiar não só o cônjuge, mas também o companheiro da união estável com o direito à concorrência sucessória. Porém, de forma absolutamente desarrazoada, o mesmo direito concedido a cônjuges e companheiros tem distinta dimensão e, partindo de pressupostos diversos, chega a resultados diferenciados. O companheiro participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união

estável (CC 1.790). A base de cálculo são os aquestos, tanto para apurar sua meação quanto para identificar a quota sucessória concorrente. No mesmo local onde fez sua meação, o convivente fará sua sucessão, concorrendo com os descendentes, ascendentes e demais parentes sucessíveis.

Apesar de o *caput* do artigo revelar a intenção de limitar o direito do companheiro aos bens que ajudou a amealhar, todas as referências feitas nos incisos são à herança, pois, esta é que serve de base para calcular a quota dos descendentes e ascendentes: a meação do falecido, os seus bens particulares, as doações e os direitos sucessórios que recebeu.

No momento em que foi assegurado também ao companheiro o direito de concorrência, acabou ele por ser elevado à condição de herdeiro necessário com relação à fração da herança que recebe juntamente com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária. Mesmo não incluído no rol dos herdeiros necessários (CC 1.825), mister reconhecer que o companheiro, ao ser contemplado com fração da herança a título de herdeiro concorrente, ao menos em parte tornou-se herdeiro necessário (DIAS, 2008, p. 174).

O Código Civil inovou, ao inserir o companheiro na concorrência sucessória, mas outorga a ele, direitos totalmente desiguais em comparação com o cônjuge.

2.1.13 Concorrência com os descendentes

O tópico aborda a sucessão do companheiro concorrendo com filhos comuns, filhos do companheiro falecido e a chamada filiação híbrida (filhos comuns e filhos do companheiro falecido).

Na sucessão do cônjuge a lei fala em “descendentes”. Já quando trata da sucessão na união estável, usa a palavra “filhos”, que são parentes em linha reta, descendentes de primeiro grau. Mas tal imprecisão não afeta o direito de concorrência do companheiro. Seu direito não se altera se os herdeiros forem os filhos, os netos ou os bisnetos do autor da herança (...).

Na concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes existem duas regras. Primeira: o companheiro recebe parte igual a seus filhos. Herda como se fosse um deles. Segunda: os filhos somente do falecido recebem o dobro do quinhão do companheiro sobrevivente. Os enteados fazem jus a uma quota dupla e o sobrevivente a uma quota simples. É o que diz a lei (CC 1.790): I – se o companheiro sobrevivente concorrer com prole comum, tem direito ao mesmo atribuído a cada filho; II – se os herdeiros forem somente filhos do autor da herança, o companheiro tem direito à metade do valor destinado a cada um.

Desse modo, se todos os herdeiros forem filhos do casal, a fração que recebe o companheiro é igual a de seus filhos, uma vez que a herança é dividida por cabeça entre todos: conta-se como se fosse

mais um filho. Portanto, se há um filho, a herança é dividida por dois. Sendo dois filhos, eles recebem dois terços da herança, e o companheiro um terço. O mesmo ocorre se forem três os filhos: cada um recebe uma quarta parte, e assim por diante. A divisão é sempre igual entre os filhos e o seu genitor.

Quando os herdeiros são filhos somente do autor da herança, eles recebem o dobro do companheiro sobrevivente. Ou seja, ele faz jus à metade do que recebe cada um dos enteados. Para proceder à partilha, o jeito é multiplicar por dois o número de filhos e somar mais um, que é a fração do parceiro. Assim, se dois forem os filhos, a herança precisa ser dividida por cinco, recebendo cada filho duas partes e o companheiro uma parte.

No entanto, a lei é omissa quanto a chamada filiação híbrida, isto é, quando há filhos exclusivos do autor da herança e herdeiros que são filhos dele e do parceiro sobrevivente. Não há qualquer indicação sobre o modo de calcular o direito de concorrência, já que ao companheiro é concedida parcela diferenciada, a depender da existência ou não de vínculo de filiação com os herdeiros.

Em sede doutrinária há inúmeras propostas e várias são as soluções apresentadas. Há quem sustente que na filiação híbrida a herança deve ser dividida igualmente entre todos, incluindo o companheiro e aplicando-se o inciso I do art. 1.790 do CC. Isso porque, a regra legal não exige que todos os filhos sejam comuns para conceder ao convivente direito de concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido.

Parcela outra da doutrina afirma que o convivente só em direito de participar como se fosse mais um filho, caso todos os descendentes sejam comuns. Havendo filiação híbrida, é como se todos fossem filhos exclusivos do autor da herança; aplica-se apenas o CC 1.790 II. Assim, cada filho recebe o dobro do parceiro sobrevivente. Esta solução prestigia os filhos, visto que sua participação cresce quando o convivente passa a concorrer como se fosse meio filho.

A posição que vem predominando é a que propõe uma composição entre as duas hipóteses legais, de modo a preservar o direito do sobrevivente sem desrespeitar a norma constitucional que impede discriminação entre filhos (CF 227 § 6º). Concorrendo o companheiro sobrevivente com filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, se a maioria da prole for comum, o companheiro deve receber, proporcionalmente, quantia que se aproxima da parcela destinada a cada filho. E, se for maior o número de enteados, menor o quinhão do padrasto. Para chegar a uma homogeneidade de resultados são necessários complicadíssimos cálculos algébricos. É o único jeito de identificar a parcela de cada um, conforme a quantidade de descendentes, comuns ou não, sem afrontar o direito do companheiro sobrevivente. Esta equação passou a chamar-se “Fórmula Tusa”: média ponderada que aumenta a participação do convivente quanto maior for o número de filhos comuns. No caminho inverso, diminui a participação do convivente na medida em que é maior o número de filhos exclusivos do *de cuius*. Com isso atende-se, de uma só vez, aos incisos I e II do art. 1.790 do CC (DIAS, 2008, p. 175 e 176).

Nota-se, que quando o companheiro concorre com filhos comuns, ele recebe a mesma fração, e concorrendo com os filhos do companheiro falecido, os filhos recebem o dobro da herança.

Agora, em relação, a filiação híbrida, a doutrina apresenta várias soluções, e a que predomina e a junção das duas hipóteses acima citadas, sendo que para chegar a uma conclusão, é necessário utilizar a “Fórmula Tusa”: se o número de filhos comuns for maior, o companheiro tem uma participação maior na herança e quando for o contrário, a sua participação é diminuída.

2.1.14 Concorrência com os ascendentes

Neste tópico, verifica-se, a concorrência do companheiro com os pais e até os avôs e bisavôs do companheiro falecido.

Ao concorrer com os ascendentes do companheiro falecido, o quinhão do sobrevivente é sempre igual: $\frac{1}{3}$ dos aquestos (CC 1.790 III).

Quando a concorrência se dá com ambos os genitores do falecido, cada um deles recebe $\frac{1}{3}$ e mais a integralidade dos bens particulares do filho falecido. Na concorrência com só um dos pais, este fica com $\frac{2}{3}$, e o companheiro permanece somente com a terça parte dos aquestos. Mesmo quando os ascendentes forem de graus mais distantes (avôs ou bisavôs do falecido), permanece igual o direito do companheiro, independente do número de ascendentes.

Excluída a fração do companheiro, o restante da herança é dividido pela linha de ascendência paterna e materna. Recebem os antecedentes vivos. Assim, se os herdeiros forem os quatro avôs e o falecido vivia em união estável, o parceiro vai receber $\frac{1}{3}$ dos bens comuns, enquanto cada um dos avôs $\frac{1}{6}$ dos aquestos e mais os bens particulares, que serão divididos somente entre os quatro. E, se forem dois avôs paternos e um materno, este recebe $\frac{1}{3}$ e cada um dos avôs paternos $\frac{1}{6}$ (DIAS, 2008, p. 181).

Assim, independentemente da quantidade de ascendentes, o companheiro sempre irá receber $\frac{1}{3}$ (um terço) dos aquestos.

2.1.15 Concorrência com os parentes colaterais

Trata-se, da concorrência do companheiro com os parentes do falecido até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avôs e primos).

Somente na união estável existe concorrência com os parentes colaterais, porque a lei os inseriu em terceiro lugar na ordem de

vocação hereditária, relegando o companheiro ao último lugar. Desarrazoadamente, os parentes colaterais até o quarto grau do falecido (irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos) herdaram antes do companheiro sobrevivente, que faz jus somente ao direito de concorrer com eles. É o que diz a lei: ao companheiro é assegurada somente uma quota mínima quando concorrer com outros parentes sucessíveis (CC 1.790 III). Não importa nem quem são nem quantos são os herdeiros, sempre ficam com o dobro dos bens que foram adquiridos pelo casal durante o período de convívio.

Da forma como está posto no *caput* do art. 1.790, a participação do companheiro é exclusivamente sobre os aquestos: bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. No entanto, a lei muda de critério ao estabelecer o direito de concorrência com os “outros parentes sucessíveis” (CC 1.790 III). Estes só podem ser os colaterais. Neste caso, é garantido ao companheiro “um terço da herança”, ou seja, sobre todo o patrimônio, e não apenas sobre os aquestos.

Como o tratamento outorgado a união estável não pode ser mais perverso do que o imposto ao casamento, além de flagrantemente inconstitucional, o jeito é deferir o direito de concorrência sobre a totalidade do acervo sucessório. Esse entendimento é o que melhor atende ao princípio da solidariedade (DIAS, 2008, p. 181).

Assim, é garantido aos companheiros 1/3 (um terço) de todo o patrimônio adquirido pelo casal durante a vigência da união estável.

2.1.16 Decisões jurisprudenciais

Seguem abaixo, para a ilustração do presente trabalho, dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob

pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido (Agravado de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007).

Ementa: AGRADO 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 (Agravado de Instrumento Nº 70027138007, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 18/12/2008).

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Mister sublinhar que em primeiro contato com o tema do presente trabalho, quando buscava alguma tese para defender, seus fundamentos não foram tão encantadores.

Porém, algo intrínseco foi despertado e o tão citado artigo 1.790, do Código Civil, passou a ser lembrado mentalmente a todo instante.

Ao aprofundar as pesquisas nos livros e na internet, em princípio a título de curiosidade, o tema foi revelando paulatinamente suas peculiaridades, até que a sedução tomou conta.

Após discutir sobre o assunto com a Prof^a. Walkíria, ilustre orientadora do presente trabalho, seu incentivo e sua sabedoria foram de grande valia para que fosse tomada a decisão de escolhê-lo como tema de trabalho de conclusão de curso.

Foi então que a batalha de alegar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil de 2002, foi travada, digo travada devido ao pequeno acervo existente acerca do tema.

Pode-se dizer que essa inclinação advém do anseio jurídico que o estudante de direito, sobretudo aquele que convive com advogados, possui em seus sentimentos, quando se depara com a injustiça.

Importante dizer que, escreve-se advogado porque ele é o veículo utilizado para lutar pelos direitos de seus clientes que se prejudicam em detrimento de outros.

Ademais, é esse o grande atributo do advogado, não calarem-se diante das imposições da lei quando há argumentos plausíveis para a sua modificação, pois, afinal, são eles os responsáveis pelas teses que promovem mudanças no ordenamento jurídico pátrio.

Foi por essa razão que a tese de questionar a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, despertou tanto interesse e, após a sua realização, foi constatado o seu encanto.

Por tudo quanto foi esboçado, resta patente a inconstitucionalidade do artigo supracitado, não pairando dúvidas de que o companheiro faz jus à metade do acervo que integra a herança.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo foi desenvolvido com o propósito de constatar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Nota-se, que o Direito é uma ciência dinâmica, ou seja, acompanha a evolução da sociedade, de acordo com as suas necessidades.

Observa-se, que com o passar do tempo, a união estável foi adquirindo espaço no mundo jurídico, até ser reconhecida pela Carta Magna como uma entidade familiar entre o homem e a mulher.

Atualmente, o STF, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando mais uma vez, a dinamicidade do Direito.

O legislador ao conferir tratamento diferenciado a união estável, fere o princípio da igualdade, uma vez que, o casamento e a união estável são reconhecidos pela Constituição Federal como entidades familiares para efeitos da proteção do Estado.

Contudo, após análise bibliográfica e jurisprudencial do referido dispositivo legal supracitado, não resta dúvidas da sua inconstitucionalidade, por desigualar o companheiro na concorrência sucessória com os descendentes, ascendentes e parentes colaterais do companheiro falecido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIRCHAL, A. S. União Estável. In: TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L. (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008. cap. 4, p. 119 – 144.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

CARVALHO, D. M. **Direito de Família**. 2ª edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**. 3ª tiragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELES, R. M. V. A ordem da vocação hereditária: dos descendentes aos colaterais. In: TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L. (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008. cap. 25, p. 653 – 662.

RIZZARDO, A. **Direito de Família: Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002**. 5ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

STF, **Reconhecimento da união estável homoafetiva**. ADI 4.277 e APDF 132. Rel. Ayres Britto, Brasília – DF, 05 de maio de 2011. STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 09 de novembro de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RS. **Agravo de instrumento nº 70020389284**, da 7ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, Uruguaiana, RS, 10 de setembro de 2007. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70020389284&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields>>. Acesso em 12 de novembro de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RS. **Agravo de Instrumento nº 70027138007**, da 8ª Câmara Cível, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, Porto Alegre, RS, 18 de dezembro de 2008. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=inconstitucionalidade+do+art.+1.790+do+cc&t b=jurisnova&pesq=ementario&partialfields>>. Acesso em 12 de novembro de 2011.