

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Gustavo da Nova e Silva

A problemática da sucessão dos companheiros frente à realidade da família  
brasileira

Florianópolis

2011

Gustavo da Nova e Silva

A problemática da sucessão dos companheiros frente à realidade da família brasileira

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: MSc Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2011

Autor: Gustavo da Nova e Silva

Título: A problemática da sucessão dos companheiros frente à realidade da família brasileira

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota 10.

Florianópolis, 21 de novembro de 2011.

---

**MSc. Renata Raupp Gomes**

Professor(a) Orientador(a)

---

**MSc. Juliana Wulfing**

Coordenador do Curso

Autor: Gustavo da Nova e Silva

Título: A problemática da sucessão dos companheiros frente à realidade da família brasileira

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota 10.

Florianópolis, 21 de novembro de 2011.

---

**MSc. Renata Raupp Gomes**

Professor Orientador

---

**Carlos Danilo Moreira Pires**

Membro da Banca Examinadora

---

**MSc. Danielle Silveira de Almeida**

Membro da Banca Examinadora

## RESUMO

O trabalho presente se destina a discutir um dos problemas referentes à união estável no que tange à lacuna legislativa presente no artigo 1.790 do Código Civil. Para isto, apoiando-se no que prescreve o Direito, utilizamo-nos da lógica e da matemática a fim de que a proporcionalidade traga a máxima exatidão.

**Palavras-chave:** Direito de Família, Direito Sucessório, União Estável, artigo 1.790, Código Civil, Matemática, Lógica.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO .....  | 7  |
| 2 O Instituto da união estável.....   | 10 |
| 2.1 Panorama histórico geral no Direito de Família.....   | 10 |
| 2.2 Diferença entre união estável e concubinato.....  | 13 |
| 2.2.1 Na vigência do Código Civil de 1916.....  | 13 |
| 2.2.2 Na vigência do Código Civil de 1916 após o advento da Constituição de 1988 e das Leis 8.971/94 e 9.278/96 ..... | 15 |
| 2.2.3 Na vigência do Código Civil de 2002.....  | 17 |
| 2.3 Um novo olhar sobre o conceito de união estável.....  | 22 |
| 3 A (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 .....   | 25 |
| 3.1 O art. 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.....  | 26 |
| 3.2 O advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96.....   | 29 |
| 3.3 A discriminação do Legislador ao situar o art. 1.790 no Código Civil de 2002....                                  | 31 |
| 4 A lacuna legislativa do art. 1.790 do Código Civil de 2002.....   | 37 |
| 4.1 A realidade familiar brasileira frente à ausência de previsão legal.....  | 38 |
| 4.2 O princípio da igualdade entre os irmãos.....   | 41 |
| 4.3 Como resolver o vácuo legislativo do art. 1.790 do Código Civil de 2002.....                                      | 43 |
| 5 CONCLUSÃO.....  | 54 |
| REFERÊNCIAS.....  | 57 |

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Civil possui várias subdivisões dentre as quais encontramos o Direito das Famílias e o Direito Sucessório. Apresentamos um tema que é afeto a ambos os ramos e que se mostra um tanto quanto controvertido frente à demanda social e a evolução das formas de constituição das famílias brasileiras.

Neste norte, tomaremos do Código Civil de 2002 o artigo 1.790, onde percebemos uma ausência de regulação, vácuo legislativo, que, resta na ausência de um inciso conforme segue:

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.

Notamos que há regulação para a sucessão dos companheiros em concorrência com os filhos comuns **apenas** (inciso I) e com filhos só do autor da herança **apenas** (inciso II). Não vemos, contudo, regulação dos casos mais comuns em que os companheiros têm filhos seus apenas e filhos comuns.

Para contextualizar o problema, necessário é que recorramos à história deste instituto jurídico que chamamos de união estável, analisando a forma que foi sendo regulado ao longo do século XX e como está atualmente colocado.

Visto que ainda há muitos que confundem a união estável com o concubinato, entendemos bastante útil dedicar a esta pesquisa um subcapítulo que trate das diferenças existentes entre um e outro, situando tal diferença na história a fim de que possamos justificar a origem – a razão – da confusão ainda feita com relação a estes dois institutos.

Ainda, precisamos, neste mesmo norte, analisar o que a realidade atual tem a nos dizer e, partindo dela, poderemos lançar um novo olhar ao conceito de união estável que, não pode mais ser vista como até então vinha sendo tratada nos

manuais, sobretudo após a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a união estável entre casais homossexuais.

Outra discussão pertinente que levantamos é se o artigo 1.790 do Código Civil é, além de incompleto, também inconstitucional, haja vista que foi colocado e na parte geral do Livro V – Direito das Sucessões – e não no título apropriado que seria o segundo: Da Sucessão Legítima.

Analisaremos, para tanto, o artigo 1.790 do Código Civil em conjunto com o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil a fim de debatermos se eles estão em harmonia ou se há elementos que indiquem que o artigo está desrespeitando preceito constitucional.

Neste panorama, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, algumas mudanças foram trazidas, sobretudo no Direito das Famílias que era, até então, Direito de Família, ou seja, havia uma única forma de constituição de tal entidade, qual seja, o casamento. Necessário é, então, que nos dediquemos um pouco ao estudo do advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96 que representaram alguma conformação com a Constituição, ainda que de forma tímida.

Ainda, nos é requisitado o estudo da localização do artigo 1.790 do Código Civil. Muitos juristas certamente já se perguntaram se a localização de um ou outro dispositivo no Código de 2002 está ou não adequada. Precisamos, portanto, analisar, também, esta questão, partindo do que conseguimos absorver dos ensinamentos do Direito Constitucional.

Como já dissemos, ao observar o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que regula sobre a sucessão dos companheiros, percebemos que falta algo que esperávamos que estivesse no fluir de nossa leitura.

Há um inciso I que regula a sucessão no caso de haver **somente** filhos comuns entre os companheiros; há um inciso II que regula a sucessão no caso de haver **somente** descendentes do autor da herança; esperávamos que houvesse em seguida um dispositivo que regulasse a situação em que existem tanto filhos comuns quanto filhos somente do autor da herança, o que não ocorre. O Legislador ignorou fato que acontece mais comumente na constituição familiar brasileira. Grande parte dos companheiros já tem filhos com ex-companheiros ou ex-cônjuges.



Debatemos muito a este respeito e entendemos que deve haver a equiparação do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge sobrevivente. Sabemos, contudo, que isto deve ser feito mediante processo legislativo, o que, no Brasil, tende a não ser tão ágil quanto deveria; assim sendo, é necessário que enquanto não haja uma mudança adequada nesta vertente da Legislação, nós resolvamos as situações que nos são apresentadas com o apoio do que temos na Lei em vigor.

Assim sendo, propomos esta resolução fora da pura Ciência do Direito, isto é, buscaremos na Ciência Lógica e alguns elementos da Ciência Matemática para, de forma **proporcional**, distribuir os bens sucessórios do autor da herança no caso em que não há um inciso disciplinando, qual seja, o caso em que há filhos comuns e filhos só do autor da herança. Para justificar, vamos passar pela realidade familiar brasileira frente à ausência de previsão legal adequada e abordaremos o princípio da igualdade entre os irmãos, o que nos fará entender que é inadmissível qualquer divisão que faça o *quantum* de uma classe de irmãos (filhos comuns) ser diferente da outra (filhos só do autor da herança).

## **2 O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL**

A sociedade brasileira vê nos dias atuais, uma grande aceleração na evolução do Direito de Família. Dentro deste panorama, tivemos novos conceitos trazidos à tona pela legislação especial pretérita ao Código Civil de 2002, principalmente as Leis 8.971/94 e 9.278/96, e, mais recentemente, pelo próprio Código Civil vigente a respeito de um novo instituto de Direito de Família que foi denominado de união estável.

Neste capítulo, abordaremos o panorama histórico deste instituto de forma breve, fazendo a distinção entre o conceito de união estável e o de concubinato, conforme é entendido pela doutrina recente, lançando um novo olhar sobre o conceito de união estável, principalmente frente à jurisprudência atual.

### **2.1 Panorama histórico geral no Direito de Família**

Faremos uma retrospectiva histórica do Direito de Família para demonstrar de onde surgiu o instituto da união estável. Naturalmente, não iremos, neste momento, explorar conceitos que serão apenas mencionados, visto que terão momento próprio para serem abordados<sup>1</sup>.

Começemos, portanto, na vigência do Código Civil de 1916, quando não havia regulação para a união estável e estávamos, ainda, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, quando somente o casamento era reconhecido como forma de constituir família. Todo o resto era considerado concubinato e, acompanhando a mentalidade da época, principalmente até meados dos anos 70, muito malvisto.

Ainda, a própria Lei estabelecia normas que não se coadunam com a sociedade atual, como, por exemplo, o conceito de filho legítimo e filho ilegítimo.

Quanto ao concubinato, como já falamos neste assunto, o Código Civil da época (Código de 1916) conceituava, como tal, qualquer união de um homem com uma mulher que morassem ou não sobre o mesmo teto e não tivessem vínculo

---

<sup>1</sup> Para maiores esclarecimentos, cf. RODRIGUES (1917), MONTEIRO (1910) e GONÇALVES (2009).

formal – advindo do casamento. Quer dizer, a título de exemplo, uma união de um homem e de uma mulher que morassem juntos, mas não fossem casados, mesmo que tivessem filhos (ilegítimos que poderiam ser legitimados) e se comportassem como casados, sem o serem, eram visto como concubinos. E mais: se o homem decidisse que não queria mais a mulher, podia mandá-la embora, indenizando-a pelos **préstimos realizados ao longo do tempo de serviço** como os serviços do lar (cozinhar, zelar pelo ambiente familiar, lavar a roupa, entre outros). Resolvia-se, portanto, como se fosse uma sociedade simples ou, pior ainda, um contrato verbal de prestação de serviços. Desconsiderava-se a esfera emocional, mesmo nos casos em que o vínculo era de longa data.

Podemos perceber este entendimento como no seguinte julgado do STJ que colacionamos:

**DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS. RELACIONAMENTO APERFEIÇOADO ANTES DA LEI 8.971/94.**

AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM A PARTILHAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. **DANO MORAL**. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. ALIMENTOS. SUBSTITUIÇÃO POR USUFRUTO DE IMÓVEL DO DEVEDOR. CABIMENTO.

1. A jurisprudência do STJ sufraga entendimento segundo o qual, quando a união estável tiver sido constituída e desfeita antes da lei que a regulamentou pela vez primeira (Lei n. 8.971/94), se inexistente patrimônio adquirido com esforço comum, faz jus à companheira a indenização por serviços domésticos prestados ao companheiro.
2. O acórdão recorrido não reconheceu por provado nenhum fato que ensejaria qualquer abalo emocional à recorrente, conclusão que não se desfaz sem o reexame de provas. Pretensão a indenização por dano moral que encontra óbice na Súmula 7.
3. É cabível a substituição de alimentos devidos à companheira por usufruto do imóvel de titularidade do devedor, por força do art. 21, § 1º, da Lei do Divórcio.
4. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (Grifos nossos). (Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 855.963/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão.).

Logo depois, houve certa evolução quando os Tribunais Superiores começaram a entender que todos os bens adquiridos onerosamente por ambos os concubinos deveriam ser partilhados, mas a forma de partilha era bastante contratualista, isto é, cada um recebia na proporção que havia concorrido para adquirir tal bem.

Há que se pontuar que até aí, o Brasil estava mergulhado na escuridão da ditadura, mas com o fim desta e o movimento pela redemocratização do país a partir de 1985, houve uma reestruturação social muito grande acompanhada de notável mudança na mentalidade, razão que fez com que o povo clamasse por liberdade e direitos sociais. Neste panorama, surge a Magna Carta de 1988 com um viés muito mais social e com novidades muito bem-vindas. Anteriormente, percebíamos uma sociedade muito machista, gravada pela diminuição da importância da mulher e uma superestimação das capacidades do homem; com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5º já estabeleceu que homens e mulheres são iguais perante a Lei, o que, certamente, foi um reflexo do que já havia sendo demandado pelo povo.

Foi, então, que veio a Lei 8.971 no ano de 1994 – nem 20 anos atrás e, percebe-se, seis anos após a promulgação da Constituição de 1988 – para regular, de forma muito tímida, o direito dos companheiros. Em seguida, foi a vez da Lei 9.278 de 1996 que aperfeiçoou muito do que estava disposto na Lei de 94, trazendo melhor regulamentação, mas, ainda assim, não de uma forma tão específica como era o necessário. De qualquer forma, foi um marco revolucionário no Direito de Família na época.

Podemos afirmar que do antigo e amplo conceito de concubinato (dado pela doutrina majoritária na vigência do Código de 1916), surgiram dois novos conceitos: o atual conceito de união estável (forma de constituição de família); e o atual conceito de concubinato (não é forma de constituição de família).

Durante todo este tempo, o Código Civil de 2002 estava em processo legislativo – o projeto do Código é de 1975 –, sendo que veio à luz com um Título próprio para união estável. Não obstante, ao final deste Título, o Legislador se mostrou um tanto quanto reticente ou, talvez, arraigado em seus conceitos retrógrados, quando inseriu o último artigo deste Título (art. 1.727) que fala a respeito do concubinato, *verbis*: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, **impedidos de casar**, constituem concubinato” (grifo nosso). Ao menos, aos olhos mais atentos, o Legislador trouxe, neste dispositivo, a diferença entre união estável e o concubinato, o que abordaremos com detalhes a seguir.

## 2.2 Diferença entre união estável e concubinato

Para trabalharmos os conceitos de concubinato e união estável, precisamos fazê-lo em três momentos: o primeiro, na vigência do Código Civil de 1916, mas antes do advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96; o segundo, na vigência do Código Civil de 1916, mas depois do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das Leis 8.971/94 e 9.278/96; por fim, na vigência do Código Civil de 2002.

### 2.2.1 Na vigência do Código Civil de 1916

Começamos a análise pelo primeiro momento, apoiando-nos no que lecionava o doutrinador Washington de Barros Monteiro que nos trazia, à época, um conceito bastante claro de concubinato, senão vejamos:

Segundo lapidar definição de RUGGIERO<sup>2</sup>, consiste o concubinato na união entre o homem e a mulher, sem casamento. Por outras palavras, é a ausência de matrimônio para o casal que viva como marido e mulher. O conceito generalizado de concubinato, também chamado união livre, tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento. Simples relações sexuais, ainda que tidas repetidas por largo espaço de tempo, não constituem concubinato, que é manifestação aparente de casamento, vivendo os dois entes sob o mesmo teto, como se fossem casados<sup>3</sup>.

Primeiramente, percebemos um conceito de concubinato como a união entre o homem e a mulher sem casamento, o que se assemelharia, em parte, à atual definição majoritária de união estável. Ainda, podemos entender, quando se faz a leitura do conceito retrotranscrito, a importância que se dava ao casamento naquela época e o quanto se menosprezava o concubinato (na época, o que hoje chamamos de união estável).

Logo ao fim do conceito, faz MONTEIRO uma ressalva, explicando que as simples relações sexuais, mesmo que repetidas em largo espaço de tempo, não constituiria concubinato, exigindo-se que, para a configuração deste, se tenha convivência sob o mesmo teto como se fossem casados.

---

<sup>2</sup> Instituições de Direito Civil, trad. de Ari dos Santos, 2/52.

<sup>3</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume 2 – Direito de Família. Saraiva: São Paulo, 1983.

Analisemos, contudo, a etimologia da palavra concubinato. Para isso, vamos, ainda, beber da mesma obra de MONTEIRO onde está o conceito que aqui colocamos.

*Concubinatus* deriva de *concupina*, palavra que, por sua vez, procede de *concupo*. *Concupo* é o verbo transitivo formado de *cum* e de *cubo*. *Cubo*, em composição, dá algumas vezes *cumbo*. Assim não é de se admirar, quando vemos, ao lado da forma *concupo*, a forma *concupo*, que significa sempre: ter relações carnis com uma pessoa. Nesse sentido de entender-se a expressão concubinato<sup>4</sup>.

Segundo o que nos explica o conceito etimológico da palavra *concupinato*, estaríamos, de fato em frente a uma situação em que há meras relações carnis entre um e outro, sendo estas de origem sexual puramente. Então, não se pode entender o porquê de, na mesma obra, o professor Washington de Barros Monteiro dizer que as meras aventuras sexuais não se consideram concubinato e, mais à frente, na mesma página conceitua etimologicamente o concubinato como mera relação carnal.

Ainda, há que se dividir o concubinato em concubinato puro e impuro. Em sua obra “Concupinato”, Jander Maurício Brum analisa estes conceitos, conforme se vê:

Para a Prof<sup>a</sup> MARIA HELENA DINIZ, o concubinato pode ser puro ou impuro, lecionando assim: “Será puro se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros viúvos e separados judicialmente”. A seguir, prossegue a renomada jurista: “Ter-se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. Apresenta-se como: a) adúltero se fundar no estado de cônjuges de um ou de ambos os concubinos, p. ex., se o homem casado mantém ao lado da família legítima, outra ilegítima, e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes”<sup>5</sup>.

Quer dizer, concubinato era um macroconceito que englobava duas formas de se caracterizar: de forma pura, quando ambos estavam desimpedidos ou de forma impura, quando algum dos concubinos ou ambos estavam impedidos. Perceberemos, no decorrer deste estudo, como a união estável se derivou do concubinato puro e como o concubinato impuro se tornou, em termos de rejeição social, aquilo que era o concubinato em geral.

---

<sup>4</sup> PLASSARD apud. MONTEIRO. *Le Concupinat Romain sous le Haut Empire*, Introduction.

<sup>5</sup> BRUM, Jander Maurício. **Concupinato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.

De tudo o que foi exposto, podemos perceber que este primeiro momento é norteado pelo completo repúdio a tudo aquilo que não se considera família e se considera concubinato todo o resto que não se enquadra nas regras do matrimônio. O legislador de 1916 repudia a família ilegítima e, ainda mais, ele a ignora, pois não legisla para regulá-la, mas para condená-la, revelando, assim, uma mentalidade machista dominada pela tradição conservadora que não admite nada que saia daquilo que se tenha convencionado socialmente.

### **2.2.2 Na vigência do Código Civil de 1916 após o advento da Constituição de 1988 e das Leis 8.971/94 e 9.278/96**

Naturalmente, houve um tempo – iniciado em meados de 1990, quando já havia a mentalidade que influenciaria a criação das Leis de 94 e 96 – em que as pessoas começaram a perceber que o afeto, o bem-querer, o carinho mútuo em um relacionamento prescindia de um papel assinado comprovando que estavam casados. Aqui, importa dizer que o casamento é o **mero vínculo patrimonial dos consortes**, em nada acrescentando ou diminuindo o amor conjugal, mas sim incentivando o interesse financeiro de um no outro.

Este entendimento na sociedade aliado ao nascimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fez com que a pressão social sobre o Legislador trouxesse à tona as Leis 8.971/94 e 9.278/96, mesmo porque a Constituição Federal trouxe regulação para a união estável. A partir de então, ficou completamente diferente o conceito de concubinato, pois aparecera aquele novo conceito que o constituinte chamara de união estável. Acontece que estes dois conceitos ficaram meio que entrelaçados num “terreno pantanoso” do Direito de Família, pois, no Código Civil de 1916, tínhamos uma norma, enquanto nas Leis de 1994 e de 1996, tínhamos outra norma.

Para demonstrar este “pântano” onde foram colocados estes dois conceitos, traremos a ideia do professor Silvio Rodrigues conforme segue:

A ideia de **concubinato**, para os escritores mais antigos, envolvia a presença de alguns requisitos importantes, tais como a continuidade das relações sexuais, a residência dos **concubinos** sob o mesmo teto, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a notoriedade da união e a **fidelidade da mulher ao amásio**.

Dentre os vários elementos capazes de configurar o **concubinato**, o que realmente parece fundamental para tal fim é a presumida fidelidade da **mulher ao homem**. Aliás, em muitos casos, poder-se-ia mesmo dizer que o elemento básico caracterizador do concubinato é a presumida **fidelidade recíproca** dos concubinos, pois ela não só revela o propósito da vida em comum e o de investirem-se eles na posse do estado de casados, como cria uma presunção *juris tantum* de que o filho havido pela mulher foi engendrado por seu **companheiro**.

Outros elementos o revelam, sem se revestirem, entretanto, de caráter essencial para a caracterização do concubinato. Assim, a notoriedade da união, da **dependência econômica da mulher ao homem** e mesmo a vida em comum sob um mesmo teto são elementos que facilitam a sua prova e reforçam a **presunção de fidelidade da companheira**. Mas se poderá conceber um concubinato em que a mulher não viva às expensas do homem, nem com ele reparta a mesma residência, pois tais elementos não são essenciais para a sua caracterização. Aliás, casos haverá de concubinatos, duráveis e notórios, **de homem casado e mulher solteira, viúva, desquitada ou separada de fato de seu marido; nesta hipótese, contudo, não se poderá admitir a presunção de fidelidade do concubino**. [...].

Daí, numa rápida definição, pode-se caracterizar o concubinato como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, **de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem**. [...]

Primeiramente, percebemos, repetidas vezes, que no entendimento da doutrina da época, tinha-se a fidelidade como um requisito exigido da mulher ao homem, falando-se em reciprocidade ora ou outra. A regra, contudo, era a fidelidade da mulher ao homem, o que revela a mentalidade machista da época. Além disso, percebe-se, do conceito supratranscrito que, em dado momento, o autor se refere ao concubinato, mas, ao invés de se referir ao homem como concubino, chama-o de companheiro (em nosso entendimento, claramente evitando chamá-lo de concubino), o que já está muito próximo da nomenclatura de união estável.

[...]. Entretanto, o advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96, de um certo modo, alterou o campo da realidade do conceito. **A Constituição de 1988 introduziu a ideia de união estável, que a meu ver, é a atual denominação que o legislador dá ao velho e tradicional concubinato**. Mas aquelas duas leis trouxeram novos elementos para caracterizar as relações entre um homem e uma mulher, suscetíveis a merecer as benesses da lei.

Ou seja, o conceito inicial do concubinato, acima formulado, continua a prevalecer no campo teórico. Apenas para gozar os efeitos jurídicos previstos nas Leis de 1994 e 1996 precisa revestir-se daqueles requisitos nelas proclamados<sup>6</sup>. (grifos nossos).

Ainda, o próprio autor diz que, em sua opinião, a introdução, pelo constituinte, do conceito de união estável era a mesma que se tinha pelo anterior e

---

<sup>6</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Volume 6 – Direito de Família. Saraiva: São Paulo, 1998.



tradicional concubinato (puro), ou seja, ele demonstra a confusão conceitual em que foram mergulhados os juristas e a sociedade da época. Podemos afirmar que a maioria das pessoas não conseguia entender, ainda, o que o legislador tinha introduzido, se ele queria diferenciar algo ou, mesmo, se desejava extinguir conceitos antigos e incluir novos.

Por fim, há, na citação, uma parte que diz que poderia haver o concubinato de homem casado e mulher solteira, o que seria configuração de concubinato impuro, conforme estudamos anteriormente, ou seja, já estamos, aqui, nos aproximando do nosso atual conceito de concubinato, que foi, diametralmente separado do conceito de união estável

### **2.2.3 Na vigência do Código Civil de 2002**

Precisamos mencionar que, durante este tempo, desde 1975, o projeto do Novo Código Civil, o de 2002, que veio a vigorar em 2003 já estava sendo discutido nas Casas Legislativas. Naturalmente, o Direito de Família sofreria grande modificação positiva ou, ao menos, era o que se esperava.

Analisemos, primeiramente, os efeitos da vinda do Código Civil de 2002; então, estudaremos o conceito majoritário de união estável trazido pela nova doutrina de Direito de Família e os requisitos para a configuração do instituto referido.

Para GONÇALVES, “restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como no caso da obrigação alimentar (art. 1.614). Quis-se demonstrar, portanto, que as Leis de 1994 e de 1996 não mais cumpriam seu propósito de existir (estar em vigência) e, por consequência, restavam revogadas, porquanto incorporadas no Novo Código Civil”.

O conceito de união estável não ficou a encargo da doutrina; a própria Lei o trouxe no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, *verbis*: “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 constituir família”.

Reconhecemos, portanto, a união estável como entidade familiar, o que mostrou que o casamento não é mais a única forma de constituição de família. Ainda, o legislador aproximou os direitos e deveres dos companheiros aos direitos e deveres dos cônjuges, isto é, a assistência mútua, alimentos, guarda, sustento e educação dos filhos e obrigações recíprocas.

A mentalidade saiu de um aspecto absolutamente machista para um aspecto mais igualitário, em nosso entendimento, pelos próprios dizeres da Constituição de 1988. Há que se dizer, contudo, que não se retirou completamente a mentalidade machista da sociedade; esta é uma mudança que ainda está sendo feita de maneira gradual e em longo prazo. Querer forçar o processo fará com que do machismo passemos ao feminismo sem cumprir o propósito de chegar ao meio termo, ou seja, a igualdade.

Vejamos, agora, os requisitos trazidos pela doutrina e pela própria Lei para a configuração da união estável e do concubinato.

Começaremos analisando a união estável, primeiramente, em seus requisitos subjetivos e, então, seus requisitos objetivos, e, para isso, colacionamos o artigo 1.723 do Código Civil de 2002:

Art. 1.723. É reconhecida 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 ocorrer em 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.

São requisitos subjetivos, segundo GONÇALVES e a doutrina majoritária:

a) a convivência “*more uxorio*” e; b) “*affectio maritalis*”.

O primeiro destes dois requisitos se refere a uma convivência entre os companheiros como se casados fossem, ou seja, a convivência deve ser semelhante àquela que teriam os cônjuges, incluindo: “mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as

relações afetivas inerentes à entidade familiar” (GONÇALVES, 2009). Neste requisito, a doutrina coloca taxativamente a necessidade de haver convivência sob o mesmo teto, o que, em nosso entendimento já não há mais que se exigir, principalmente na época em que vivemos com a aceleração do tempo e da tecnologia. Percebemos, hoje, que até mesmo aqueles que são casados têm morado em casas diferentes como meio de preservar o casal do ostracismo do dia-a-dia e, nem por isso, deixam de ter filhos que são criados com amor mútuo e vendo o carinho recíproco de seus pais. Isso nos faz refletir que muito mais importante do que a convivência sob o mesmo teto é a convivência pacífica e harmônica que sustenta o sentimento de carinho e afeição que deu origem àquele tipo de relacionamento.

Chegamos, portanto, à conclusão de que este primeiro requisito diz respeito muito mais à continuidade da assistência mútua no relacionamento, o que confere a este o status de **estável** do que, propriamente, uma exigência de cunho meramente social (convivência sob o mesmo teto) que, não só é resquício da mentalidade retrógrada da sociedade, mas também pode ser um dos grandes elementos do desgaste dos relacionamentos atuais, sejam eles casamentos ou uniões estáveis.

O segundo requisito diz respeito ao objetivo de constituir família (“*affectio maritalis*”). Aqui, precisamos abrir uma discussão acerca do que é família. Antigamente, havia o Direito de Família que considerava como entidade familiar aquela constituída pelo casamento. Hoje, já não podemos mais pensar desta forma, mesmo porque o Direito de Família virou o Direito das Famílias; neste norte, podemos perceber que a família atual se forma de diversas formas como, por exemplo: os companheiros apenas (que desejam que um seja parte de sua família, mas não desejam ter filhos), uma mãe e seu filho, um pai e seu filho, uma pessoa dentro de sua casa que tenha por objetivo ser sua própria e única família, etc., ou seja, a uma infinidade de formas de se considerar uma entidade familiar.

Isto, portanto, nos leva a entender que o objetivo de constituição de família é muito mais subjetivo do que objetivo, isto é, está na esfera íntima de cada pessoa, sendo, por isso, o requisito mais difícil de provar a existência ou a inexistência. Ajudam, contudo, de fato, a demonstração pública de assistência

mútua, fidelidade, notoriedade, sendo, em nosso entendimento, dispensável a convivência sob o mesmo teto.

Passemos, agora, a analisar os requisitos objetivos, quais sejam: a) relação monogâmica; b) inexistência de impedimentos matrimoniais; c) continuidade; d) estabilidade; e) notoriedade e; f) diversidade entre os sexos (?).

Com relação monogâmica, é entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência que, para a configuração da união estável, há que haver o elemento da fidelidade, principalmente porque aquele que tem objetivo de constituir família com outrem não precisa ou não é compelido a buscar terceiros fora do relacionamento, restando fiel ao seu companheiro (ou à sua companheira), como no próprio casamento. Naturalmente, aquele que se vê em união estável com pessoa casada, mas ignorava tal fato, está de boa-fé e, portanto, o direito lhe assiste, mas não ao que está de má-fé.

Sobre o requisito da inexistência de impedimentos matrimoniais, temos a previsão no § 1º do art. 1.723 do CC de 2002, verbi s: “§ 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”. Estando o requisito na lei, naturalmente, nada mais temos que discutir, mesmo porque se cuidou, aqui, de impedir que aqueles que não podem casar queiram configurar união estável.

Indo para a continuidade, entendemos como se a esta fosse resultar na estabilidade, portanto, princípios decorrentes. Todo o relacionamento que tem continuidade sem interrupções, ou seja, sem que seja eventual, com o tempo, passa a ganhar estabilidade, transformando-se a continuidade num princípio daquele relacionamento estável que evita a dissolução da união.

Já sobre a notoriedade, este é um requisito de cunho mais social do que íntimo, pois é o requisito que impede que se configure a união estável de um relacionamento mantido “às escuras”. Precisa o relacionamento, portanto, ser público, pois não há impedimentos que o faça ser ocultado dos olhos alheios.

Por fim, temos o requisito da diversidade dos sexos, que exige, para a configuração da união estável, que seja um homem e uma mulher e nada diferente disto de forma taxativa. Opomo-nos a este requisito, principalmente depois que o

STF disse que o art. 226 § 3º da Constituição traz um rol exemplificativo e não taxativo. Esta será nossa discussão no próximo subcapítulo, restando, agora, nossa opinião de que não entendemos a diversidade dos sexos como um dos requisitos objetivos para a configuração da união estável.

Restou-nos, portanto, analisar os requisitos do concubinato como se apresenta atualmente. Primeiramente, precisamos recapitular o que explanamos no item 2.2.1. que o antigo concubinato puro virou o que conhecemos como união estável, enquanto que o concubinato impuro se tornou o que conhecemos como concubinato e está previsto no art. 1.727 do Código Civil de 2002, *verbis*:

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

Temos, neste artigo, dois dos requisitos que fazem configurar o concubinato, sendo eles: a) pessoas impedidas de casar e; b) relações não eventuais (contínuas). Há um terceiro requisito que abordaremos como subrequisito das pessoas impedidas de casar.

Conforme o artigo 1.521 do Código Civil traz o rol daqueles que estão impedidos de casar, sendo: 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 (seu irmão socioafetivo, portanto); VI – as pessoas casadas (e, em nosso entendimento, há, aqui, também, aquele terceiro requisito, que seria o impedimento daquele que já está em união estável, salvo se for contrair casamento com o companheiro ou a companheira); VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

Isto significa que todos aqueles que estão com estes impedimentos e, ainda assim, se unem com aqueles que a lei veda constituem concubinato e não união estável. Por exemplo, o/a filho/a biológico/a do/a adotante não pode casar com o/a filho/a adotado/a (não biológico), pois são irmãos pela Lei e, pelo §1º do art. 1.723 do CC, também não pode contrair, com este/a, união estável; mas se houver este relacionamento, considera-se concubinato.

Além disso, colocamos, também, como requisito que aquele que já se encontra em união estável e tem relação não eventual com outrem, mesmo que

notória, por se tratar de local diverso, não está em união estável, mas em concubinato, pois há que se resguardar o direito do companheiro ou da companheira que já ocupa esta posição há mais tempo.

Tendo debatido estes conceitos e analisado os seus requisitos, tentaremos, agora, frente à nova realidade do judiciário, lançar um novo olhar sobre o conceito de união estável, o que implicará, por certo, em eliminar o requisito da diversidade dos sexos, visto que a sociedade se encontra em outro momento, conforme veremos sobre o entendimento do STF.

### **2.3 Um novo olhar sobre o conceito de união estável**

No subcapítulo anterior, explanamos que questionávamos a necessidade da diferença dos sexos para a configuração da união estável e, para justificar, mencionamos que o STF se posicionou favorável ao reconhecimento da união estável homossexual.

Para entendermos melhor, a Procuradoria Geral da República interpôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 4277 – 7/600, juntamente com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 178 – 1/800. Dentre outros detalhes, discute-se a constitucionalidade ou não do art. 226 § 3º da Constituição de 1988 e do art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Na exordial, alegou a PGR que houve ferimento aos dispositivos constitucionais que trazem os “princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inc. IV), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica”<sup>7</sup>, sustentando que, por respeito a estes princípios, deve-se equiparar a união estável entre o homem e a mulher à união estável homossexual.

Não nos cabe, aqui, fazer análise profunda do que está sendo pleiteado, mesmo porque precisaríamos entrar no campo da Filosofia do Direito, o que não é nossa meta final. Temos, contudo, que estabelecer um conceito novo de união estável **que contemple a realidade social atual**.

---

<sup>7</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277. Petição Inicial.

Parece-nos que o legislador é muito temeroso em assumir os riscos de acompanhar as demandas da sociedade que o elege; de um lado, talvez pela completa imersão em seu conservadorismo e de outro, talvez pelo receio de não ser reeleito caso legisle sobre temas polêmicos.

Resta, portanto, ao Judiciário fazer este acompanhamento, uma vez que seus membros não são eleitos e, conseqüentemente, não são fácil alvo de destituição do cargo.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar e analisar todas as demandas que digam respeito à constitucionalidade das leis, o que oferece repercussão geral e os casos de ferimento a direitos constitucionais, entre outras atribuições elencadas no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que o STF foi provocado pela PGR para se posicionar frente a uma lesão em preceitos constitucionais, qual seja: a desconsideração da união homossexual como entidade familiar.

Foi por unanimidade que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que deve ser reconhecida a união estável homossexual. Este entendimento, contudo, foi dividido em dois: de um lado, a maioria dos Ministros entendeu que a mesma proteção dada à união estável heterossexual deve ser estendida à união estável homossexual, inclusive no que diz respeito ao casamento; de outro lado, o Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que deve ser dada proteção à união estável homossexual, mas sem estender a prerrogativa ao casamento. De qualquer jeito, pela maioria, o entendimento é de que os homossexuais podem constituir família em união estável e podem, sim, contrair casamento, usando o princípio da analogia.

Para justificar a decisão, os Ministros se embasaram nos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, livre expressão e crença, conforme extrato da exordial supracolacionado.

Além disso, precisamos recapitular o ponto em que explicamos o porquê de não mais se falar em Direito de Família, mas em Direito das Famílias. Antigamente, a **única** maneira de formar a entidade familiar era pelo casamento, mas após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a união estável

e a família unitária passaram a fazer parte deste rol, não havendo mais que se falar em Direito de Família, mas em Direito das Famílias. Diz o art. 226, §§ 3º e 4º, da CF:

§ 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.

Estas menções foram feitas a fim de que possamos lançar um novo olhar sobre o conceito de união estável e, sem medo, assumirmos que o conceito mais adequado de união estável frente à realidade da família brasileira é:

*União estável<sup>8</sup> é o instituto do Direito das Famílias<sup>9</sup> que considera, para o fim de constituição familiar, a união entre dois cidadãos, sejam eles de sexos iguais ou diferentes, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

Com este conceito, contemplamos a todos os cidadãos e deixamos de ignorar as minorias como vem sendo feito pela sociedade. Está mais do que na hora de o Brasil poder dizer que é um país civilizado e que aboliu o preconceito, não só em sua Carta Magna de 1988, mas na prática social, judiciária, legislativa e administrativa.

Tendo analisado estes pontos, podemos avançar para os dispositivos constitucionais adequados à justificação daquilo que até então expusemos e prosseguir para a resolução de um problema que incomoda o Direito das Famílias no tocante à união estável.

---

<sup>8</sup> A Doutrina e a Jurisprudência têm se encaminhado para a adoção deste conceito porquanto este é dos mais adequados à nossa conjuntura social, razão pela qual, o recepcionamos neste trabalho.

<sup>9</sup> Como foi exposto, notamos que o Direito de Família não mais existe e deu lugar ao Direito das Famílias, sendo o porquê de adotarmos esta terminologia e não aquela.



### 3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Agora que lançamos nossos olhares sobre os conceitos básicos pertinentes ao tema que nos propomos a debater, podemos fazer um breve estudo sobre o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que regula a sucessão do companheiro ou da companheira em união estável, assunto principal que desejamos abordar.

Talvez a pergunta mais recorrente de todo jurista seja se tal ou qual dispositivo está ou não em conformidade com a realidade social e com as normas superiores, sobretudo com a Carta Magna. Precisamos, portanto, fazer este questionamento com relação ao artigo supramencionado, a fim de saber se ele está em harmonia com o artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outra análise que nos demanda atenção é o advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96, ora estudada neste capítulo, justamente por ser pós Constituição de 1988, o que reflete a mentalidade da época em que foram sancionadas.

Ainda, nos é requisitado o estudo da localização do artigo 1.790 do Código Civil. Muitos juristas certamente já se perguntaram se a localização de um ou outro dispositivo no Código de 2002 está ou não adequada. Precisamos, portanto, analisar, também, esta questão.

Assim, antes que comecemos a expor nossas ideias, colocaremos o artigo em debate, a fim de que possamos analisar a questão mais propriamente, acrescentando-se que tal artigo se encontra nas disposições gerais de sucessões:

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.

### 3.1 O art. 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil

Ordena o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Já no *caput*, há algumas discussões que precisam ser levantadas.

Primeiramente, o constituinte colocou a família como a base da sociedade sem, contudo, dar o conceito que lhe é necessário. Para nos elucidar em tal questão, podemos recorrer a dois grandes doutrinadores do Direito: José Afonso da Silva, no Direito Constitucional e; Maria Berenice Dias, no Direito das Famílias.

Em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, SILVA traz o seguinte conceito de família:

A família é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também, a união estável [...]<sup>10</sup>.

Já no entendimento da professora Maria Berenice Dias,

Não existe uma família. Existem várias. Não é mais aquele modelo que víamos nos cadernos escolares. O pai com o jornal, a mãe com a panela, o filho com a bola e a menina com a boneca. O homem com o jornal mostrava que tinha de ser mais culto que a mulher; a mãe com a panela lhe destinava o papel de doméstica; a menina com a boneca já estava sendo adestrada para a maternidade; e o menino com a bola indicava que tinha de ser forte e viril e brincar do lado de fora da casa. Fechando os olhos, nós todos enxergamos este modelo de família<sup>11</sup>.

O conceito que DIAS dá à entidade familiar é bastante pontual e demonstra como, ainda, resquícios da mentalidade de outrora permeia a sociedade contemporânea no que diz respeito ao papel do homem e da mulher. Conta-nos a professora que os modelos tidos nos cadernos escolares, que demonstram as famílias regidas pelo Código Civil de 1916, dão um papel de provedor (forte) ao homem e o de protegida (frágil) à mulher. Isto, contudo, não se coaduna mais com a realidade da sociedade brasileira atual.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. Pg. 850. Malheiros: São Paulo, 2009.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. **Entrevista para a ConJur**. Postado em <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2007/12/interessante-entrevista-de-maria.html>>. Acessado em 19 de setembro de 2011.

Percebemos que a mulher participa, hoje, do mercado de trabalho tão ou mais ativamente do que o homem. A mulher “saiu de casa” e foi às escolas ter o mesmo conhecimento que era, até então, resguardado majoritariamente ao ícone masculino, encontrando, portanto, seu lugar na sociedade, não como uma coadjuvante, mas como um indivíduo ativo socioeconomicamente.

O homem, por outro lado, não pode mais ser somente o provedor e protetor da família. Podemos ver como o homem tem participado da entidade familiar, compartilhando com a mulher papéis que lhe eram privativos como cuidar da criança, preparar comida e arrumar a casa.

Este compartilhar de atividades contribuiu para amenizar o machismo e/ou o feminismo da mentalidade dos brasileiros, mas não os removeu de todo. Vemos, contudo, a transformação do que era atividade de homem ou atividade de mulher sendo “*unissexualizado*”, ou seja, está-se fazendo com que ambos os sexos cumpram todos os papéis dentro da sociedade. Isto não é somente uma grande evolução como, também, força a sociedade a se reorganizar e rever seus conceitos. Esta evolução nos revela que, hora ou outra, as mentalidades machista e feminista serão vistas como ultrapassadas e deverá vir uma metamentalidade em que o homem e a mulher convivam perfeitamente em harmonia na sociedade compartilhando os mesmos deveres e direitos, cumprindo o que preceitua o artigo 5º da Carta Magna de 88.

Seguimos ao § 3º deste mesmo dispositivo Constitucional, o artigo 226, verbis: “§ 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”.

Ora, podemos nos indagar, primeiramente, o que é, afinal, proteção estatal no que diz respeito ao Direito das Famílias. Em nosso entendimento, a proteção estatal deve se estender a tudo aquilo que é relacionado à entidade familiar, ou seja, a proteção à criança e ao adolescente (nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente), aos bens, à segurança contra a discriminação, entre outras proteções que se acham ligadas, intrinsecamente ao Direito das Famílias. Não precisamos sequer mencionar que é mister que esta proteção seja dada à família formada pelo casamento, pela união estável e, por extensão, à família homossexual, segundo o entendimento que vem sido adotado pela Corte Suprema

e, também, pela família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, no entendimento da doutrina.

Ainda, regula o parágrafo que a Lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Há dois pontos que precisamos colocar em debate: o primeiro, relativo ao fato de que isto não vem sendo cumprido, propriamente pelos cartórios; o segundo, relativo ao fato de que, por extensão se deve contemplar esta facilitação para a união estável homossexual.

O primeiro fato que podemos apurar é aquele que diz respeito à prática dos cartórios que detêm a competência de celebrar o casamento. Sabemos que aquele que deseja se casar e está devidamente qualificado para tal ato precisa passar pelo trâmite previsto pelo Código Civil de 2002, precisamente dos artigos 1.525 (habilitação) ao 1.542 (celebração), e que este é um trâmite bastante demorado que demanda publicação em diário oficial para que tornem público oficialmente e, também, provas de ausência de impedimento, entre outras elencadas na Lei 10.406/02.

Como vimos, contudo, a união estável já é a “união pública e notória” que tem como requisitos essenciais a publicidade, a continuidade e a convivência *more uxorio*, acrescido do *animus* de formar família, fazendo com que o trâmite da habilitação para o casamento reste desnecessária, porquanto a publicidade já fora dada pela união de fato.

Assim sendo, entendemos que a facilitação a que se refere o artigo 226, § 3º, da Constituição se refere à flexibilização que o constituinte deu para que o processo de habilitação fosse prescindido da necessidade no caso da união estável. O que vemos na prática, contudo, é outra conduta, na qual os cartórios em geral têm dado o mesmo tratamento para pessoas que se enquadram na entidade familiar formada pela união estável que dão àquelas que não a configuram. Isso leva os companheiros a serem desestimulados pela prática cartorária de celebrar o casamento.

Pensamos que o constituinte quis privilegiar a entidade familiar que se solidifica com o casamento, facilitando aos que estão em união estável a celebração do casamento, fazendo com que a habilitação fosse desnecessária, porquanto já realizada pela prática. Esta facilidade, contudo, parece-nos que não tem sido

aplicada tão vastamente quanto pretendia o constituinte, fato este que demonstra como, ainda, o “fantasma” da família do Código de 1916 “assombra” as famílias do Código de 2002.

O segundo fato deve ter ficado bastante claro já quando citado, pois decorre do pensamento que temos asseverado ao longo deste estudo: a de que a união estável deve, por extensão, ser interpretada para os casais homossexuais.

Retomemos, rapidamente, que o STF se posicionou em relação ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, dizendo que a expressão “entre homem e mulher” é meramente exemplificativa e não taxativa. Isso porque, como já dizia o conhecido teórico do Direito Constitucional, Lassale, em sua obra “Que é uma constituição”, a Carta Magna deve se adequar à realidade social sob pena de, não o fazendo, se tornar mera folha de papel que não se destina a ninguém.

Exatamente por este fato, nosso pensamento é no sentido que já que é considerada a união estável homossexual, deve esta, por conseguinte, ter todas as implicações da união estável heterossexual, inclusive as que dizem respeito à facilitação da conversão da união em casamento. Não só devemos ter este entendimento, como também devemos estendê-lo aos casais homossexuais que desejam contrair o casamento sem que esteja configurada a união estável, pois, em não o fazendo, o legislador está sob a acusação severa da discriminação.

### **3.2 O advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96**

A Constituição de 88 só contemplou o que já estava sendo exigido pela prática social. O quadro histórico nos remete a um momento de recém saída de uma ditadura militar severa, marcada indelevelmente por atentar à liberdade de expressão e os direitos individuais. É natural que o povo quisesse se cercar de todas as garantias possíveis para que nunca mais visse a “cara horrenda” da ditadura, quando muitos foram presos e mortos injustamente por se colocarem contra o governo. Nasceu, daí, a Constituição de 1988 com grandes garantias individuais e sociais, elencadas nos primeiros artigos da Carta Magna.

Natural era que esperássemos pelo nascimento de outras Leis que contemplassem a realidade social da época. Nessa época, o Direito de Família foi se

tornando o Direito das Famílias, situação esta que já vinha ocorrendo na prática e que tomou solidez pela primeira vez em legislação especial na Lei 8.971/94 que passaremos a comentar.

No artigo 1º da Lei, o Legislador deu o direito à companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que vivesse com ele há mais de cinco anos (assinalava um prazo) de poder se valer do direito de pleitear alimentos do companheiro desde que provasse a necessidade. O parágrafo único demonstra o machismo ainda na mente do Legislador, quando estendeu ao companheiro da mulher solteira nas mesmas condições os mesmos direitos. Assim entendemos, pois poderia o Legislador ter deixado todo o enunciado no *caput* do artigo.

O artigo 2º dispõe sobre o direito sucessório dos companheiros, dando a estes o direito de sucessão total dos bens no caso de ausência de descendentes e de ascendentes, o que ainda, segundo corrente majoritária da doutrina deveria ter continuado a vigorar, mas fora revogado pelo Código Civil (art. 1.790, III).

Já no artigo 3º, ainda sobre a questão sucessória, percebemos o direito de meação surgindo para os companheiros, o que, certamente, representou um grande avanço no direito positivo.

A Lei passou a vigorar no momento de sua publicação, sem *vacatio legis*, o que demonstra a urgência, e revogou todas as disposições em contrário.

Dois anos mais tarde, veio a Lei 9.278/96, que inovou, no artigo 1º a ausência do requisito temporal fixo, deixando-o oscilar em função da publicidade, continuidade, durabilidade e *animus* de constituir família. Revogou, contudo, o prazo de cinco anos.

No artigo 2º, a Lei estabelece direitos e deveres comuns aos companheiros, o que, entendemos, começa a aproximar a união estável do casamento que, em breve, seria regulado pelo Código de 2002 que já estava sendo votado.

Foram vetados os artigos 3º, 4º e 6º que dispunham sobre o contrato de união estável como se fosse casamento (3º e 4º) e sobre a dissolução do contrato de união estável (6º). As razões do veto foram embasadas na generalização da redação. Hoje, temos esta possibilidade, após o advento do Código Civil de 2002, de

termos contratos que regulem a união estável, inclusive quanto ao regime de bens, sendo que, em geral, não se dispendo em contrário, considera-se o regime de comunhão parcial de bens como no casamento, não obstante, contudo, que os companheiros escolham outro regime dos quatro possíveis pelo Código Civil.

No artigo 5º vislumbrávamos o lastro da comunhão parcial de bens.

O artigo 7º dispunha sobre o direito de pedir alimentos e, no parágrafo único, o direito real de habitação dos companheiros no caso de morte do outro.

O artigo 8º positivou na lei especial o § 3º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, a facilidade de conversão da união estável em casamento, o que nunca veio a ser a prática dominante.

O artigo 9º colocou fim à discussão sobre competência judiciária com relação à união estável, determinando que toda matéria afeita fosse julgada pela Vara da Família que a apreciaria como se casamento fosse.

Pela urgência, entrou a Lei em vigor na data da publicação e revogou as disposições em contrário.

A razão de termos exposto este tema são dois: primeiramente, para que o leitor não deixe de conhecer o teor destas duas Leis que inovaram o Direito das Famílias; em segundo lugar, para que percebamos ao longo deste estudo que, apesar de a união estável ter começado a ganhar espaço no ordenamento positivo, não obstante o instituto foi um tanto negligenciado no Código Civil de 2002 que tratou o tema de forma bastante tímida.

### **3.3 A discriminação do Legislador ao situar o art. 1.790 no Código Civil de 2002**

Como já demonstramos, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 se refere ao direito sucessório dos companheiros.

Se observarmos, no Código, onde está o referido artigo, encontrá-lo-emos nas **disposições gerais** de sucessões, o que nos dá a impressão de que seria uma disposição preliminar à sucessão legítima. Ora, questionamo-nos se não deveria o Legislador ter situado este artigo no Título que trata sobre a sucessão legítima, visto que toda a legislação, tanto ordinária quanto especial, já vinha caracterizando a

união estável como legítima forma de constituição de família. Não deveria ter sido criado um capítulo próprio da sucessão dos companheiros dentro do Título da Sucessão Legítima? Em nosso entendimento sim e, além do mais, há outras considerações a serem feitas.

Ora, uma disposição geral é aquela que será aplicada a toda matéria referente àquelas regras; acontece que a união estável não se aplica a toda matéria de família (como o casamento, por exemplo), mas unicamente ao próprio instituto como forma de constituir família.

Exatamente por este motivo, entendemos que era mister que o Legislador o tivesse posicionado após o Capítulo II do Título II (Da Sucessão Legítima) do Livro IV (Direito de Família). Não o fazendo, o Legislador nos passou a impressão de que estava demonstrando que a união estável não se enquadrava na sucessão legítima, o que, automaticamente, retira a legitimidade de todo o instituto, em nosso entendimento. Tendo reticências a colocar tal instituto em capítulo próprio, o Legislador acabou colocando-o, talvez, no único lugar que não poderia ter colocado, ou seja, nas disposições gerais.

Além disso, há outros dispositivos do Código que deveriam fazer menção a esta sucessão especial.

Este é o caso do artigo 1.829 de dá a ordem da vocação hereditária. Pensamos que no inciso I, quando diz que o descendente concorrerá com o cônjuge sobrevivente, deveria o Legislador ter incluído a expressão “ou o companheiro nos termos do artigo x<sup>12º</sup>”.

Ainda, a mesma imposição do artigo 1.830 e os benefícios dos artigos 1.831 e 1.838, qual sejam, o de direito real de habitação e o de herdar a totalidade dos bens, caso não haja descendentes e ascendentes, deveriam ter sido já na redação destes estendidas aos companheiros, mas o Legislador preferiu deixar que isto restasse regulado pela Lei 9.278/96 e 8.971/94, respectivamente, sem que entrasse neste mérito no Código Civil, sendo que, o artigo 2º da Lei mais velha restara revogado pelo inciso III do artigo 1.790.



Isso quer dizer que o tratamento desigual chegara ao ponto em que ao cônjuge se defere a integralidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes ao passo que ao companheiro só se defere a totalidade da herança na **ausência total** de quaisquer outros parentes sucessíveis, o que incluiria até o quarto grau. Concluimos, portanto, que o inciso III do artigo 1.790 deveria ter sido vetado no projeto, alegando-se, nas razões, a sua flagrante inconstitucionalidade por estar em desacordo com o estipulado pelo artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

A mesma premissa se estende ao artigo 1.845 que diz que são herdeiros necessários as descendentes, os ascendentes e o cônjuge, pois deveria o Legislador ter adicionado a expressão “ou companheiro, no caso de união estável” ao lado da palavra cônjuge.

Posicionamo-nos desta forma, pois o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal dita, expressamente, que a união estável receberá a mesma proteção estatal que for conferida ao casamento. A sucessão, já debatida na doutrina e na jurisprudência, é uma dessas grandes proteções que o Estado concede aos indivíduos em determinada situação, no caso em debate, se ela vai ser estendida ao casamento ou à união estável.

Por todos os itens que destacamos, pensamos que o Legislador discriminou o instituto da união estável ou, ao menos, o relegou a um nível inferior, esquecendo-o em alguns momentos e generalizando-o em outros.

Para nós, contudo, a mais grave falha foi com relação ao posicionamento do artigo 1.790 no Código que, pelo que expusemos, pensamos que deveria ter sido colocado por volta do artigo 1.850 em capítulo próprio que disciplinasse a **sucessão legítima no caso específico de união estável**.

No mesmo sentido se posicionou Carlos Eduardo Silva e Souza que estudou o mesmo assunto. Em sua pesquisa, trouxe o seguinte:

Os Juízes da Vara de Família e Sucessões do interior de São Paulo concordam com o nosso entendimento, tanto é que, no ano de 2006, em evento organizado pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo e com o apoio de Associação de Magistrados de São Paulo traçaram enunciados a respeito do assunto, in verbis:

---

<sup>12</sup> X aqui representando o número que teria o artigo que regula a sucessão no caso de união estável caso tivesse sido colocado em capítulo próprio.

“49. **O art. 1.790 do Código Civil**, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, **incide em inconstitucionalidade**, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

50. **Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge**, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

51. **O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário**, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, **sendo incongruente que**, tornando-se o único herdeiro, **possa ficar desprotegido**.

52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.” (Consulta ao site [www.conjur](http://www.conjur) aos 12/10/2008, às 23h55min).

Sensível a esta odiosa discriminação, a Câmara dos Deputados já tem dois projetos de lei que objetivam a supressão da situação. Os projetos são os de nº 276/2007 e o 508/2007.

O primeiro projeto (nº 276/2007) propõe nova redação ao artigo 1790 do Código Civil de 2002. Não parece ser a melhor solução, pois, a nosso ver, continua diferenciando o companheiro do cônjuge, senão vejamos:

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

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

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

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

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

**Parece ter melhor solução o segundo projeto (nº 508/2007), pois traz a sugestão de suprimir o art. 1.790 e equiparar o direito sucessório do companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite<sup>13</sup>. (grifos nossos).**

Entendemos que a melhor solução estaria, de fato, na equiparação do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge sobrevivente, uma vez que poderiam ser contemplados, para todos os efeitos, os contratos de união estável que dispusessem em contrário ao estipulado pela regra geral sobre o regime de bens, qual seja, a da comunhão parcial de bens.

Na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça achamos alguns julgados que reforçam o que pensamos.

Sobre o direito real de habitação, a Terceira Turma decidiu:

**DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.**

1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.

2.- **A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior**, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.

3.- **A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação**, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.

4.- Recurso Especial improvido.

Sobre a inconstitucionalidade, a Quarta Turma decidiu:

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS.**

Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de **inconstitucionalidade** dos incisos, III e IV, **do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial** acerca da matéria tratada.

---

<sup>13</sup> SOUZA, Carlos Eduardo da Silva e. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil**. Consulta em <<http://jusvi.com/artigos/36743>> em 19/09/2011.

Como a mudança não ocorre na Lei este tema permanece pantanoso e os artigos de direito sucessório que tratam sobre a união estável, sobretudo o 1.790, restam inconstitucionais, segundo se debate em grande parte da doutrina e, como foi demonstrado, também por parte da jurisprudência, notadamente da Vara de Família e Sucessões do interior de São Paulo e do próprio STJ.

Enquanto perdura esta situação, resta-nos somente o debate e a discussão, pois este tem sido o meio de a sociedade demonstrar ao Legislador que as Leis se tornaram meras folhas de papel que não se destinam a mais nenhum indivíduo quando não se coadunam com a realidade social.

#### 4 A LACUNA LEGISLATIVA DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ao observar o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que regula sobre a sucessão dos companheiros, percebemos que falta algo que esperávamos que estivesse no fluir de nossa leitura.

Diz o artigo:

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.

Há um inciso I que regula a sucessão no caso de haver **somente** filhos comuns entre os companheiros; há um inciso II que regula a sucessão no caso de haver **somente** descendentes do autor da herança; esperávamos que houvesse em seguida um dispositivo que regulasse a situação em que existem tanto filhos comuns quanto filhos somente do autor da herança, o que não ocorre. O Legislador ignorou fato que acontece mais comumente na constituição familiar brasileira.

Nossa solução final foi bastante debatida, qual seja, a equiparação do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge sobrevivente. Sabemos, contudo, que isto deve ser feito mediante processo legislativo, o que, no Brasil, tende a não ser tão ágil quanto deveria; por isso, é necessário que enquanto não haja uma mudança adequada nesta vertente da Legislação, nós resolvamos as situações que nos são apresentadas com o apoio do que temos na Lei em vigor.

Assim sendo, propomos esta resolução fora da pura Ciência do Direito, isto é, buscaremos na Ciência Lógica e alguns elementos da Ciência Matemática para, de forma **proporcional**, distribuir os bens sucessórios do autor da herança no caso em que não há um inciso disciplinando, qual seja, o caso em que há filhos comuns e filhos só do autor da herança. Para justificar, vamos passar pela realidade familiar brasileira frente à ausência de previsão legal adequada e abordaremos o

princípio da igualdade entre os irmãos, o que nos fará entender que é inadmissível qualquer divisão que faça o *quantum* de uma classe de irmãos (filhos comuns) ser diferente da outra (filhos só do autor da herança).

#### **4.1 A realidade familiar brasileira frente à ausência de previsão legal**

De tudo que está nos manuais de Direito das Famílias, percebemos que a família regida pelo Código de 1916 é a formada pelo casamento; por outro lado, a maior parte das famílias de atualmente são formadas por união estável. Não há necessidade de um estudo de caso, pois o que mais vemos são pessoas que se dizem “ajuntadas” ou “casadas” sem, contudo, o serem de fato. Basta fazermos o teste; isso ocorre, sobretudo, na maior camada da população de classe média baixa e pobre.

Assim, podemos dizer que a realidade familiar atual contempla tanto pessoas unidas pelo vínculo matrimonial quanto pelo vínculo afetivo de fato. Longe de ser algo simples, cada um desses institutos é completo em si mesmo e tem inúmeros detalhes que não podem ser apenas vislumbrados, mas, sim, precisam ser conhecidos e regulados exaustivamente para que não corramos o risco de nos depararmos com lacunas legislativas grotescas.

O problema do legislador é que ele não consegue acompanhar a realidade social. O processo legislativo é demorado demais e se estende, muitas vezes, por duas ou três décadas, o que já é tempo suficiente para haver uma mudança substancial na organização da sociedade, mudança esta que se reflete no comércio, nos contratos e, sobretudo, na estrutura familiar e suas necessidades que são nosso objeto de estudo.

Desta forma, temos um legislador que projeta, para a sociedade de uma época, certa lei que deverá vigorar para uma sociedade completamente diferente de anos mais tarde; ocorre, então, o que já era dito por Lassale, ou seja, que a lei que não contempla a realidade atual é uma “lei de papel” ou “mera folha de papel”, pois não serve para ser aplicada. Este problema só pode ser resolvido com a celeridade do processo legislativo nos casos mais urgentes. Sabemos, contudo, principalmente pelos fatos e escândalos que nos são apresentados pela mídia que se relacionam

ao Legislativo, que as aprovações ou desaprovações de Leis têm sido objetos de guerras políticas e de instrumentalização do Direito para satisfação deste ou daquele grupo de pessoas conforme quem oferece maior prestígio ou recompensa, isto sem nem querer adentrar o problema da corrupção que está montado em nosso país, pois fugiria do propósito do nosso estudo.

Ainda neste norte, sabemos que o anteprojeto do Código Civil de 2002 é do ano de 1973 e que o seu projeto é do ano de 1975. Há dois grandes problemas com relação a isto: o primeiro está relacionado ao tempo de estudo e aprovação do projeto, ou seja, mais de duas décadas, tempo em que a sociedade tem sua cultura e conceitos sociais modificados; o segundo é referente ao advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 que trouxe diversas mudanças requisitadas pela pressão social.

Percebemos, inclusive, que, em pouco mais de dez anos, a Constituição sofreu alteração para não correr o risco de virar mera “folha de papel” (Lassale), pois a própria sociedade havia mudado; mas o legislador demonstra não saber se adequar às mudanças de forma gradual; mais parece que ele só age quando é coagido pelo clamor público ou porque tal situação não se pode mais sustentar. Isso ocorre pelo mesmo motivo da sua inação, isto é, o medo de perder o posto que ocupa e, conseqüentemente, a remuneração mensal que percebe.

Sobre estes motivos, dizemos que são diversos, sobretudo que o legislador é eleito no Brasil e enfrenta dois grandes problemas: o primeiro está relacionado à pressão do partido político ao qual está afiliado; o segundo é referente ao temor de não se reeleger caso faça algo que desagrade o seu eleitorado.

Temos, por isso, um quadro em que a política atrapalha o Direito; de um lado, há os partidos políticos com seus interesses particulares e não os interesses que deveriam ser dirigidos ao povo; de outro lado, a ganância do representante eleito que não deseja, de forma alguma, largar a segurança da remuneração pública pelos serviços que, muitas vezes, nem são prestados.

Para resolver este quadro deplorável, o Direito tem intervindo nas questões legislativas através dos Tribunais Superiores, sobretudo o STJ e o STF que editam súmulas que mais têm caráter de Leis do que propriamente uniformização de entendimento. Vemos isso e podemos afirmar, certamente, que o

Legislativo tem, comodamente, deslocado sua competência para o Judiciário; isso porque o judiciário é formado por concursados atualmente e não pelo voto popular.

Qual seria a solução?

Devemos trazer a Teoria Constitucional para a prática e exigir que o legislador contemple a democracia, onde a vontade da maioria prevalece; da maioria e não dos eleitores deste ou daquele político. E isso só pode ser feito pela movimentação social; movimentação e não arruaça; reivindicações populares e não vandalismo como vemos na maioria das vezes.

Além do mais, não se pode entender como leis importantes, como os Códigos, se mostram retrógrados; tais leis precisam de um processo legislativo breve que assegure que o projeto que nasceu numa realidade vigore para aquela mesma realidade e não para uma posterior. E para remediar o estrago causado pela demora no processo legislativo, o constituinte derivado emenda a Constituição como se fosse uma lei como outra qualquer.

A Constituição do Brasil possui mais **emendas** do que a Constituição dos Estados Unidos possui **artigos**. Comparemos a eficácia de um e de outro sistema judiciário e vejamos qual deles funciona melhor.

Outro exemplo é a Legislação Penal: um Código de Direito material do ano de 1940 e um Código Processual de 1941 regendo uma sociedade do ano de 2011, sete décadas mais tarde.

De toda forma, gostaríamos de justificar que propomos este debate não como mera crítica, mas para demonstrar que, se o Poder Legislativo cumprisse sua função, sem os receios que demonstra ter, nosso ordenamento jurídico teria um caráter muito mais atualizado do que é.

Para concluirmos e reforçarmos o que foi exposto com relação à cultura jurídica brasileira, tomemos um dizer do professor Eduardo de Mello e Souza que, em sala de aula, expõe a sua opinião de que

O povo brasileiro tem, infelizmente, uma cultura latina, onde se procura, sempre, por alguém que resolverá os seus conflitos, cultura esta advinda, sobretudo dos moldes da religião predominante, qual seja, a católica, que induz ao *vitimismo* e ao procurar no outro a solução que está dentro de si. Percebemos que nos países onde outras religiões cristãs predominam, como o protestantismo nos Estados Unidos, induzem a sociedade a buscar as soluções para os seus próprios conflitos e a não se colocarem paradas frente às suas reais necessidades. Apontamos isto, para demonstrar uma



das possíveis causas de o povo brasileiro ser tão acomodado à espera de uma solução de outrem ao passo que países anglo-saxões saem às ruas em busca das soluções adequadas aos seus conflitos.

## 4.2 O princípio da igualdade entre os irmãos

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 227, §6º, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Assim sendo, também se vê **proibida a ausência de norma** que proteja a sucessão de ambos de forma conjunta pelo próprio princípio da igualdade entre os irmãos.

Neste mesmo norte, diz José Afonso da Silva:

O art. 227, § 6º, contém importante norma relativa ao *direito de filiação*, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a elas relativas. Ficam, assim, banidas da legislação civil expressões como filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos, filhos incestuosos. Por outro lado, expressamente é admitida a adoção de crianças brasileiras por estrangeiro, desde que seja assistida pelo Poder Público [...].

Isto significa que o constituinte afastou o que era a prática na sociedade regida pelo Código Civil de 1916, qual seja, a de que somente os filhos legítimos tinham direitos, ao passo que os ilegítimos não os possuíam. Esta mudança se refletiu em toda a estrutura familiar de transição (entre o advento da Constituição de 1988 e a vigência do Código Civil de 2002).

A partir de então, ficara vedada qualquer discriminação entre as categorias de filhos, não importando se advieram de uniões legais (casamento, união estável, adoção, etc.) ou ilegais (concubinato, incesto, violência sexual, etc.). Filhos são filhos sem que haja classificações que importem em diferenciá-los.

Este fato está permeado de grande proteção à criança e ao adolescente, o que já se consagrara no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 antes do advento do Código Civil de 2002, mas depois da promulgação da Constituição de 1988. Sustentamos esta hipótese, pois aquele que nasce não pediu para nascer, mas veio ao mundo por vontade de duas outras pessoas alheias à sua própria, razão pela qual não se pode prejudicar o infante.

Há, até mesmo, que se falar em um resquício da Responsabilidade Civil dentro do Direito das Famílias neste sentido, pois aqueles que foram responsáveis por gerar o filho devem, por ele, serem responsáveis até que este atinja idade hábil para se sustentar e praticar os atos que a vida civil lhe demanda. Além disso, buscamos justificativa no Direito da Criança e do Adolescente para dizer que ambos a criança e o adolescente são indefesos tanto juridicamente quanto socialmente, podendo ser objeto de discriminações e de abusos.

Além do mais, este princípio que regula a igualdade entre os irmãos fora consagrado norma na Constituição de 1988 e já teve aplicações práticas dentre as conhecidas e as desconhecidas. Talvez possamos nos lembrar de um caso clássico que foi o da neta do ex-presidente Emílio Garrastazu Médici que foi, por ele e sua mulher, adotada como filha.

Cláudia passou a receber pensão de seu pai / avô após sua morte na qualidade de filha / herdeira do então general. Em 2005, a pensão foi suspensa administrativamente com a justificativa de que a adoção teria sido ilegal. Em primeira instância, a justiça garantiu que voltasse a recebê-la, mas o TRF da 2ª Região cassou a decisão alegando que o objetivo da adoção era meramente receber a pensão e não por ter sido ilegal, uma vez que estavam atendidos os requisitos do Código Civil de 1916 e do Código de Menores.

Na Quinta Turma do STJ, todos os Ministros acompanharam o voto do Relator Jorge Mussi que decidiu que: 1 – deveria ter havido processo administrativo com ampla defesa para a cessação do pagamento pela administração; 2 – a adoção poderia ter sido feita, à época, até mesmo por escritura pública, não havendo que se falar em irregularidade; 3 – de acordo com o **artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988**, é vedada **qualquer forma** de discriminação entre filhos legítimos e naturais; e 4 – o TRF2 não poderia ter feito a interpretação que fez, pois atentou contra a Constituição<sup>14</sup>.

Tendo exposto isto, podemos perceber como a igualdade entre os irmãos tem aplicação imediata, não estando somente por detrás de normas do Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas expressamente aplicada tal norma

constitucional pelos Tribunais Superiores, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

### 4.3 Como resolver o vácuo legislativo do art. 1.790 do Código Civil de 2002

Como já afirmamos, entendemos que a melhor solução ao nosso problema estaria, de fato, na equiparação do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge sobrevivente, uma vez que poderiam ser contemplados, para todos os efeitos, os contratos de união estável que dispusessem em contrário ao estipulado pela regra geral sobre o regime de bens, qual seja, a da comunhão parcial de bens.

Já que isto não ocorre de imediato, contudo, precisamos achar um meio mais rápido para sanar este problema tendo em conta, ao mesmo tempo, o texto legal competente e noção básica de lógica e proporcionalidade.

Nosso propósito não é o de expor um estudo que resolverá algo no futuro; é, sim, expor nossa idéia de algo para o futuro, mas apresentar, sobretudo, algo de efetivo para o presente, pois os problemas já atulham o Judiciário desde muitos anos.

Os Tribunais de Justiça têm resolvido este vácuo legislativo do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 com a aplicação da proporcionalidade, sobretudo, utilizando um dos quatro entendimentos: 1 – partindo do pressuposto de que o inciso I do artigo 1.790 poderia ser equiparado a qualquer caso em que houver filhos das duas classes; 2 – partindo do pressuposto de que a classe que houver mais representantes define a regra (se mais filhos comuns, aplica-se o inciso I; se mais filhos só do autor da herança, aplica-se o inciso II); 3 – partindo do pressuposto de que do montante, faz-se a divisão aplicando-se as duas regras dentro do todo de cada grupo e se confere à companheira a parte que lhe cabe, situação que gera desigualdade entre os irmãos, e; 4 – proporção dentro do todo da herança com garantia de igualdade entre as partes que recebem cada filho (o método lógico apresentado pela professora Maria Helena Diniz em seu Curso de Direito Civil

---

<sup>14</sup> Retirado do site do Superior Tribunal de Justiça na seção "Notícias". **Neta adotada como filha pelo ex-presidente Médico garante direito à pensão alimentar.** Consulta em <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102404](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102404)> em 17/10/2011.

Volume VI que parte do pressuposto de que do montante, a cada parte recebida por um filho comum, se confere uma parte à companheira e a cada parte recebida por um filho só do autor da herança, se confere meia parte à companheira).

A primeira e a segunda hipóteses nos são fáceis de serem entendidas sem necessidades de grandes explicações.

A terceira hipótese reside no exemplo que daremos: se tivermos 2 filhos comuns e 3 filhos só do autor da herança, uma herança total de R\$100.000,00, teríamos que proceder desta forma:

- Herança: R\$100.000,00, dividida por cinco, pois são cinco filhos. Temos, portanto, R\$20.000,00 por filho;

- Classe X (filhos comuns): são dois; temos R\$40.000,00 nesta classe (R\$20.000,00 multiplicados pelos dois filhos);

- Classe Y (filhos só do autor da herança): são três; temos R\$60.000,00 nesta classe (R\$20.000,00 multiplicados pelos três filhos);

- Companheiro/a: receberá da classe X R\$13.333,33 (pegamos o montante de R\$40.000,00 e dividimos igualmente entre três) e da classe Y R\$8.571,14 (pegamos o montante de R\$60.000,00 e dividimos por 7, pois são duas partes para cada um dos três filhos e mais uma parte do companheiro/a), totalizando R\$21.904,47.

- Resultado: cada filho comum (classe X) ficará com R\$13.333,00 e cada filho só do autor da herança ficará com R\$17.142,95.

- Conclusão: este método é inconstitucional porquanto fere o princípio da igualdade entre os irmãos.

A quarta hipótese é a hipótese que utiliza a lógica aliada à proporcionalidade matemática, sendo, portanto, a que mais nos parece correta. Vamos nos aprofundar nesta hipótese mais adiante.

Vejamos antes, contudo, o que diz a jurisprudência:

Agravo de instrumento. União Estável. Arrolamento. Decisão que determinou que o agravante apresentasse novo plano de partilha, tendo em vista a exclusão da agravada da divisão dos bens particulares do “de cujus”. Admissibilidade. **Inconstitucionalidade do artigo 1790, II, do Código Civil. Princípio da igualdade. Observância da sucessão legítima do cônjuge.**

**Aplicação do artigo 1829, inc. I e III, do CC.** Decisão mantida. Recurso desprovido.

(Agravado de Instrumento 0545021-93.2010.8.26.0000 do TJSP. Relator: Des. Fábio Quadros. Quarta Câmara de Direito Privado. Julgamento em 26/05/2011.)

Embora nos posicionemos favoráveis à equiparação do direito sucessório dos companheiros ao direito sucessório dos cônjuges, não vemos como o melhor meio de obter tal fim a ação de ignorar o dispositivo legal já existente, qual seja, o 1.790 do CC. Entendemos que há necessidade de revogá-lo ou alterá-lo dando-lhe redação semelhante a esta: “a sucessão dos companheiros em união estável seguirá a regra da sucessão dos cônjuges casados”. Contudo, em não havendo tal estipulação legal (norma positiva), pensamos ser bastante arbitrário que os tribunais passem por cima das normas existentes.

Direito sucessório decorrente de união estável. Inconstitucionalidade incidental do artigo 1790, II do CC de 2002. Fortes precedentes jurisprudenciais no mesmo sentido. Aplicação do artigo 1829, I, do CC. Equiparação entre união estável e casamento. Inteligência no artigo 226 da CF. Decisão agravada que fica mantida. Recurso improvido.

(Agravado de Instrumento 994092786269 do TJSP. Relator: Des. José Joaquim dos Santos. Sexta Câmara de Direito Privado. Julgamento em 29/04/2010.)

Este julgado só vem reforçar o posicionamento do TJSP frente à equiparação do direito sucessório na união estável ao direito sucessório do casamento.

Reforçamos, contudo, que entendemos que o correto seria fazer tal equiparação a partir do processo legislativo, afinal, é o Poder Legislativo quem tem a legitimidade de regular a sociedade e, vemos, nas últimas duas décadas, o Poder Judiciário absorver esta competência por causa da inação do Poder Legislativo.

Esta situação é politicamente difícil e perigosa e, muito pior, inconstitucional, pois a Carta Magna traz, em seu artigo 2º, a seguinte norma: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Analisemos os vocábulos “independente” e “harmônico” para vermos que eles trazem duas facetas: 1 – a independência significa que nenhum outro poder poderá lhe avocar ou restringir a competência na área em que sua atuação é chamada e; 2 – nenhum outro Poder poderá coagir ou forçar de qualquer forma um poder a agir ou não agir frente a determinada situação (isto gera inação).

Neste norte, nos ensina José Afonso da Silva em seu Curso de Direito Constitucional Positivo:

*A independência dos poderes* significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...]

*A harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. **De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há [...] um sistema de freios e contrapesos [...].**

Quer dizer, este sistema de freios a que se refere o autor supracitado é aquele que permite que um Poder possa propor a outro algo de sua competência, mas não **impô-lo**, o que é bastante diferente. Por exemplo, é competência do Congresso Nacional a matéria legislativa, sobretudo, a aprovação de Lei; pode, contudo, o Presidente da República vetar artigos e/ou parágrafos ou pode propor projetos de Lei; não pode, no entanto, forçar a aprovação pelas vias do processo legislativo, embora se saiba que esta prática aconteça pela pressão política de um Poder sobre outro.

Dissemos tudo isso para justificar a solução que apresentaremos. Não entendemos que seja razoável que o Poder Judiciário ignore a norma como tem feito em alguns Tribunais do país, aplicando dispositivo regulatório do casamento nos casos de união estável; entendemos que esta mudança deve, sim, ocorrer, mas pelas vias legislativas. Enquanto isso, ao Judiciário só resta aplicar a Lei e, na sua ausência, a proporcionalidade.

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;

[...]

Portanto, chegamos à nossa proposta de resolução do vácuo existente no artigo 1.790. Já dissemos que há, neste artigo, um inciso I que regula a sucessão no caso de haver **somente** filhos comuns entre os companheiros; que há um inciso II

que regula a sucessão no caso de haver **somente** descendentes do autor da herança; que esperávamos que houvesse em seguida um dispositivo que regulasse a situação em que existem tanto filhos comuns quanto filhos somente do autor da herança, o que não ocorre.

Já que o Legislador ignorou, por ato de vontade ou esquecimento, fato que acontece mais comumente na constituição familiar brasileira, vamos propor que seja feita uma aplicação proporcional entre estes dois incisos em que quanto mais filhos comuns tiverem os companheiros, tanto mais a quota sucessória chegará perto de uma parte e; quanto mais filhos só do autor da herança tiver o companheiro autor da herança, tanto mais perto de meia parte da quota terá o companheiro sobrevivente.

Para tanto propomos que olhemos aos artigos do ponto de vista lógico-matemático. Para isso, utilizaremos as seguintes siglas:

$q_c$  = quota do/a companheiro/a;

$q_x$  = quota do filho comum;

$q_y$  = quota do filho só do autor da herança;

$q_f$  = quota de cada filho quando da mistura de classes (comum ou só do autor da herança);

$x$  = número de filhos comuns;

$y$  = número de filhos só do autor da herança;

$1$  = quota equivalente à do/a companheiro/a.

Começemos, então, com o inciso I do artigo 1.790. Sua redação nos diz que: “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Logo, podemos ler, matematicamente, como  $q_c = q_x$ , ou seja, a quota do filho comum é igual à quota da companheira. Além disso, precisamos entender que a quota do filho comum é igual ao todo da herança dividida pelo número de filhos mais o/a companheiro/a. Traduzindo, para o inciso primeiro teríamos a **fórmula 1**, qual seja:

$$q_c = q_x = \frac{1}{x + 1} \quad (1)$$

Qualquer valor dará certo nesta fórmula conforme demonstraremos abaixo em três exemplos:

a) 4 filhos comuns – se o número de filhos comuns é 4,  $x = 4$  e, portanto, temos a fração de  $1/5$ , para cada filho. Sendo 4 filhos, os filhos possuem  $4/5$  juntos, sobrando  $1/5$  para o/a companheiro/a. Percebe-se que tanto o/a companheiro/a quanto os filhos receberam uma quota igual ( $1/5$ ).

b) 7 filhos comuns – se o número de filhos comuns é 7,  $x = 7$  e, portanto, temos a fração de  $1/8$ , para cada filho. Sendo 7 filhos, os filhos possuem  $7/8$  juntos, sobrando  $1/8$  para o/a companheiro/a. Percebe-se que tanto o/a companheiro/a quanto os filhos receberam uma quota igual ( $1/8$ ).

c) 19 filhos comuns - se o número de filhos comuns é 19,  $x = 19$  e, portanto, temos a fração de  $1/19$ , para cada filho. Sendo 4 filhos, os filhos possuem  $18/19$  juntos, sobrando  $1/19$  para o/a companheiro/a. Percebe-se que tanto o/a companheiro/a quanto os filhos receberam uma quota igual ( $1/19$ ).

Assim sendo, percebemos que a linguagem matemática nos evidencia a exatidão através da lógica.

Vejamos, agora, o caso do inciso II do mesmo artigo em debate, *in verbis*: “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”. Logo, podemos ler, matematicamente, como  $2q_c = q_y$  ou ainda  $q_c = q_y/2$ , ou seja, a quota do filho só do autor da herança é igual ao dobro da quota do/a companheiro/a ou ainda a quota do/a companheiro/a é a metade da quota do filho só do autor da herança. Além disso, precisamos entender que a quota do filho só do autor da herança é igual ao todo da herança dividida pelo número de filhos mais a metade da representação do/a companheiro/a. Traduzindo, para o inciso primeiro teríamos:

$$2q_c = q_y = \frac{1}{y + \frac{1}{2}} \quad \text{ou} \quad q_c = \frac{q_y}{2} = \frac{1}{y + \frac{1}{2}}$$

Resolvendo esta equação para que tenhamos apenas números inteiros no denominador, teremos:

$$\frac{1}{y + \frac{1}{2}} \rightarrow \frac{1}{\frac{2y + 1}{2}} \rightarrow \frac{2}{2y + 1}$$



Logo, temos a **fórmula 2** conforme segue:

$$2q_c = q_y = \frac{2}{2y + 1} \quad (2)$$

Qualquer valor dará certo nesta fórmula conforme demonstraremos abaixo em três exemplos:

a) 2 filhos só do autor da herança – se o número de filhos só do autor da herança é 2,  $y = 2$  e, portanto, temos a fração de  $2/5$ , para cada filho. Sendo 2 filhos, os filhos possuem  $4/5$  juntos, sobrando  $1/5$  para o/a companheiro/a. Percebe-se que o/a companheiro/a recebeu a metade da quota dos filhos ( $1/5$  em relação a  $2/5$ ).

b) 4 filhos só do autor da herança – se o número de filhos só do autor da herança é 4,  $y = 4$  e, portanto, temos a fração de  $2/9$ , para cada filho. Sendo 4 filhos, os filhos possuem  $8/9$  juntos, sobrando  $1/9$  para o/a companheiro/a. Percebe-se que o/a companheiro/a recebeu a metade da quota dos filhos ( $1/9$  em relação a  $2/9$ ).

c) 36 filhos só do autor da herança – se o número de filhos só do autor da herança é 36,  $y = 36$  e, portanto, temos a fração de  $2/73$ , para cada filho. Sendo 36 filhos, os filhos possuem  $72/73$  juntos, sobrando  $1/73$  para o/a companheiro/a. Percebe-se que o/a companheiro/a recebeu a metade da quota dos filhos ( $1/73$  em relação a  $2/73$ ).

Para calcular a quota que caberia ao/à companheiro/a no caso de haver filhos das duas classes, precisaríamos chegar num meio termo entre as fórmulas, levando em consideração o peso em cada uma delas, que faremos multiplicando-as pelo número de filhos da classe.

Para tanto, precisaremos analisar o denominador de cada uma das duas fórmulas (1 e 2) dadas acima e achar o denominador comum, não pela matemática aritmética, mas pela lógica. Em seguida, precisamos dividir o resultado pelo número total de filhos para obter a quota de cada filho ( $q_f$ ). Daí, é bastante fácil achar a quota do/a companheiro/a.

$$\text{art. 1.790, inciso I} \rightarrow q_x = \frac{1}{x + 1}$$

$$\text{art. 1.790, inciso II} \rightarrow q_y = \frac{2}{2y + 1}$$

Se analisarmos a função do denominador numa e noutra fórmula, perceberemos que a função dele é a de dividir o todo da herança pelo número total de concorrentes a ela. Notamos, contudo, na fórmula que representa o inciso II, que no denominador, o número de filhos só do autor da herança ( $y$ ) está multiplicado por dois, consoante a dedução matemática demonstrada neste capítulo. Pela **lógica**, este peso o acompanhará no denominador comum, pois se trocarmos uma incógnita pelo valor 0, é necessário que restemos com a fórmula de um ou de outro caso; se colocarmos 0 no  $x$ , restaremos com a fórmula privativa do inciso II; se colocarmos 0 no  $y$ , restaremos com a fórmula privativa do inciso I. Então teremos:

$$\frac{1}{x+1} \rightarrow \frac{1}{x+1+2y} \rightarrow \frac{1}{x+2y+1} \quad \text{e} \quad \frac{2}{2y+1} \rightarrow \frac{2}{2y+1+x} \rightarrow \frac{2}{x+2y+1}$$

Podemos nos perguntar o porquê disso ter sido feito. Ora, não dissemos que a função do denominador era o de dividir o todo da herança por **todos os concorrentes a ela**? Logo, agora são concorrentes os filhos comuns ( $x$ ), os filhos só do autor da herança com peso 2 ( $2y$ ) e o/a companheiro/a, por isso,  $x + 2y + 1$ . Este é, portanto, o denominador comum das quotas.

Mas ainda é preciso fazer uma modificação nelas a fim de que garantamos o peso em função do número de filhos de cada classe. Para isso, a primeira fórmula, como se originou do inciso I que regula sobre os **filhos comuns**, multiplicaremos pelo número de filhos comuns ( $x$ ), ao passo que a segunda equação, originada do inciso II que regula sobre os **filhos só do autor da herança**, multiplicaremos pelo número de filhos só do autor da herança ( $y$ ) sem peso 2, pois ele já está no numerador da mesma fórmula.

Teremos, portanto<sup>15</sup>:

$$\frac{1}{x+2y+1} \cdot x \rightarrow \frac{x}{x+2y+1} \quad \text{e} \quad \frac{2}{x+2y+1} \cdot y \rightarrow \frac{2y}{x+2y+1}$$

Agora que temos as duas fórmulas com seus denominadores adequadamente encontrados de forma proporcional e o peso ajustado, podemos fazer a média aritmética proporcional entre elas para achar a quota que ganharia

---

<sup>15</sup> Para não confundir o “ $x$ ” de sinal multiplicativo com o “ $x$ ” da incógnita, mostraremos a multiplicação pelo seu outro símbolo: um ponto “.”.

cada filho (seja comum ou só do autor da herança) que representamos pela sigla  $q_f$ . Lembramos que agora que nós fizemos estes ajustes, não há mais que se falar em  $q_x$  e  $q_y$ , pois sumimos com a diferenciação de classes na compensação das equações. Agora,  $q_x$  e  $q_y$  se equipararam em  $q_f$ . Como multiplicamos a primeira fórmula por  $x$  e a segunda por  $y$ , dividiremos a soma das duas (média aritmética) por  $x + y$ .

Ao fim, teremos a **fórmula 3** conforme segue abaixo:

$$q_f = \frac{\frac{x}{x + 2y + 1} + \frac{2y}{x + 2y + 1}}{x + y}$$

Resumindo:

$$q_f = \frac{\frac{x + 2y}{x + 2y + 1}}{x + y}$$

Ou também, por uma questão de estilo, a fim de deixar o denominador com maior número de membros:

$$q_f = \frac{\frac{x + 2y}{x + y}}{x + 2y + 1} \quad (3)$$

Esta fórmula final resolve **todos** os casos de sucessão do artigo 1.790, incisos I e II do Código Civil de 2002. Tanto os casos do inciso I, onde temos somente filhos comuns, quanto os casos do inciso II, onde só temos filhos só do autor da herança, quanto, ainda, os casos de filhos das duas classes serão todos resolvidos mediante a aplicação desta fórmula.

Vejamos nove exemplos: três para casos em que há só filhos comuns, três para os que trazem só filhos só do autor da herança e, por fim, três casos em que há filhos das duas classes.

a) Somente 1 filho comum – substituindo na fórmula, teremos  $[(1+0)/1+0]/1+0+1 = 1/2$  para o filho. Sendo um único filho comum, o total fica  $1/2$  e sobra  $1/2$  para o/a companheiro/a, porquanto quotas iguais aos dois, conforme manda o inciso I;

b) 2 filhos comuns – substituindo na fórmula, teremos  $[(2+0)/2+0]/2+0+1 = 1/3$  para cada filho. Sendo dois filhos comuns, o total deles fica  $2/3$  e sobra  $1/3$  para o/a companheiro/a, porquanto quotas iguais a todos;

c) 5 filhos comuns – 2 filhos comuns – substituindo na fórmula, teremos  $[(5+0)/5+0]/5+0+1 = 1/6$  para cada filho. Sendo cinco filhos comuns, o total deles fica  $5/6$  e sobra  $1/6$  para o/a companheiro/a, porquanto quotas iguais a todos;

d) Somente 1 filho só do autor da herança – substituindo na fórmula, teremos  $[(0+2)/0+1]/0+2+1 = 2/3$  para o filho. Sendo um único filho só do autor da herança, o total permanece  $2/3$  e sobra  $1/3$  para o/a companheiro/a, porquanto a quota do/a companheiro/a resta pela metade, conforme inciso II;

e) 2 filhos só do autor da herança – substituindo na fórmula, teremos  $[(0+4)/0+2]/0+4+1 = 2/5$  para cada filho. Sendo dois filhos só do autor da herança, o total permanece  $4/5$  e sobra  $1/5$  para o/a companheiro/a, porquanto a quota do/a companheiro/a resta pela metade;

f) 5 filhos só do autor da herança – substituindo na fórmula, teremos  $[(0+10)/0+5]/0+10+1 = 2/11$  para cada filho. Sendo cinco filhos só do autor da herança, o total permanece  $10/11$  e sobra  $1/11$  para o/a companheiro/a, porquanto a quota do/a companheiro/a resta pela metade;

g) 1 filho comum e 1 filho só do autor da herança – substituindo na fórmula, teremos  $[(1+2)/1+1]/1+2+1 = 3/8$  para cada filho. Sendo dois filhos, o total permanece  $6/8 = 3/4$  e sobra  $2/8$  ou  $1/4$  para o/a companheiro/a, porquanto a quota do/a companheiro/a está entre a quota que caberia ao filho comum (se houvesse somente filhos comuns) e a metade do que caberia ao filho só do autor da herança (se houvesse só filho do autor da herança). Quer dizer  $3/8 = 37,5\%$  e  $1/4 = 25\%$ . Percebemos como  $25\%$  é menor que  $37,5\%$ , mas é maior que  $18,75\%$  (metade de  $37,5\%$ ). Neste caso em específico, porque há número igual de filhos em cada classe, o valor de  $25\%$  pode ser achado dividindo-se os  $37,5\%$  por  $1,5$  (1 parte do filho comum mais meia parte do filho só do autor da herança);

h) 3 filhos comuns e 1 filho só do autor da herança – substituindo na fórmula, teremos  $[(3+2)/3+1]/3+2+1 = 5/24$  para cada filho. Sendo quatro filhos, o total permanece  $20/24 = 5/6$  e sobra  $4/24$  ou  $1/6$  para o/a companheiro/a, porquanto respeita a regra suprafundamentada. Cada filho receberia  $20,833\%$  e o/a

companheiro/a receberia 16,667%. Percebemos que porque há mais filhos comuns, a quota do/a companheiro/a chegou mais perto da quota dos filhos, mas havendo um só do autor da herança, este valor não ficou igual;

i) 1 filho comum e 3 filhos só do autor da herança – substituindo na fórmula, teremos  $[(1+6)/1+3]/1+6+1 = 7/32$  para cada filho. Sendo quatro filhos, o total permanece  $28/32 = 7/8$  e sobra  $4/32$  ou  $1/8$  para o/a companheiro/a, porquanto respeita a regra suprafundamentada. Cada filho receberia 21,875% e o/a companheiro/a receberia 12,5%. Percebemos que porque há mais filhos só do autor da herança, a quota do/a companheiro/a chegou mais perto da metade da quota dos filhos, mas havendo um filho comum, este valor ficou um pouco maior que a metade da quota dos filhos (que seria 10,9375%).

Com esta fórmula em uso nas decisões que envolvam união estável, podemos aplicar o direito sem que se ignore nenhum dispositivo legal e, de outro lado, podemos manter a proporcionalidade daquilo que diz a Lei. Tal proporcionalidade foi demonstrada ao longo deste estudo e foi resguardada na fórmula lógico-matemática que propusemos neste estudo.

## 5 CONCLUSÃO

O histórico do instituto da união estável aliado a uma análise mais criteriosa da diferença existente entre tal instituto e o concubinato puderam nos demonstrar que é necessário que lancemos um olhar diferente ao conceito de união estável que englobe todo o conjunto de mudanças que ocorreram no Direito das Famílias desde 1950 até o presente período, sobretudo após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disto, pudemos demonstrar como soa melhor, para os ouvidos dos juristas que estudam este tema (principalmente depois do STF ter se pronunciado neste ano sobre a união homossexual) o conceito que expusemos, qual seja o de que a *união estável é o instituto do Direito das Famílias que considera, para o fim de constituição familiar, a união entre dois cidadãos, sejam eles de sexos iguais ou diferentes, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

Sobre o que expusemos da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, podemos afirmar que ele se encontra mal localizado, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil, em nosso entendimento, equipara a proteção da união estável à do casamento; deveria, portanto, estar na parte que regula sobre a sucessão legítima e não na parte geral como foi colocada; isso, não só por este motivo, mas também porque por disposições gerais, entendemos que seja um espaço da Lei (ou Título, ou Capítulo) que deve regular matérias que sejam comuns a todos os tipos que virão adiante.

Por isso, percebemos como a localização deste artigo está incorreta, visto que não se aplicará a todas as disposições, bastando como exemplo, o próprio casamento.

Vemos como as Leis 8.971/94 e 9.278/96 foram marcos no Direito das Famílias no período após a Constituição de 1988, pois deram alguma regulação ao instituto da união estável, sobretudo a Lei mais nova que inovou a questão do prazo que, antes era de 5 anos e, então, passou a não haver prazo, ficando esta questão muito parecida com a forma que se regulou no Código Civil a questão e como a Doutrina vem tratando-a.

Pudemos perceber, outrossim, como as dificuldades do juristas também recaem sobre a inércia (ou semi-inércia) do legislador. Ao passo que este está mais preocupado em poder se reeleger e continuar no poder, aquele se preocupa em poder solucionar efetivamente o problema daqueles que o procuram.

Há, em nossa opinião, dois problemas no artigo 1.790: o primeiro diz respeito à localização e não pode ser resolvido senão pelo próprio legislador através do processo legislativo; o segundo se refere a uma ausência de regulamento que, conforme já vimos, tem sido motivo de aplicação de outras normas para driblar o vácuo.

Com relação a este último, entendemos que a melhor maneira de resolvê-lo é através da proporcionalidade matemática e da lógica, a fim de que possamos contemplar a aplicação simultânea dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Demonstramos que, para chegar nesta fórmula, precisamos, primeiramente, entender que **não pode haver distinção entre os irmãos**, pois a Constituição o veda. Que o texto da Constituição fosse:

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 filhos das duas classes elencadas nos incisos I e II, terá direito a uma quota proporcionalmente ajustada;**

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

V - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Entendemos, contudo, que o termo sublinhado poderia, ainda, deixar o juiz com margem muito ampla para aplicação e, portanto, trouxemos a seguinte fórmula para resolver este problema:

$$q_f = \frac{\frac{x + 2y}{x + y}}{x + 2y + 1}$$

em que  $q_f$  corresponde à quota devida a cada filho;  $x$ , ao número de filhos comuns entre os companheiros; e  $y$ , ao número de filhos só do autor da herança.

Por isso, entendemos que a redação do artigo poderia ser mais apropriada se estivesse disposta da seguinte forma:

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 filhos das duas classes elencadas nos incisos I e II, terá direito a uma quota equivalente ao que remanescer da distribuição das quotas dos filhos após aplicação da fórmula**

$$q_f = \frac{\frac{x + 2y}{x + y}}{x + 2y + 1}$$

**em que  $q_f$  corresponde à quota devida a cada filho;  $x$ , ao número de filhos comuns entre os companheiros; e  $y$ , ao número de filhos só do autor da herança;**

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

V - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Porque entendemos assim, criamos inclusive um programa no Excel para que esta fórmula seja executada sem dificuldades pelos Magistrados enquanto tal situação não é modificada pelo processo legislativo.

A maneira mais adequada de regular a sucessão na união estável é equiparando-a ao casamento, mas, em não sendo possível sem o devido processo legislativo, propomos, alternativamente, a abordagem da proporcionalidade conforme expusemos.



## REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev.e acresc. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Lei 8.971/94**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Lei 9.278/96**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRUM, Jander Maurício. **Concubinato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.
- CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no código civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAPUTI, Michelle Salvany. **A vantagem da companheira perante o Novo Direito Civil**. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/vantagem-companheira.htm>>. Acessado em: 10 mai 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Conversando sobre... família, sucessões e o novo Código Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **Entrevista para a ConJur**. Postado em <<http://professorflavioartuce.blogspot.com/2007/12/interessante-entrevista-de-maria.html>>. Acessado em 19 de setembro de 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção Sinopses Jurídicas - Direito das Sucessões**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito das sucessões**. 6. ed. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume 2 – Direito de Família. Saraiva: São Paulo, 1983.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil. v. 7**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 6 – Direito de Família. Saraiva: São Paulo, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277**. Petição Inicial.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. **Inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36743>>. Acessado em: 10 mai 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2005.