



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Sucessão na União Estável e no Casamento

Eduarda Tenório

Rio de Janeiro  
2009

EDUARDA TENÓRIO

A Sucessão na União Estável e no Casamento

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Luiza C. Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup>. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro  
2009

## A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CASAMENTO

**Eduarda Tenório**

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade Cândido Mendes. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho trata do direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na sucessão nas relações matrimoniais e na união estável, através da análise da evolução legislativa e do atual posicionamento jurisprudencial acerca do tema. Serão feitas observações críticas da evolução jurisprudencial em relação às constantes mudanças que ocorrem na sociedade.

**Palavras-chaves:** Entidade Familiar, Casamento, União Estável, Sucessão, Constituição Federal, Novo Código Civil, Controvérsias.

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Evolução Histórica da Entidade Familiar. 3 – Aspectos Gerais do Casamento e da União Estável. 3.1 – Do Casamento. 3.2 – Da União Estável. 4 – Direito Sucessório no Brasil. 4.1 – Aspectos Gerais da Sucessão no Novo Código Civil. 4.2 – Da Sucessão do Cônjuge. 4.3 – Da Sucessão na União estável. 5- Análise Jurisprudencial e Doutrinária dos Aspectos Controvertidos da Sucessão na União Estável e do Casamento. 6 – Conclusão. Referências Bibliográficas.

### 1 - INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é analisar a situação atual do direito sucessório brasileiro, em especial no que concerne à união estável e ao casamento.

Primeiramente, será realizada uma retomada das questões relativas à unidade familiar no Brasil, buscando aspectos sociais e de direito, principalmente quanto ao tema em foco, ou seja, a sucessão, cujo referencial teórico é a Constituição Federal de 1988, as Leis 8.791/94 (regula os direitos dos companheiros a alimentos e a sucessão), 9.278/96 (regula o § 3º, do art. 226 da CR/88) e o Código Civil de 2002.

Serão feitas considerações a respeito do art. 226 § 3º, da CR/88 que alargou o conceito de família e deixou de condicionar a sucessão à realização do casamento, pelo que

passou a reconhecer a união estável como entidade familiar, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Será também realizado o exame dos aspectos gerais do casamento e da união estável, assim como a questão da hierarquização dos institutos, já que o casamento continua para o legislador em posição de destaque, sendo, ainda, o modelo principal de família.

Observar-se-ão aspectos importantes como a abertura da sucessão, a ordem de vocação hereditária, distinção entre meação e herança, entre outras questões. Da mesma forma, será observada a controvérsia existente quanto à equiparação ou não da união estável ao casamento, principalmente no que tange à sucessão.

Importante ressaltar que será usada neste trabalho uma metodologia qualitativa parcialmente exploratória, para o estudo do tema, restando saber assim, se distinguir a união estável do casamento para fins sucessórios traz benefícios ou não no plano fático para a sociedade e preservação da família.

Objetiva-se com este trabalho adentrar na discussão sobre as diferenças estabelecidas pelo Novo Código Civil no que tange a situação do cônjuge e do companheiro nos aspectos sucessórios e refutar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que diz que a união estável não produz efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa, argumentando que a união estável tem regras próprias para sucessão hereditária.

Defende-se a tese de inconstitucionalidade das regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo Código Civil (art.1.790) já que o mencionado dispositivo contraria o art. 226 § 3º da CR/88, que equipara os dois institutos e estabelece que a lei, deve facilitar a conversão da união estável em casamento, o que na prática não vem ocorrendo.

Cabe ao legislador ordinário acompanhar a previsão constitucional e a realidade social, devendo a união estável receber o mesmo tratamento que o casamento, deixando de colocar o companheiro em extrema inferioridade e injustiça.

Será sustentado o fato de a nova previsão legal ter rebaixado o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

## **2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL**

Na história da Europa Ocidental, a família era do tipo patriarcal em que a autoridade era exercida pelo pai ou pelo avô, sem qualquer característica matriarcal.

A entidade familiar poderia se formar fundada em sentido lato, quanto em sentido restrito. A família em sentido lato seria aquela em que as pessoas se uniam de acordo com o grau de parentesco que sentiam entre si, mais conhecido como clã. Desempenhava um papel importante na organização jurídica e social das sociedades primitivas assim como nas sociedades feudais.

Os efeitos do parentesco eram de grande importância. Todos os parentes eram ligados pela solidariedade. Casos extremos se configuravam quando, por exemplo, um membro da família iria se vingar de alguém, todos participavam em conjunto. Quando um membro da família era lesado, todos deveriam se unir para vingar o mal recebido. Da mesma forma, todos os integrantes da família poderiam ser responsabilizados por qualquer mal que fosse cometido por um deles, devendo contribuir para recomposição do prejuízo, ao menos que o culpado fosse expulso da família por um processo de abandono.

Já a família em sentido restrito seria aquela compreendida unicamente pelo pai, mãe e filhos menores que viviam sob o mesmo teto. Seria a família das sociedades individualistas.

Do século V ao século IX na Europa Ocidental vão se formar três espécies diferentes de casamento e conseqüentemente de família. Uma concepção seria proveniente do direito romano, outra do direito germânico e a terceira do direito canônico, ou seja, aquela decorrente do espírito cristão, que foi a que mais nos influenciou.

Na concepção romana, no direito romano do Baixo Império, o casamento era considerado um ato exclusivamente privado e contratual. Bastava que duas pessoas estivessem em acordo em serem marido e mulher, ou seja, que houvesse uma convenção entre as partes, ausentes qualquer formalismo, sem exigir sequer a coabitação como requisito.

Na concepção germânica, assim como os gregos e romanos, existia a monogamia como regra, mas os nobres poderiam ter várias esposas. Os germanos conheceram o casamento por rapto, em que o homem raptava uma mulher levando-a a outro grupo familiar e correndo o risco de vingança como conseqüência desse ato. Utilizava-se também do casamento por compra em que a mulher era vendida ao marido. Depois do período das invasões o casamento por compra foi se alterando e sob influência da igreja passou-se a exigir o consentimento da mulher, o que não ocorria na prática.

Por último tem-se a concepção cristã de entidade familiar que teve grande influência sobre a evolução do casamento e do divórcio até os dias atuais, principalmente no Brasil. Na concepção cristã, a base do casamento é o amor entre os cônjuges. A igreja pregava a castidade que somente poderia ser violada em caso de matrimônio.

A igreja tentou estabelecer relações duradouras, estáveis e sólidas em que seria necessário apenas o consentimento dos nubentes, sem qualquer influência familiar. Passou-se a exigir formalidades como a intervenção de um padre consagrado e um dote como condição do casamento. A igreja também estabeleceu impedimentos ao casamento e lutou contra a poligamia, proibindo a bigamia e o incesto.

É muito importante a influência do direito canônico na concepção do Direito de Família brasileiro que decorreu em sua grande parte da moral e da religião e direcionou o casamento como forma de reconhecimento da família legítima.

Inicialmente, os religiosos eram inclusive contra o divórcio e consideravam-no como um instituto que contrariava a concepção de família e prejudicavam os interesses dos filhos. O matrimônio era considerado como um sacramento de acordo com os preceitos da religião e não apenas um contrato entre as partes. Pregava-se que a união matrimonial feita por Deus, jamais poderia ser desfeita pela vontade das partes.

De acordo com os preceitos da Bíblia, a doutrina na época seguia o entendimento da possibilidade de separação de corpos, o que não era considerado divórcio, já que haveria impedimento para contrair novas núpcias. Somente os infiéis poderiam se divorciar, por estarem desvinculados dos preceitos da igreja.

Diante da proibição do divórcio, havia uma série de impedimentos para o matrimônio, como a incapacidade decorrente da idade, da diferença religiosa e do casamento anterior; poderia haver também um vício de consentimento como a coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge.

Apesar de a proibição do divórcio de acordo com os preceitos da Igreja, diante das relações não católicas, o Estado passou a admitir ao lado do casamento religioso, o casamento civil, que foi absorvendo com o tempo as relações religiosas.

Inicialmente o Brasil seguiu as diretrizes do casamento do direito canônico e foi em meados do século XIX que surgiu a primeira legislação referente ao casamento dos não católicos, desde que devidamente registrados, seguindo a técnica-jurídica do direito canônico, inspirado no Concílio de Trento. Foi com a Proclamação da República que ocorreu a efetiva separação entre Igreja e Estado.

Com o Código Civil de 1916, as concepções de família do direito canônico foram mantidas, considerando indissolúvel o vínculo matrimonial. Em 1930 várias leis passaram a proteger a família dispondo sobre a guarda dos filhos menores no desquite judicial e sobre a prova do casamento para fins previdenciários.

A Constituição de 1937 beneficiou o filho natural e a Lei 883/49 permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade, reconhecendo o filho havido fora do casamento pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

O diploma importante na evolução das relações familiares foi a Lei 4.121/62 que emancipou a mulher casada reconhecendo à mulher os mesmos direitos do marido e mudou as normas referentes aos regimes de bens e à guarda de filhos. Foi nessa época que a jurisprudência iniciou o amparo à companheira concubina e atribuiu efeitos restritos à união estável, decorrentes da previdência social. O Supremo Tribunal Federal passou a atribuir direitos à concubina à herança do companheiro assim como direito à indenização.

Em 1977 surgiu a Lei 6.515/77 de grande importância no âmbito do direito de família, eliminando a palavra desquite e substituindo para a expressão separação judicial. O regime da comunhão parcial passou a ser o regime legal, em caso de silêncio das partes. O regime da comunhão universal passou a ser convencional, sem dispensar o contrato antenupcial.

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro aos poucos foi legislando sobre as entidades familiares e foi com a Constituição de 1891, que a matéria passou a ser protegida constitucionalmente, mas sem dedicar-lhe capítulo próprio.

A jurisprudência por muitos anos reconheceu a união estável como uma sociedade de fato entre os concubinos com objetivo de entregar a meação à companheira quando o falecido era solteiro, viúvo ou desquitado. WALD (2009)

Foi a Constituição de 1988 que primeiro disciplinou a família de acordo com os preceitos atuais, não mais condicionando a formação da família ao casamento. A Carta Magna passou a tratar das chamadas entidades familiares e o constituinte estabeleceu parâmetros para reconhecimento da União Estável em seu art. 226 § 3º. A União Estável passou a ser protegida pelo texto constitucional assim como as famílias monoparentais.

As previsões trazidas pela Constituição de 1988 legitimaram uma situação fática já existente e acabou por modificar as previsões do Código Civil de 1916 que estabelecia apenas como família aquelas relações constituídas através do casamento civil de forma indissolúvel.

O CC de 1916 repudiava a união estável em seu art. 229 e a jurisprudência assim como a legislação ordinária através das Leis 8.971/94 e 9.278/96 tentavam suprir as lacunas existentes.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 expressamente conceitua como família o casamento, a união estável e a família monoparental, devendo todas elas ter proteção do Direito de Família e Sucessões.

Tema de muita controvérsia diz respeito ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. O legislador foi nada falou sobre as uniões homoafetivas. O tema gira em torno do art. 226 § 3º, da CR que prevê novas formas de entidades familiares distintas do casamento, que será objeto de futura análise.

Com o Código Civil de 2002 finalmente passou-se a ter uma previsão contemporânea, apesar de grande crítica por parte dos estudiosos do direito que sustentam não ter acompanhado a evolução contínua e rápida da sociedade, o que de fato não ocorreu.

Apesar de não mencionar a união homoafetiva, no que diz respeito à união estável, o Novo Código Civil foi de suma importância, criando um capítulo próprio dentro do título “Do Direito de Família”. Nesse capítulo quase que se adotam todas as posições dominantes na jurisprudência e doutrina atual.

### **3 – ASPECTOS GERAIS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL**

Passa-se à análise dos aspectos mais relevantes do casamento e da união estável. Serão feitas considerações importantes sobre os dois institutos, de acordo com a evolução legislativa e com o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

#### **3.1 – DO CASAMENTO**

O conceito de casamento é bem amplo. A maioria dos doutrinadores inclui na definição de casamento aspectos morais típicos da vida em família.

O casamento cria deveres legais bastante distintos, levando em consideração aspectos patrimoniais, que se enquadram no campo obrigacional como dever de com o trabalho manter a família e o regime de bens, e outros de caráter não patrimonial, como o dever mútuo de fidelidade.

A natureza jurídica do casamento é tema que gera grande polêmica. Para PONTES DE MIRANDA (2000) trata-se de um contrato de natureza particular que seria o contrato de direito de família. Para ARNOLDO WALD (2009) não se trata de contrato, pela densidade do vínculo e a sujeição às normas de ordem pública, sendo uma instituição, a qual não se aplicam as regras do direito obrigacional.

Na concepção do matrimônio atual, não houve previsão quanto aos sponsais que seria a promessa de casamento futuro. A jurisprudência por sua vez, vem entendendo serem indenizáveis eventuais gastos realizados pelos noivos em virtude de casamentos que não se



realizam, como mobiliar o imóvel que serviria de residência para o casal e a compra de enxovais.

Atualmente o casamento é regulado pela Constituição no art. 226 §§ 1º e 2º, nos arts. 71 a 75 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e pelos arts. 1.515 e 1.516, do Código Civil.

Diferentemente do que ocorria, a Constituição prevê tanto o casamento civil quanto o casamento religioso, assim como os dois concomitantemente. Há também a possibilidade de conversão do casamento religioso em casamento civil, desde que não haja contrariedade a questões de ordem pública.

Apesar de a CF/88 e de o Código Civil de 2002 terem tipificado a evolução da sociedade na concepção da família, com previsão à união estável, o casamento continua em posição de destaque no direito brasileiro, sendo considerado o modelo básico das relações familiares para o legislador.

O casamento possui uma série de requisitos legais. É considerado um ato solene que cria entre duas pessoas o vínculo matrimonial, modificando o *status* civil. As regras devem ser seguidas para preservar o interesse não só das partes envolvidas, mas de toda a sociedade, para não prejudicar terceiros de boa-fé.

Para que o casamento se concretize é necessário que se realize a habilitação constante do art. 1.525, do CC/02 que é um processo informativo realizado nas circunscrições do Registro Civil perante o juiz; a publicidade dos atos que se dá nos órgãos locais em que será realizado o casamento, conforme art. 1.527, do CC/02; e a celebração propriamente dita que está regulada no art. 1.533, do CC/02. Os requisitos mencionados são necessários para dar publicidade ao casamento, impedindo que terceiros ou até mesmo os cônjuges sejam lesados.

Da mesma forma, o Código Civil tem previsões de impedimentos matrimoniais, de acordo com um rol taxativo. Os impedimentos estão relacionados com a consangüinidade, monogamia, aspectos morais ou até mesmo pela prática de crime como o homicídio.

O casamento também possui causas suspensivas que são aquelas em que são impostas sanções àquele que se casa sem observar os requisitos legais do art. 1.523, do CC/02. A não observância das causas suspensivas faz com que o casamento siga o regime da separação obrigatória de bens do art. 1.642, do CC/02. As causas suspensivas não impedem propriamente o casamento e nem determinam sua nulidade.

A nulidade ocorre quando o casamento é contraído por pessoa com alguma enfermidade mental sem o discernimento para os atos da vida civil ou quando ocorre infração aos impedimentos matrimoniais. As causas de nulidade podem ser argüidas por qualquer

interessado por ação declaratória de nulidade, conforme disposto nos arts. 1.548 e 1.549, do CC/02.

Tem-se, ainda, o casamento anulável que tem suas causas previstas no art. 1.550 CC/02. As causas de anulação são os defeitos de idade previsto no art. 1.551, 1.552 e 1.553, do CC/02; defeito de autorização do art. 1.555, do CC/02; celebração por autoridade incompetente do art. 1.550, VI, 1.554 e 1.560, I, do CC/02; entre outras.

É de suma importância o preenchimento desses requisitos legais para evitar que cônjuges ou terceiros sejam prejudicados por um casamento viciado. Tem-se como exemplo o casamento putativo na hipótese de casamento nulo ou anulável. O casamento nulo ou anulável quando contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges, deverá surtir efeitos para aquele que se encontra de boa-fé até o momento de sua invalidade. Deve ser provada a boa-fé assim como o erro em que incorreu a pessoa. O casamento putativo produz todos os efeitos até a declaração da sentença que declara sua anulação.

De acordo com a espécie de vício, a legislação prevê uma espécie de prazo para ação de anulação do casamento, que é entendido como prazo decadencial. Da mesma forma, quando o casamento é contraído sem observar as causas suspensivas ou quando é realizado por pessoas com mais de sessenta anos ou que dependam de suprimento para casar o regime será o da separação absoluta de bens que poderá ser separação total ou somente dos bens anteriores ao casamento.

A sociedade conjugal exige, ainda, uma série de deveres que deverão ser cumpridos ao longo do matrimônio. Os cônjuges possuem dever de fidelidade recíproca; dever de vida em comum em um domicílio conjugal; dever de mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, assim como respeito e consideração mútua.

Pode-se observar que o Código Civil trouxe a previsão de regime de bens que é o conjunto de normas que disciplinam as relações patrimoniais entre cônjuges, na constância do matrimônio. WALD (2009). O art. 1.639, do CC/02 prevê os regimes de bens entre os cônjuges, mantendo como regime supletivo à comunhão parcial. A grande inovação se refere ao regime de participação final nos aquestos previsto nos arts. 1.672 a 1.686, do CC/02 em que cada cônjuge tem livre administração de seus bens na constância da sociedade conjugal; apenas no momento da dissolução do casamento é que serão partilhados os bens adquiridos durante o casamento a título oneroso.

É possível também a alteração de regime de bens do casamento, conforme previsão do art. 1.639 § 2º, do CC/02, diferentemente das previsões do CC/16, que vedava expressamente. O tema que gera controvérsia gira em torno da possibilidade de alteração do

regime de bens dos casamentos realizados sob a égide do Código Civil de 1916. De acordo com o Informativo nº 037 do STJ de dezembro de 2008, é possível a alteração de regime em casamento celebrado ainda na vigência do CC/16.

O princípio que norteia a Novo Código Civil é o da autonomia da vontade em que os cônjuges têm a maior liberdade de escolha do regime de bens que consideram mais adequados, desde que não haja violação aos impedimentos e normas relativas ao casamento.

A escolha do regime deverá ser feita antes do casamento pelos nubentes em conjunto através de pacto antenupcial que é o meio através do qual os nubentes escolhem o regime de bens que será estabelecido. O referido pacto, deverá ser feito antes do casamento e dele dependerá para ter validade. Importante ter em mente que não é possível estabelecer qualquer disposição sobre sucessões, sob pena de nulidade, de acordo com o art. 426, do CC/02.

O regime de bens cessará quando for dissolvida a sociedade conjugal que poderá se dar em caso de falecimento de um dos cônjuges, de declaração de nulidade ou através de separação ou divórcio.

É de suma importância a análise das características e regimes de bens do casamento, para que se consiga entender as diferenças entre o matrimônio e as demais espécies de constituição familiar, como a união estável.

### **3.2 – DA UNIÃO ESTÁVEL**

A evolução do conceito de entidade familiar deu-se com a jurisprudência para, posteriormente, ser disciplinada pelo ordenamento jurídico, que passou a prever as situações fáticas anteriormente existentes.

Em 1994, foi promulgada a Lei nº 8.971/94 que estabeleceu elementos norteadores para a caracterização da união estável. Exigiu-se o prazo de duração de mais de cinco anos ou a existência de prole; os companheiros deveriam ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos; e conferiu-se direito à pensão alimentícia, desde que comprovado o binômio necessidade - possibilidade.

A partir da Lei 9.278/96, que se entende não ter revogado expressamente a legislação anterior, passou-se a reconhecer uma nova união estável surgindo a figura do convivente.

Esses dispositivos vieram regular o art. 226, §3º, da CF/88, que marcou um grande avanço do legislador ao prever a união estável como entidade familiar e estabelecer que seja facilitada sua conversão em casamento.

A que pese entendimento em sentido contrário, a maioria da jurisprudência sustenta que a união estável não concorre com o casamento, pelo que entendem tratar-se de institutos distintos. A união estável é decorrente da manifestação livre de vontade de duas pessoas de sexos diferentes que tem a intenção de constituir família, de viver como se casados fossem e ausentes quaisquer impedimentos civis.

Antes da vigência do CC/02, falava-se em concubinato puro como correspondente para essas relações, mas como essa expressão carrega consigo grande preconceito, a melhor expressão seria união estável, trazida pela CF/88. A partir da CF/88 e do CC/02 percebe-se que as expressões não são mais sinônimas conforme art. 226 § 3º, da CF/88 e arts. 1.723 a 1.727, do CC/02. Às relações adulterinas continua-se chamando de concubinato e a união estável passou a ser aquela decorrente de relações em que não há impedimento para o casamento. Pode-se dizer que o CC/02 sintetizou os principais elementos das Leis nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96.

Os requisitos essenciais para a configuração da união estável são a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir família. Não há exigência de constituição de prole, assim como a maioria da jurisprudência entende pela desnecessidade de lapso temporal específico e da coabitação, que se encontra na Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. A mesma previsão encontra-se no Informativo nº 370 do STJ que dispõe sobre a coabitação e a presunção de colaboração na formação do patrimônio.

A desnecessidade da coabitação tem gerado grande divergência do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial. Para alguns a desnecessidade de coabitação torna difícil diferenciar relações de namoro da união estável. O entendimento majoritário, no entanto, sustenta que a meros namoros não podem ser reconhecidos como união estável, pela principal falta de objetivo comum em constituição de uma família, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 474962/SP, decisão proferida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, da 4ª Turma, julgado em 23/09/2003.

No que tange à expressão “duradoura”, considera-se aquela relação que se estabelece por tempo razoável o bastante para caracterizar a intenção de constituir família, não se falando mais no lapso temporal de cinco anos.

Quanto ao requisito da publicidade, faz-se necessário que os parceiros sejam vistos pela sociedade como se casados fossem. Não é possível a configuração de duas relações concomitantes. No entanto, o art. 1.723, § 1º, do CC/02 prevê a possibilidade de união estável

entre pessoas casadas desde que separadas de fato ou judicialmente, entendimento seguido pacificamente pela jurisprudência.

O art. 1.724, do CC/02 estabelece os deveres decorrentes da união estável. São eles: dever de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros e de guarda, sustento e educação dos filhos. Da mesma forma, o art. 1.725, do CC/02 dispõe sobre os direitos patrimoniais dos companheiros e estabelece como regime de bens, na ausência de disposição expressa, o regime da comunhão parcial de bens.

Pode-se perceber que a união estável está cada vez mais regulada pelo legislador, pelo que as partes deixam de ser livres. Cada vez mais o Estado intervém nessas relações, por meio da fixação de diversas regras.

Por fim, a legislação fez previsão da conversão da união estável em casamento, mediante simples requerimento, isenta de qualquer solenidade, porém de acordo com os requisitos da união estável, aplicam-se os impedimentos matrimoniais. Uma vez presente um dos impedimentos para o casamento, não será possível a conversão.

Tema que gera controvérsia é em relação às uniões homoafetivas, em função do art. 226 § 3º da CF. Seria ele taxativo ou exemplificativo? Até o final de 2008 o Superior Tribunal de Justiça entendia que a união homoafetiva era uma sociedade de fato e não uma entidade familiar, sendo assim um rol taxativo, de acordo com o STJ, no Resp. 502995/RN, do Ministro Fernando Gonçalves, da 4ª Turma, julgado em 26/04/2005 Entendeu-se que a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. Sendo assim, a união entre homossexuais juridicamente não existiria nem pelo casamento, nem pela união estável, mas poderia configurar uma sociedade de fato, cuja dissolução assumiria contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

Em decisão recente o STJ entendeu ser competente a Vara de Família para julgamento das ações de reconhecimento de união homoafetiva por possuírem natureza de entidade familiar de acordo com o Resp. 820475/ RJ, do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, da 4ª Turma, julgado em 02/09/2008. Entendeu-se que os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preenchidos os requisitos legais, sem contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. A decisão foi no sentido de que caso o legislador quisesse impedir a união entre pessoas do mesmo sexo, teria expressão restritiva, excluindo definitivamente da abrangência legal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, entendeu no Conflito de Competência 2007.008.00483, da Desembargadora Odete Knaack de Souza, da 20ª Câmara

Cível, julgada em 15/07/2008, pela impossibilidade de o reconhecimento e dissolução de união homoafetiva com partilha de bens ser processada e julgada na vara de família, cuja competência se limita às questões referentes a união estável e sociedade de fato entre homem e mulher. Sendo assim, as questões relativas às uniões homoafetivas deveriam ser julgadas na vara cível, não permitindo o reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável.

Conclui-se que a legislação pátria teve um grande avanço ao reconhecer a união estável, pela consagração das situações fáticas já existentes. No entanto, muito ainda deve ser feito, já que a legislação não tem acompanhado a rápida e constante evolução social, não havendo qualquer disciplina em relação às uniões homoafetivas. Tem ficado a cargo dos Tribunais o reconhecimento das relações e dos conflitos de interesse, o que tem gerado grande controvérsia em suas decisões.

#### **4 – DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL**

Próximo passo para a compreensão do tema é a análise dos aspectos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro, através da evolução da legislação específica, com ênfase na sucessão nas relações matrimoniais e na sucessão na união estável.

##### **4.1 – ASPECTOS GERAIS DA SUCESSÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

O Direito das Sucessões é a parte especial do Código Civil que cuida da destinação do patrimônio de uma pessoa após a sua morte e refere-se apenas às pessoas físicas. As pessoas jurídicas possuem tratamento diferenciado.

A sucessão é um dos modos de aquisição da propriedade, mas é disciplinada em capítulo próprio, em virtude de sua autonomia, através de princípios e figuras próprias.

Antes de iniciar o tratamento da sucessão propriamente dita o Novo Código Civil tem uma parte geral que se aplica a todas as espécies de sucessão. Nos termos do art. 6º, do CC/02, considera-se aberta a sucessão com a morte da pessoa natural, evento também chamado de delação.

Ocorrendo a morte, o direito impõe, por uma ficção jurídica, a transmissão da herança, com objetivo de garantir a titularidade dos bens e das relações jurídicas do falecido. Como não se admite que um bem fique sem titular, é necessária a transferência dos bens aos herdeiros. O que o art. 1.784, do CC/02 prevê é o direito de *saisine*, que decorre do direito

francês e determina que a posse e propriedade dos bens do *de cuius*, transmite-se aos herdeiros, sendo dispensada qualquer manifestação de vontade.

Com a morte, considera-se aberta a sucessão e transmite-se os bens aos herdeiros na ordem de vocação hereditária. Os herdeiros legítimos e testamentários tornam-se condôminos em relação ao monte que será partilhado posteriormente com a partilha definitiva. Ocorrerá o arrolamento de bens com o objetivo da partilha definitiva, momento em que cada condômino terá direito a uma quota dos bens.

Apesar de entendimento em sentido contrário, o direito líquido e certo é real desde que ocorra a morte do titular da herança, mas a titularidade só se torna definitiva com o fim do processo de inventário, pelo ocorre a preservação dos bens.

Os herdeiros adquirem a posse indireta dos bens do *de cuius* e o inventariante a posse direta até que ocorra a partilha. Sendo assim, em curso o inventário, os herdeiros têm direito a proteger a posse de seus bens pelas ações possessórias, em caso de esbulho ou turbação, conforme previsto no art. 1.210, do CC/02. O herdeiro se sub-roga na posse exercida pelo falecido, nas mesmas condições (art. 1.203 e 1.206, do CC/02).

De acordo como art. 1.787, do CC/02 a lei a ser aplicada na sucessão será a vigente na data do falecimento, momento em que se determina a qualidade de herdeiro, assim como seus direitos e obrigações.

É importante mencionar que é expressamente vedada a herança de pessoa viva. Não será possível haver qualquer disposição contratual de alguém nesse sentido, enquanto não ocorrer a morte (art. 426, do CC/02).

É necessário, ainda, que se faça uma análise do instituto da comoriência que é a morte simultânea, ou precedente de um herdeiro em relação a outro. Por meio do direito de *saisine* o herdeiro que falece depois, mesmo que minutos após, terá direito à herança. Em caso de dúvida em relação a quem morreu primeiro, entende-se simultaneamente mortos, tratando-se um comoriente em relação ao outro como se jamais tivesse existido.

É de suma importância identificar a ordem cronológica da morte. Para isso, pode-se utilizar exames, indícios, testemunhas ou técnicas médicas capazes de produzir laudo pericial por médico legista para que se determine o exato momento em que ela ocorreu.

Questão que tem sido objeto de inúmeras discussões recentes é quanto à morte presumida que guarda relação com a comoriência. O STJ entendeu que a morte presumida garante aos familiares dos desaparecidos em catástrofes ou de quem simplesmente desapareceu sem deixar qualquer sinal, direito à herança, pensões ou indenizações.

O instituto da morte presumida, está disciplinado em diversos dispositivos na legislação brasileira, como no Novo Código Civil. Trata-se do procedimento legal através do qual se atesta a morte de vítimas de acidentes cujos corpos não foram encontrados ou reconhecidos após o encerramento das buscas pelas autoridades competentes. Deve haver a participação do Ministério Público e prova inequívoca de que a pessoa se encontrava no local do desastre.

Em tragédias aéreas, por exemplo, a justiça tem aplicado conjuntamente os artigos 7º, do Novo Código Civil e 88, da Lei dos Registros Públicos com objetivo de declarar a morte presumida sem a decretação de ausência, substituindo judicialmente o atestado de óbito

Faz-se necessária ainda, uma análise das espécies de sucessão, que serão objeto de estudo detalhado adiante. Primeiramente é importante distinguir a sucessão *causa mortis* a título universal, aquela em que a pessoa recebe a totalidade ou uma parte ideal do patrimônio do *de cuius*, a sucessão *causa mortis*, a título singular que é aquela em que a pessoa recebe bens determinados ou uma quota parte específica de bens.

Têm-se duas espécies de sucessão, a legítima e a testamentária, conforme previsto no art. 1.786, do CC/02. A sucessão legítima é aquela que decorre da lei e a sucessão testamentária de disposição de última vontade do autor da herança, através de testamento. Na primeira, somente haverá herdeiro, não sendo possível o afastamento dos herdeiros necessários; na segunda, pode ser instituído herdeiro ou legatário.

De acordo com o Novo Código Civil, o cônjuge passou a ser herdeiro necessário, o que não ocorria anteriormente. Mesmo que o autor da sucessão não tenha ascendentes e descendentes, não poderá dispor da totalidade de seus bens, devendo resguardar a parte do cônjuge.

Percebe-se que o Novo Código Civil tem uma maior proteção à sucessão legítima, que passou a ser prevista em primeiro lugar e a autonomia da vontade em um segundo plano.

O CC/02 dispõe em um único artigo, o que dispunham os arts. 1.574 e 1.575, do CC/16. O art. 1.788 do CC/02 prevê as hipóteses de sucessão legítima. Tem-se a sucessão *ab intestato* que é aquela em que não foi feito testamento pelo autor da herança; a sucessão em que foi deixado testamento, mas não foi incluída a totalidade dos bens; sucessão em que foi deixado testamento mas ele é caduco, ineficaz, revogado ou até mesmo inválido. Todas as hipóteses de sucessão do art. 1.788, do CC/02 são referentes aos herdeiros necessários. É respeitada a ordem de vocação hereditária e limitado o poder de dispor do testador que somente poderá dispor de metade de seus bens, sob pena de invadir a legítima, que representa o limite objetivo ao poder de testar (art. 1.789 CC/02).



Os herdeiros necessários estão previstos no art. 1.845, do CC/02. São eles: ascendentes, descendentes e cônjuge. Sendo assim, se existem herdeiros necessários, a herança será dividida em duas partes iguais. Uma parte será destinada aos herdeiros necessários e outra será a parte disponível que poderá ser estipulada em favor de outras pessoas, consoante vontade do autor da herança. Esse é o ponto que gera inúmeras controvérsias, já que o Novo Código Civil previu o cônjuge como herdeiro necessário o que não ocorreu com a união estável, objeto de análise mais adiante.

É necessário determinar, ainda, o lugar da instauração do inventário. De acordo com art. 89, do Código de Processo Civil, a justiça brasileira tem jurisdição exclusiva para o inventário de bens situados no Brasil, mesmo que o autor da herança seja estrangeiro.

Definida a jurisdição, passa-se à análise da competência de acordo com o art. 1.785, do CC/02. Entende-se que a competência é a do último domicílio do falecido, não tendo qualquer relevância o local da morte, por presunção de que seria o local em que se concentram os principais interesses e negócios do autor da herança.

Por fim, é importante ter em mente que a herança é tratada como imóvel, independentemente dos bens que a integram e também como uma universalidade, ou seja, como um todo unitário, conforme arts. 80, II e 1.791, do CC/02.

Depois de breve análise dos aspectos sucessórios no Direito brasileiro, passa-se à sucessão nas relações matrimoniais e na união estável.

#### **4.2 – DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE**

O direito sucessório sofreu grande evolução ao longo do tempo. No direito pré-codificado prevalecia a primazia dos colaterais e dificilmente o cônjuge era chamado à sucessão.

No Código Civil de 1916, em certo tempo a posição do cônjuge foi concorrente com os filhos adulterinos do autor da herança, como forma na verdade de proteção aos filhos havidos fora do casamento. No Código Civil de 1916, os cônjuges tinham tratamento diferenciado em relação ao Novo Código Civil.

Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), houve uma melhoria na posição do cônjuge, momento em que foram instituídos benefícios decorrentes do casamento. O cônjuge não era considerado herdeiro necessário, mas facultativo, e podia ser excluído da sucessão, sendo imprescindível o trânsito em julgado da decisão (art. 1.725 CC/16).

No Código anterior, o cônjuge sobrevivente encontrava-se no terceiro lugar da ordem da vocação hereditária. Na ausência de ascendentes e descendentes a sucessão lhe era conferida, conforme art. 1.611, do CC/16.

No regime do CC/16 o direito hereditário do cônjuge supérstite tinha como pressupostos o casamento válido e não poderia existir a separação judicial no momento da abertura da sucessão. O regime matrimonial não exercia influencia no direito hereditário.

A partir do Novo Código Civil, os cônjuges passaram a ocupar posição de destaque em matéria sucessória. São nítidos os privilégios conferidos às relações matrimoniais em relação à união estável, por exemplo.

Com o advento do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente passou a ter outro tratamento quanto aos efeitos sucessórios, passou a ser herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, juntamente com ascendentes e descendentes, conforme art. 1.845, do CC/02. No entanto, de acordo com o art. 1.829, do CC/02, o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória só herdará na ausência de descendentes, ou em concorrência com ascendentes. Para herdar sozinho é necessária a ausência de ascendentes e descendentes.

Sendo assim, o cônjuge encontra-se condicionado ao regime de bens quando concorre com os descendentes. Quanto à concorrência com ascendentes, independerá do regime de bens adotado. RIBEIRO; TEIXEIRA (2008)

Analisando o art. 1.829, do CC/02 que trata da ordem de vocação hereditária, percebe-se que, na primeira classe de preferência, concorrendo com os descendentes, o cônjuge será convocado em conformidade com o regime de bens e à existência de patrimônio particular quando o casamento for pela comunhão parcial.

Estabelecido o casamento pelo regime da separação obrigatória (art. 1.642 CC/02), na comunhão universal ou comunhão parcial sem que se tenha deixado bens, não mais existirá a convocação. Nos demais casos, o cônjuge sobrevivente será chamado a concorrer com os descendentes do falecido. Conclui-se que a regra do Novo Código Civil estabeleceu uma ordem de convocação do cônjuge supérstite.

Quando se trata da sucessão dos cônjuges é importante diferenciar a meação da herança. A primeira decorre da comunhão total dos bens ou comunhão parcial em relação aos aqüestos, adquiridos na constância do casamento. VENOSA (2008). A herança, porém, representa o patrimônio particular do *de cujus* e a parte dele na comunhão conjugal. Conclui-se que a meação não é direito sucessório, mas um direito próprio do cônjuge em razão do casamento e que deverá ser preservada na herança. CAHALI (2007).

O Código Civil de 2002 inovou quanto aos efeitos sucessórios dos cônjuges, que passou a herdar juntamente com os descendentes na sucessão dos bens deixados pelo *de cujus*, de acordo com o regime matrimonial de bens.

Como herdeiro, o cônjuge será chamado para receber a herança, no todo ou em parte, sendo necessária a subsistência do casamento de fato e de direito. O cônjuge encontra-se em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, recebendo a herança na íntegra na ausência de ascendentes ou descendentes do *de cujus*.

O tratamento sucessório dado ao cônjuge sobrevivente não é recíproco, ou seja, no regime da comunhão parcial um cônjuge herdará do outro se possuir bens particulares, mas na ausência de patrimônio próprio, o segundo não será convocado.

Uma vez feita a convocação do herdeiro, inicia-se a divisão da herança de acordo com os critérios do Código Civil. Passa-se a ter influência a existência de filhos comuns ou não. Existindo prole apenas do falecido, a participação será uma, existindo prole comum tem-se uma situação híbrida, o que gera grande controvérsia no caso de união estável, conforme será analisado mais adiante.

Importante ter em mente que o fato de não ser reconhecida a legitimidade do cônjuge, não lhe será atribuída a condição de herdeiro, ou seja, não poderá haver separação judicial ao tempo da morte sob pena de perda dos direitos sucessórios. Da mesma forma perde-se o direito sucessório em caso de separação de fato a mais de dois anos, o que tem gerado discussões judiciais já que pode ter ocorrido a morte enquanto estabelecida união estável. Para ter direitos sucessórios é necessário que o casamento esteja em curso, conforme previsto no art. 1.830, do CC/02. Faz-se necessário que tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão para privar o cônjuge do direito sucessório.

O Cônjuge tem direito, ainda, ao direito real de habitação, que seria o direito de permanecer residindo no imóvel que servia de residência ao casal, desde que seja o único daquela natureza. Hoje o direito real de habitação encontra-se desvinculado do regime de bens, conforme art. 1.831 do CC/02. Trata-se de direito personalíssimo e resolúvel, que se extingue com a morte de seu titular. Aos herdeiros do *de cujus* fica assegurado o condomínio juntamente com a viúva, mas não poderão pleitear a posse direta do bem, em razão do direito da viúva.

Importante salientar, ainda, a questão do usufruto viual. Sua previsão perdeu a razão de ser. O instituto possuía como principal finalidade a proteção do cônjuge sobrevivente, enquanto permanecesse viúvo. Com a nova legislativa, o cônjuge passou à posição de herdeiro necessário, sendo-lhe garantida a proteção necessária. Só teria razão de existir o

usufruto vidual, em legislações que não asseguram ao cônjuge o direito de herdeiro, o que não mais acontece no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do Novo Código Civil.

Percebe-se que o Novo Código Civil inovou na matéria relativa aos direitos sucessórios dos cônjuges, trouxe novas disciplinas e elevou o cônjuge à categoria de herdeiro. Resta saber se a união estável recebeu o meu tratamento.

### **4.3 – DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL**

Com o passar do tempo, a jurisprudência e a lei passaram a tratar das relações concubinárias de forma mais positiva, desde que não fosse decorrente de relacionamentos adúlteros.

Entre outros entendimentos, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. O entendimento do STF foi uma grande evolução, já que passou a admitir a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, desde que comprovada a sociedade de fato.

Com a Constituição Federal de 1988, observou-se um grande avanço com a institucionalização do concubinato, elevando-o à categoria de união estável e reconhecendo-a como entidade familiar.

Foi com o Código Civil de 2002 que houve grande alteração quanto aos aspectos sucessórios na união estável. Somente os companheiros que constituem união estável possuem direito de participação na sucessão do outro, conforme art. 1.790, do CC/02.

A jurisprudência majoritária sustenta que não foi assegurado qualquer direito aos concubinos, não ocupando qualquer lugar na ordem de vocação hereditária, que somente serão contemplados em caso de previsão testamentária desde que o testador seja solteiro, divorciado ou viúvo. Em sendo o testador casado, exige-se que esteja separado de fato de seu cônjuge há mais de cinco anos, conforme previsto no art. 1.801, II, do CC/02.

Este entendimento está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que sustenta que não há como ser conferido *status* de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. De acordo com o entendimento do STJ, no Resp. 931155, da Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 07/08/2007, a união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

Sustenta-se, ainda, que se os elementos probatórios atestam a simultaneidade de relação conjugal e de concubinato, deve prevalecer os interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Conclui-se que não poderá ser conferido *status* de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido.

O entendimento minoritário da jurisprudência e doutrina sustenta a possibilidade de união estável putativa, que é aquela em que uma pessoa, na maioria das vezes mulher, tem uma convivência amorosa contínua e duradoura com um homem e ignora ter seu parceiro um outro relacionamento.

A união estável putativa pode ser concomitante com outro casamento ou até mesmo com uma segunda união estável. Em ambos os casos o elemento indispensável é a boa-fé da companheira, desconhecendo por completo a concomitância de relacionamentos de seu parceiro.

Este vem sendo o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de acordo com a Apelação Cível 2008.001.18825, do Desembargador André Andrade, da 7ª Câmara Cível, julgada em 16/07/2008. Sustenta o ilustre jurista ser possível o reconhecimento da união estável putativa quando uma mulher de boa-fé desconhece a vida dupla do companheiro falecido, devendo ser reconhecida união estável em face da realidade social.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro prever que a união estável não pode existir em concomitância com o casamento válido, a evolução da sociedade e as complexas relações afetivas estão em constante alteração e a jurisprudência deve acompanhá-las, tutelando as novas situações fáticas.

O Novo Código Civil não tem qualquer previsão quanto aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável putativa, contendo dispositivos apenas da sucessão na união estável (art. 1.790, do CC/02), cabendo a jurisprudência dirimir eventuais conflitos.

Tema que tem gerado grande controvérsia é saber se houve equiparação entre a sucessão na união estável e a sucessão no casamento, o que será objeto de análise no próximo item.

## 5- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CASAMENTO

A exposição feita teve como objetivo a análise dos aspectos gerais e sucessórios do casamento e da união estável, de modo a demonstrar a evolução social e legislativa sobre o tema, assim como a efetiva aplicação do Novo Código Civil.

Objetive-se agora uma análise dos aspectos controvertidos e da constitucionalidade dos dispositivos do Novo Código Civil, assim como a observância dos principais entendimentos jurisprudenciais.

Em relação ao cônjuge supérstite, este sempre teve direito sucessório ao patrimônio do cônjuge pré-morto. No ordenamento jurídico brasileiro, o cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária concorrendo, no entanto com os herdeiros descendentes na primeira classe assim como com os ascendentes na segunda classe, como visto anteriormente.

A relação entre os companheiros quanto aos efeitos sucessórios teve início com uma proteção em casos excepcionais, diante do reconhecimento de uma sociedade de fato entre os concubinos.

Foi com o Código Civil de 2002 que o entendimento se alterou e o companheiro passou a ter direitos hereditários, depois da previsão constitucional de união estável como entidade familiar.

Tema que gera grande controvérsia no direito das sucessões é no caso de filiação híbrida, ou seja, aquela em que concorrem com o companheiro os filhos comuns e os filhos exclusivos do falecido. TARTUCE (2008).

A corrente sustentada por Sílvio Venosa entende que no caso de filiação híbrida, deve-se aplicar o art. 1.790, I, do CC/02 e a companheira terá direito à quota parte idêntica à destinada aos filhos. A companheira deverá concorrer em igualdade com os filhos, não havendo qualquer distinção entre os filhos do *de cuius*, já que todos têm o mesmo direito hereditário. O mencionado dispositivo não determina que seja aplicado unicamente em caso de filhos em comum. VENOSA (2003). Este vem sendo o entendimento de grande parte da doutrina.

A segunda corrente, defende que o companheiro recebe meia quota dos bens do *de cuius*, ou seja, o companheiro só teria direito à metade do quinhão atribuído a cada filho, em caso de filiação híbrida, devendo-se aplicar o art. 1.790, II, do CC/02. CAHALI (2004).

Uma terceira corrente estabelece a chamada Teoria da sub-herança que faz a divisão da herança em blocos, separando os filhos havidos da união estável daqueles não comuns aos

companheiros. O problema dessa teoria é justamente a distinção entre os filhos, o que é expressamente vedado pelo texto constitucional, em seu art. 226, § 6º. HIRONAKA (2003).

Há ainda, uma quarta corrente que sustenta uma “Fórmula Tusa” sustentando que o legislador não deixou qualquer lacuna no Código Civil, mas uma situação em que os incisos I e II, do art. 1.790, do CC/02 podem ser perfeitamente conciliados se lidos em conjunto. Essa formula baseia-se em coeficientes, ou seja, concorrendo com filhos comuns ou não, a companheira não receberá nem igual, nem metade da quota parte destinada aos filhos, mas um coeficiente que seria maior que a metade, variando de acordo com o número de filhos. TUSA (2005).

Percebe-se que o melhor entendimento é pela atribuição ao companheiro de quota igual àquela destinada aos filhos, sem fazer qualquer distinção entre eles, primando pela constitucionalidade do entendimento, não fazendo qualquer distinção entre a prole comum ou a exclusiva de um dos cônjuges.

No que tange à pensão por morte, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 1.016.574/SC, Relator Ministro Jorge Mussi, da 5ª Turma, julgado em 03/03/2009, reformou decisão proferida pelo Tribunal Federal da 4ª Região, que entendeu ser possível a concessão de benefício da pensão por morte de militar à concubina em conjunto com a esposa, desde que as provas produzidas não deixassem dúvidas da existência da união estável e da relação de dependência econômica de ambas em relação ao *de cujus*. O Ministro sustentou em sua decisão que a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas, não se incluindo o concubinato, pelo que não seria possível o reconhecimento de união estável em concomitância com casamento válido, motivo pelo qual a concubina não faria jus a pensão do militar.

O mesmo entendimento foi proferido pelo STJ, no Resp. 931155/RS, da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma, julgado em 07/08/2007, em que se entendeu pela impossibilidade de simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, devendo prevalecer os interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido. A decisão foi no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante com casamento válido. Sendo assim, somente a esposa teria direito à partilha dos bens deixados pelo *de cujus*.

Ainda quanto à morte do companheiro, o STJ decidiu no Resp nº 373.648/DF, do Ministro Adir Passarinho Junior, da 4ª Turma, julgado em 07/12/2006, pela possibilidade de reconhecimento de união estável ainda que inexistam bens a inventariar, pela existência de

prole em comum e diante dos reflexos dessa relação de fato e de direito que podem se estender a outras esferas, no plano econômico e social.

A grande discussão, no entanto, diz respeito ao art. 226 § 3º, da CF/88 no sentido de saber se há ou não equiparação da união estável ao casamento. Permaneceu a distinção entre os dois institutos de acordo o entendimento da maioria da jurisprudência.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 736627/PR, do Ministro Fernando Gonçalves, da 4ª Turma, julgado em 25/06/2008, a união estável não produz efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável.

Percebe-se que o entendimento do STJ é no sentido de distinção entre casamento e união estável, sustentando, que diante da ausência de herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; podendo a companheira reclamar apenas a meação e não o direito que resultaria da condição de herdeira.

Apesar da posição do STJ, o entendimento que melhor se adequaria à evolução da sociedade seria pela equiparação dos dois institutos. A própria Constituição Federal em seu art. 226 § 3º prevê a união estável como uma das formas de entidade familiar, que seria uma união duradoura, contínua, baseada no afeto e com o fim de constituir família.

As características essenciais para configuração da união estável são as mesmas exigidas para as relações matrimoniais. Não seria justo que relações legítimas ficassem ao desamparo do legislador, em nítida desvantagem em relação ao casamento. A própria Constituição Federal prevê a conversão dos dois institutos o que significa dizer que eles possuem a mesma essência, pelo que podem perfeitamente ser equiparados.

O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível 2009.002.06544, do Desembargador Miguel Ângelo Barro, da 16ª Câmara Cível, julgada em 04/03/2009, entendeu pela possibilidade de aplicação das mesmas regras do regime da comunhão parcial de bens, como previsto no art. 1.725, do CC/02, em função de a convivência em união estável estar protegida pela legislação civil no sentido da equiparação ao casamento. Conclui-se que os institutos pressupõem não só na questão patrimonial, mas também em assumir riscos, compromisso e despesas, em benefício da economia familiar.



A equiparação da união estável ao casamento seria mais um avanço do legislador, tutelando as situações já existentes na sociedade, em que as pessoas que vivem em união estável relacionam-se como se casadas fossem.

Ainda hoje, apesar da grande evolução da legislação, ainda não há o total acompanhamento das situações que ocorrem na sociedade. O casamento continua tendo tratamento distinto da união estável, principalmente quanto aos efeitos sucessórios, o que se configura em uma grande injustiça para aqueles que vivem em união estável.

## **6 - CONCLUSÃO**

A sociedade sofreu grande evolução ao longo dos anos o que se demonstrou através dos diversos modos de formação das relações familiares, dos elos afetivos e do próprio patrimônio.

Ao longo da vida, as pessoas se relacionam, adquirem bens e direitos patrimoniais, deles se utilizando em conformidade com as normas legais. Esses direitos perduram por toda a vida e com a morte, extingue-se a pessoa, mas não seus direitos, que são transmitidos aos sucessores. Dessa forma, é de suma importância que os direitos sucessórios estejam muito bem disciplinados.

Como as relações pessoais estão em constante alteração cabe ao legislador acompanhar a evolução social, solucionando os conflitos de interesse que chegam no judiciário, o que na prática não tem ocorrido de forma efetiva.

A primeira relação familiar reconhecida foi o casamento. Anos se passaram até que o legislador regulasse a união estável como entidade familiar, mas até hoje se encontra em posição de inferioridade em relação ao casamento.

O Novo Código Civil é nítido ao conferir à união estável posição discriminatória em relação ao matrimônio. Os institutos são vistos de forma hierarquizada, ficando a união estável sempre em posição secundária.

Nos dias de hoje crescem as relações informais que merecem proteção do Estado e o como o legislador não vem tutelando todas as situações existentes, cabe à doutrina e jurisprudência amparar a sociedade.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar foi um grande avanço, mas não é justo que pessoas que se relacionam com o objetivo de constituir família de forma legítima, assim como no casamento, fiquem prejudicadas simplesmente porque o legislador insiste em privilegiar o casamento.

A jurisprudência tem dada a resposta adequada, ao estabelecer em alguns julgados a equiparação dos institutos, seguindo as aspirações sociais e os preceitos constitucionais.

Não é justo que haja maior proteção de um instituto em relação a outro, principalmente no que tange ao direito sucessório, já que tanto o casamento quanto a união estável são entidades familiares e merecem o mesmo amparo do legislador.

Da mesma forma, existem as relações homoafetivas que não foram sequer previstas pelo legislador, ficando em total desamparo do Estado. Alguns julgados isolados vêm amparando essas relações, o que ainda é feito de forma muito isolada.

Faz-se necessária a criação de nova legislação com objetivo de regular os avanços sociais a respeito das relações familiares. Os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal devem ser respeitados, como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Deve-se acabar com toda e qualquer distinção entre as pessoas e no modo de constituição das relações familiares.

## **7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CAHALI, Francisco José; FERNANDES, Giselda Maria; HIRONAKA, Novaes. *Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2<sup>a</sup> ed. Lisboa: Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *União Estável: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO. *Direito Civil: Série Concursos Públicos. Direito das Sucessões*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila. *Direito de Família*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.