



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Núcleo de Pesquisa e Monografia – NPM

DENISE VIEIRA RAMOS

SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL EM FACE DA
DIFERENÇA ENTRE OS FILHOS**

Brasília

2013

DENISE VIEIRA RAMOS

SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL EM FACE DA
DIFERENÇA ENTRE OS FILHOS**

Trabalho de conclusão do curso de
graduação em Direito apresentado à
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB

Orientador: Prof.: Einstein Lincoln Borges
Taquary

Brasília

2013

DENISE VIEIRA RAMOS

SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL EM FACE DA
DIFERENÇA ENTRE OS FILHOS

Trabalho de conclusão do curso de
graduação em Direito apresentado à
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB

Orientador: Prof.: Einstein Lincoln Borges
Taquary

Brasília/DF, _____ de _____ de 2013.

Banca examinadora

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary
Orientador

Prof. Danilo Porfírio de Costa Vieira
Examinador

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro
Examinador

Aos meus pais, Hamilton Vieira Ramos e
Anália Dourado Vieira, pela dedicação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus. “Eu tenho os meus pés no chão, mas sei que meu coração está muito além do céu e do que se possa ver”.

À minha família. Pai, mãe, irmão, avós, tios e aos meus queridos primos, pelos anos de ensinamentos, pela força e por serem os melhores amigos.

Aos meus amigos. Em especial às minhas “Mihs Tatus”, meus Anjinhos, minhas “Garotas de Ipanema” e aos meus dois “B’s”. “Definir o amor não dá. Então direi apenas obrigado, e sei que entenderás”.

Professores, colegas e demais profissionais com os quais tive a honra de conviver nestes anos de formação, pela inspiração e aprendizado.

Ao meu orientador de monografia, Professor Einstein Lincoln Borges Taquary, pelo tempo, orientações e dedicação.

“Quem não pode fazer grandes coisas, faça ao menos o que estiver na medida de suas forças; certamente não ficará sem recompensa.”

(Santo Antônio de Lisboa)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento aplicado aos filhos no que tange às questões relativas à sucessão do companheiro. Por não amparar devidamente o companheiro sobrevivente, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 recebe inúmeras críticas a respeito de sua duvidável constitucionalidade. Entretanto, ao refletir acerca dos incisos elencados neste artigo, é possível perceber que esta inconstitucionalidade abrange também a sucessão relativa aos filhos, tendo em vista que estes claramente recebem tratamento diferenciado na sucessão do companheiro quando este concorre com filhos comuns ou com filhos só do autor da herança, ferindo, desta forma, o princípio constitucional da isonomia de tratamento entre os filhos. Para desenvolver este estudo se faz necessária a abordagem dos seguintes temas: união estável; regime de bens; meação; direito real de habitação na união estável; direito de filiação; igualdade jurídica entre os filhos; concorrência do companheiro; direito à totalidade da herança quando não há parentes sucessíveis e interpretação jurisprudencial sobre o tema.

Palavras Chave: inconstitucionalidade, artigo 1.790 do Código Civil, união estável, direito sucessório, sucessão do companheiro, direito de herança dos filhos.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the treatment applied to children regarding issues concerning succession fellow. For not protecting adequately the surviving partner, the 2002 Brazilian Civil Code's article 1.790 receives many criticisms about its constitutionality related to these issues of succession. However, to reflect on the items set forth in this Article, it is possible to notice that the referred unconstitutionality also covers the succession related to the inheritance of the children, noticing that these ones clearly receive differentiated treatment in succession fellow when these competes with common children or with children only from the deceased, harming thus the constitutional principle of isonomy among the children. To develop this study is necessary to observe the following topics: civil stable union; property regime; sharecropping; right to parental filiation; legal equality among children; fellow competition; right to the entire inheritance in absence of relative successors and jurisprudence regarding the subject.

Keywords: unconstitutionality, Article 1.790 of the Brazilian Civil Code, civil stable union, succession duty, succession fellow, children succession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DO COMPANHEIRO	12
1.1. União Estável	13
1.1.1. A União Estável na Constituição Federal de 1988	14
1.1.2. A União Estável no Código Civil de 2002: características e requisitos	16
1.2. Regime de Bens	18
1.2.1. Comunhão Parcial de Bens	19
1.2.2. Comunhão Total de Bens	20
1.2.3. Participação Final nos Aquestos	21
1.2.4. Separação Total de Bens	22
1.3. Meação	23
1.4. Direito Real de Habitação na União Estável	24
2. DOS FILHOS	26
2.1. Direito de Filiação	26
2.1.1. Filiação Biológica	27
2.1.2. Filiação Não Biológica e Socioafetiva	29
2.2. Igualdade Jurídica Entre os Filhos	31
2.2.1. Vedação às discriminações	31
2.2.2. Direitos pessoais	32
2.2.3. Direitos patrimoniais	32
3. O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	34
3.1. Concorrência do Companheiro	36
3.1.1. Com filhos comuns	36
3.1.2. Com filhos só do autor da herança	37
3.1.3. Com filiação híbrida	37
3.1.4. Com outros parentes sucessíveis	40
3.2. Direito à totalidade da Herança quando não há parentes sucessíveis	41
3.3. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil em face da diferença entre os filhos	42
3.4. Interpretações jurisprudenciais sobre o tema	44
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Analisando o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que trata de questões sucessórias relativas aos companheiros em união estável, detectamos inconstitucionalidades decorrentes do desprezo aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Desde a Constituição Federal de 1988, que deu à união estável o caráter de entidade familiar, os direitos civis dos companheiros, inclusive no que tange à sucessão, deveriam ser equiparados aos direitos civis a que fazem jus os cônjuges unidos por casamento civil.

Um exemplo da nítida inobservância deste dispositivo ao princípio da isonomia está no fato de que o companheiro sobrevivente concorre não só com os ascendentes e descendentes do companheiro falecido, mas também com os que lhe são colaterais até o 4º grau. Ao companheiro sobrevivente só caberá o direito à totalidade da herança caso não haja qualquer outro parente sucessível. Podemos, também, citar como exemplo de inconstitucionalidade na sucessão em união estável a falta de aplicação do princípio da isonomia na questão do direito real de habitação, que, segundo a disposição infraconstitucional, não seria garantido ao companheiro sobrevivente, sendo aplicável somente ao remanescente de casamento civil.

Essas controvérsias relativas à sucessão são focos de muitos trabalhos jurídicos e geram inúmeros debates. Frequentemente afirma-se que há necessidade de uma nova legislação para regular a sucessão patrimonial na união estável. Isto porque a atual legislação, apesar de regular a união estável como entidade familiar, não tratou sobre as necessidades que esta nova constituição familiar teria civilmente. Não regulou de forma adequada os temas com ela relacionados.

O presente trabalho, no entanto, não tem a intenção de tratar diretamente da inconstitucionalidade desta sucessão no que diz respeito ao companheiro sobrevivente, mas, sim, tem por objetivo analisar e discorrer a cerca do tratamento dispensado aos filhos do companheiro falecido.

Em seus incisos I, II e III, o artigo 1.790 do Código Civil dispõe sobre a concorrência do companheiro sobrevivente com os filhos comuns, com os filhos só

do companheiro falecido – autor da herança –, e com filiação híbrida. A cada um destes casos a sucessão se dá de forma diferenciada.

Ora, considerando que todos os citados no dispositivo são filhos do autor da herança e que nos dias atuais não há mais que se falar em filiação legítima ou ilegítima, cabendo a todos os filhos os mesmos direitos – aplicação do princípio da isonomia entre os filhos –, todos eles são herdeiros necessários e não há razão para serem tratados de forma diversa.

Ao analisar estes incisos, percebemos que o legislador regulou diferentemente e de forma prejudicial a concorrência do companheiro sobrevivente em relação a cada uma dessas espécies de filiação. Diante dessa desigualdade injustificada de tratamento, surge a conveniência e até a necessidade de análise e discurso sobre o tema. Considerando que todos são herdeiros necessários do autor da herança, a todos cabe parte igual desta, não sendo admitido falar-se em formas diferenciadas de partilha, principalmente se levadas a efeito para beneficiar pessoas que sequer estão na linha de descendência dos companheiros ou ainda um dos próprios companheiros.

A intenção do presente trabalho é discutir acerca da inconstitucionalidade de tratamento diferenciado na definição do direito sucessório dos filhos participantes de na união estável. Para tanto, se faz necessário o estudo desta entidade familiar, bem como do direito sucessório a ela aplicado. Em relevo, devemos colocar tanto os princípios constitucionais relativos à filiação quanto aos relacionados com a união estável.

Na realização desta pesquisa, não nos concentramos apenas no estudo doutrinário, mas também na análise da legislação e da jurisprudência relativas à sucessão do companheiro. Tudo isto com o objetivo de responder a seguinte pergunta: “o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional se analisado em relação ao tratamento aplicado aos filhos?”.

Para tanto, dividimos este trabalho em três capítulos, sendo que os dois primeiros versam justamente sobre os envolvidos nesta relação de união estável e sucessão patrimonial: os companheiros e seus filhos. Estes primeiros capítulos

buscam apresentar e trabalhar os conceitos e os direitos referentes a cada uma destas figuras. O terceiro capítulo apresenta e discute o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e, trabalhando individualmente cada um de seus incisos, analisa a questão da inconstitucionalidade do tratamento diferenciado que nosso código civil dispensa aos filhos de pessoas ligadas por união estável.

1. DO COMPANHEIRO

A figura do companheiro, ou convivente, no âmbito do Direito Civil brasileiro é relativamente nova e decorre das mais profundas e diversas mudanças que o conceito de Família sofreu ao longo dos anos, principalmente no século XX, com o advento do Estado Social.¹ Apenas com a Constituição Federal de 1988, a união prolongada entre homem e mulher sem casamento, a união estável, foi reconhecida como entidade familiar. Esta figura propiciou direitos civis que até então eram garantidos apenas aos cônjuges.

É inegável que desde os primórdios da sociedade o casamento não é a única forma de união entre homem e mulher. Porém até recentemente, esta era a única reconhecida pela legislação. O relacionamento entre homem e mulher sem casamento foi conhecido por longo período como concubinato² e os envolvidos nesta relação eram chamados concubinos. Aos concubinos não eram garantidos os direitos reconhecidos aos cônjuges. Sequer seus filhos possuíam os mesmos direitos que os filhos oriundos de casamento civil.³

Importante ressaltar que o concubinato dizia respeito a todo e qualquer tipo de relacionamento marital sem casamento civil, sendo concubinos também o homem e a mulher que contraíam matrimônio não reconhecido legalmente. Como exemplos desta situação, os casais que apenas casaram-se no religioso ou aqueles que celebraram casamento no estrangeiro, e não tiveram tal matrimônio não é reconhecido pelas leis pátrias.⁴ Outra forma muito comum de concubinato no Brasil ocorria em virtude da falta de reconhecimento legal do divórcio civil. Assim sendo, quando um casamento civil acabava os cônjuges desta relação se separavam de fato, mas continuavam casados no papel, de forma que se algum destes obtivesse novo relacionamento este seria apenas como concubinato, pois não havia a

¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.17

² A união entre o homem e a mulher, com o intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento. Correspondendo à chamada “união livre” ou informal, porque sem as peias da celebração oficial e dos regramentos estabelecidos na lei para as pessoas casadas. (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003, p.73)

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 602

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 602 e 603

possibilidade de novo casamento civil. Por tal razão é possível afirmar que muitas vezes a união estável era adotada como falta de opção, não por escolha dos conviventes.⁵

Ainda hoje o Código Civil, apesar de equiparar a união estável ao casamento, não estendeu aos companheiros todos os deveres e direitos aplicados aos cônjuges, de forma que estes são considerados apenas por analogia. Cabe destacar que o maior ponto de discrepância entre os direitos garantidos aos cônjuges e aos companheiros está no campo do Direito das Sucessões.⁶

1.1. União Estável

Antes da Constituição Federal de 1988 a única forma de união afetiva reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro era o casamento. Este, por sua vez, era indissolúvel e tinha por objetivo “assegurar a integridade da família e do patrimônio familiar” (Dias, 2011).⁷ Toda e qualquer outra forma de família era ignorada pelo Estado, que até então buscava proteger apenas as famílias que considerava legítimas. Assim sendo, as uniões de fato jamais eram reconhecidas e as raras menções ao concubinato eram sempre com a intenção de prezar pelas famílias constituídas por casamento.⁸ Aos filhos havidos fora do casamento, chamados ilegítimos, bem como aos companheiros de relacionamento extraconjugal e ainda às pessoas que, apesar de viverem afetivamente juntas, não houvessem se casado, não eram garantidos os mesmos direitos assegurados às pessoas unidas pelo casamento e à sua prole, inclusive no que tange à sucessão.

A união estável nada mais é que “a relação íntima e informal, prolongada no tempo e assemelhada ao vínculo decorrente de casamento civil, entre sujeitos de sexo oposto que não possuem qualquer impedimento matrimonial entre si” (LISBOA, 2002)⁹. Ou, conforme ensina Maria Helena Diniz, a entidade familiar formada por

⁵ TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, volume 5: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, p. 263

⁶ REALE, Miguel. Cônjuges e companheiros. 27/03/2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acesso em 03/10/2013.

⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil, volume 5: Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 135

homem e mulher, que não tenham impedimentos para casar-se. Pode ainda ser formada de pessoas casadas, desde que, separadas de fato ou judicialmente, convivam como se casados fossem.¹⁰ O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, define união estável como “(...) entidade familiar (...) entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.¹¹

Apesar desta união só ter sido incluída no conceito de família após a promulgação do texto constitucional de 1988, normas anteriores já haviam tratado, de forma rasa, acerca deste assunto. Isto ocorreu, pela primeira vez no Brasil em 1944, quando o Decreto-Lei 7.036, que tratava das conseqüências sobrevindas de acidente de trabalho, reconheceu a companheira como beneficiária de indenização devida a seu companheiro. A Lei 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, também fez referencia à união estável em seu artigo 57, §2º, momento em que admitiu a possibilidade de uso, pela companheira, do sobrenome do companheiro.¹² Também o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência datada de 1964, afirmou que “comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Súmula 380 do STF)¹³.

1.1.1. A União Estável na Constituição Federal de 1988

O fato de a Constituição Federal de 1988 trazer dispositivo acerca da união estável apenas comprova a tese no sentido de que “a lei não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles” (VENOSA, 2013)¹⁴. Com o passar dos anos, no decorrer do século XX, os casos de união estável passaram a ser cada vez com mais freqüentes na sociedade brasileira, chegando-se ao ponto de se tornar absoluta a necessidade de legislação a respeito.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estado reconheceu a união estável como entidade familiar. A partir daí, as famílias até então tidas por

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹ BRASIL. Código Civil (2002).

¹² TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, volume 5: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, p. 263 e 264

¹³ BRASIL. Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (1964)

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 433

ilegítimas passaram, também, a fazer jus ao direito de proteção do Estado¹⁵ Na Lei Maior, essa questão veio tratada, no §3º do artigo 226, com os seguintes termos:

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

(...)

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

(...)”¹⁶

Esta ampliação trouxe diversas mudanças na legislação infraconstitucional relativa ao Direito de Família. Segundo o Dr. Eduardo de Oliveira Leite, “a Constituição de 1988 reconheceu as uniões estáveis e delegou ao legislador (infraconstitucional) o poder de se manifestar sobre a matéria” (LEITE, 2005).¹⁷ O mesmo autor entende que com esta mudança quase chegaram ao caos as nossas instancias judiciárias. Na ausência de rumos e princípios regentes, a matéria foi tratada de forma variável e contraditória. A ponto de tornar impossível uma definição, um conceito para essa situação, nitidamente nacional.¹⁸ Devido a essa falta de normas jurídicas mais detalhadas no período pouco posterior à promulgação do texto constitucional, decisões judiciais equivocadas foram tomadas. Como exemplo dessa situação caótica, podemos citar os casos nos quais os juízes concederam alimentos aos ex-companheiros.

Acerca dessa confusão verificada no comportamento de nossos magistrados,, o Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca, ainda, que ela reflete “exatamente o giro que o ordenamento jurídico brasileiro apresentou em 1988” (NOGUEIRA DA GAMA, 2005)¹⁹. Para esse estudioso, a despatrimonialização e a repersonalização ora trazida para este ramo do Direito civil, juntamente com a

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Quarta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3.

¹⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988)

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 421.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 421.

¹⁹ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Concorrência sucessória a luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29. Ano VII. Abril – Maio, 2005, p.22.

desbiologização e a dessacralização dos vínculos familiares, reconheceu e valorizou o “ser” em detrimento do “ter”.²⁰ Ou seja: atualmente o conceito de Família está ligado de forma mais forte à questão do afeito do que às questões patrimoniais ou de reprodução, forma como foi tratada no longo período de tempo anterior.

Conformando-se a esse redisciplinamento feito pela Constituição Federal de 1988, vieram a Lei 8.971/1994 – Lei do Concubinato; a Lei 9.278/1996 – Lei dos Conviventes; e o Código Civil de 2002.

1.1.2. A União Estável no Código Civil de 2002: características e requisitos

Devido à equiparação com o casamento civil, a união estável é também disciplinada no livro IV do Código Civil de 2002, que trata do Direito de Família. A união estável vem regulada nos artigos 1.723 a 1.727.

O conceito de união estável apresentado no Código Civil de 2002 é o mesmo oferecido pela Lei dos Conviventes. Entretanto, o código elenca as características, os deveres e os direitos de quem vive em união estável, dos companheiros. Desta forma, trata dos aspectos pessoais e patrimoniais dessa relação. Outros capítulos do Código Civil de 2002 trazem dispositivos tratando de questões afeitas à união estável. A obrigação alimentar, por exemplo, está disciplinada em seu artigo 1.694. O efeito patrimonial sucessório da união estável é regulado em seu artigo 1.790, no capítulo em que trata do Direito das Sucessões propriamente dito.²¹

No código é apresentada como característica da união estável a necessidade da vida em comum, ou seja, a convivência de fato entre homem e mulher vivendo como se casados fossem, de forma duradoura, notória e contínua, respeitada, sempre, a questão da fidelidade²². Cita-se também como característica desta união, a ausência de formalismos para a sua configuração. Para a configuração da união estável basta que os companheiros iniciem, nos moldes

²⁰ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Concorrência sucessória a luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29. Ano VII. Abril – Maio, 2005, p.22.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 608

²² GIUDICE, Lara Lima. Algumas Características da União Estável. 2007. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9519-9518-1-PB.pdf>>. Acesso em 06/10/2013.

supracitados, vida comum. Dispensados todos os formalismos exigidos, pelo código, para o casamento.²³

Os requisitos configuradores da união estável são observados durante a sua formação. Eles são subjetivos e objetivos. Os subjetivos são a convivência *more uxorio* e o *affectio maritalis*. Os objetivos são a diversidade de sexo, a notoriedade, a durabilidade, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais e a necessidade de relação monogâmica.

A convivência *more uxorio* nada mais é que a comunhão de vidas no sentido material e imaterial. É, portanto, o compromisso de assistência mútua não só no que diz respeito ao aspecto material, mas também quanto ao apoio moral e espiritual recíproco. Refere-se à relação afetiva em si no que tange à união estável destacando-se o interesse, a atenção e o carinho como exemplos de afetividade imaterial. É a convivência conforme o costume de casado²⁴.

O *affectio maritalis*, tido como o ânimo ou objetivo de constituir família, é elemento essencial para a configuração da união estável. Conforme implícito no conceito apresentado pelo Código Civil de 2002, a união estável tem por objetivo a constituição de família. Assim sendo, para a caracterização desta não basta a presença do afeito entre os companheiros, há, também, a necessidade da união com animus de constituir família. Não basta a intenção, pois se a vontade bastasse, “o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar, seria equiparado à união estável” (OLIVEIRA, 2003)²⁵.

O primeiro requisito de ordem objetiva, para formação da união estável, é a exigência de diversidade de sexo entre os companheiros. Já que a união estável se equipara ao casamento e tem por objetivo a formação de família, a heterossexualidade, em vista da meta de procriação, se faz indispensável. Entretanto, desde maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da ADIn nº 4277 e da ADPF 132, a união homoafetiva. Tal decisão levou em consideração os princípios da liberdade e igualdade. De forma que, ainda

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 611

²⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.172

²⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003, p. 133.

precariamente regulamentada, pessoas do mesmo sexo vivendo em condições assemelhadas à de união estável, também constituem entidade familiar. O casamento civil homoafetivo foi autorizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o que obriga os cartórios de todo o território nacional não só a celebrá-lo, mas também a facilitar a conversão das situações homoafetivas estáveis em casamento civil. Tudo com fundamento no artigo 226, §3º da Constituição Federal.

Notoriedade, durabilidade e continuidade derivam da já citada necessidade de vida em comum. A união estável, por não ser celebrada com formalismos, sendo apenas um fato jurídico, para ser reconhecida tem que ser pública, duradoura e também sem interrupções. Caso contrário, restaria caracterizado apenas um relacionamento afetivo. Por fim, o reconhecimento de união estável depende ainda da inexistência de impedimentos matrimoniais e da característica de relação monogâmica. Ambos os requisitos estão relacionados ao fato de a união estável não ser um relacionamento extraconjugal, mas sim uma relação com características de casamento, apenas sem a celebração civil. Não se diz união estável caso uma das pessoas envolvidas possua outra família em concorrência. Neste caso resta configurado um concubinato.

1.2. Regime de Bens

A relação patrimonial entre os cônjuges é inevitável em virtude dos aspectos quotidianos da vida, como o próprio sustento do lar. Assim sendo, também na união estável necessariamente existem relações patrimoniais.²⁶

Em virtude disso, o disciplinamento do regime de bens se faz indispensável. Faz-se necessária a estipulação das formas de contribuição, titularidade e administração de bens comuns e particulares e em que medida tais bens respondem por obrigações contraídas perante terceiros.²⁷ SANTOS, in VENOSA, define o regime de bens como o “estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros.” (VENOSA, 2013).²⁸ O regime patrimonial de

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335.

bens no matrimônio pode também ser conceituado como conjunto de regras de ordem privada relativas aos interesses patrimoniais da entidade familiar.²⁹

No direito civil brasileiro temos quatro formas de regimes de bens: comunhão parcial de bens; comunhão universal de bens; participação final nos aquestos; e separação total de bens. Todos eles estão dispostos no Código Civil de 2002, Artigos 1.639 e seguintes.

A estipulação prévia do regime de bens faz-se muito útil no processo de dissolução de um casamento ou de uma união estável.

1.2.1. Comunhão Parcial de Bens

Considerado o mais importante dos regimes de bens no direito brasileiro, a comunhão parcial de bens é aplicada a todos os casamentos celebrados sem pacto antenupcial.³⁰ Esta forma de comunhão é a dominante na maioria dos casamentos brasileiros, tendo em vista que é rara a celebração dos citados pactos.

Para Sílvio Salvo Venosa, “a idéia central no regime de comunhão parcial é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal”. (VENOSA, 2013).³¹ Sendo assim, cada cônjuge permanece com seu próprio patrimônio, que é o conjunto dos bens que este possuía antes da união. Existem, portanto, dois tipos de bens presentes no regime da comunhão parcial: os bens individuais adquiridos antes do casamento; e os bens comuns, surgidos após a união. Fazem parte da divisão de bens, na comunhão parcial, apenas estes aquestos, conforme artigo 1.658 do Código Civil: “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento (...).”³²

Importante destacar que na união estável o regime vigorante é o da comunhão parcial de bens, tendo em vista que, na maioria dos casos, esta não é pactuada em cartório, não havendo, portanto, contrato escrito que defina, entre os

²⁹ TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, volume 5: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, p. 108

³⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.347.

³² BRASIL. Código Civil (2002).

companheiros, o regime de bens. Em havendo, permanece o definido pelas partes. Tal entendimento está assim disposto no artigo 1.725 do Código Civil de 2002:

“Artigo 1725 Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”³³

Paulo Lôbo entende que no que tange à comunhão parcial de bens, o Código Civil de 2002 equiparou a união estável ao casamento. Ainda segundo este, até a edição do Código Civil, era aplicada a Súmula 380 do Superior Tribunal Federal, uma vez que a legislação anterior sobre o tema não era clara. A Lei nº 8.971/94 tratava apenas de alguns direitos sucessórios do companheiro, não fazia referencia alguma aos regimes de bens. Já a Lei nº 9.278/96 estabeleceu, em seu artigo 5º, “a presunção legal de concurso dos companheiros na aquisição de bens moveis e imóveis, com exceção dos bens adquiridos antes da união, aproximando-se do regime de comunhão parcial” (LÔBO, 2011).³⁴

1.2.2. Comunhão Total de Bens

O regime da comunhão universal de bens está, no artigo 1.667 do Código Civil de 2002, expresso da seguinte forma: “o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dividas passivas (...).”³⁵ Trata-se, portanto, do regime de bens no qual todos os bens do casal, adquiridos antes ou na constância do relacionamento, fazem parte do patrimônio comum. Todo esse patrimônio será partilhado igualmente, independento de quem contribuiu com o que ou se um dos cônjuges contribuiu mais que o outro. Neste regime, as dívidas passivas do casal também se comunicam. Um é responsável pelas dívidas do outro até o momento em que a comunhão for extinta, em que cessa a responsabilidade de um dos membros do relacionamento para com os credores do outro.³⁶

No momento em que se opta pela comunhão universal, todos os bens de ambos os cônjuges passam a fazer parte de um único patrimônio, que lhes é

³³ BRASIL. Código Civil (2002).

³⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179 e 180.

³⁵ BRASIL. Código Civil de 2002.

³⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil, volume 5: Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109.

comum. “O casamento torna comum os bens particulares de cada cônjuge”(LÔBO, 2011).³⁷

Silvio de Salvo Venosa ensina que neste regime todos os bens do casal, presentes e futuros, se comunicam. Salvo algumas exceções legais. A lei permite a existência de bens incomunicáveis, tidos como patrimônio especial pertencente a apenas de um dos cônjuges. Contudo, em regra, “tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento”.³⁸

Ou seja, no regime da comunhão total de bens, os bens comuns são de propriedade e posse de ambos os cônjuges, independentemente da origem destes, permanecendo indivisíveis até a dissolução da sociedade conjugal, momento em que todos os bens comuns serão divididos de forma igual entre os cônjuges.

1.2.3. Participação Final nos Aquestos

Por se tratar de um regime híbrido e complexo, que agrega elementos da comunhão parcial e da separação total de bens, demandando apuração contábil de passivo e ativo,³⁹ é um regime sem tradição no costume brasileiro. Neste regime cada um dos cônjuges é proprietário exclusivo, tanto dos bens que este possuía antes da união quanto daqueles adquiridos na constância desta. Cada cônjuge é possuidor de patrimônio próprio, sendo que os bens adquiridos depois do matrimônio serão submetidos à partilha no momento em que ocorrer a dissolução deste.⁴⁰

Sobre esse regime nosso código civil, em seu artigo 1.672, assim dispõe:

“no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio (...) e lhe cabe à época da dissolução da

³⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.352.

³⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358 e 359.

⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil, volume 5: Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.110

sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, à título oneroso, na constância do casamento.”⁴¹

Fazem parte, portanto, do patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar-se e os bens adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento (art. 1673).⁴²

1.2.4. Separação Total de Bens

O último dos regimes de bens é o intitulado separação total de bens. Este é o regime mais simples, tendo em vista que não há bem comum. Os bens de cada cônjuge não se comunicam e permanecem independentes, compondo patrimônios particulares e separados. Tal regime matrimonial é reconhecido e caracterizado justamente pelo fato de nele não existir massa comum.

Considerando que não se pode falar em partilha dos bens particulares pertencentes a cada cônjuge, em caso de dissolução do matrimônio, não há sequer que falar em partilha de bens, posto que cada cônjuge já é dono exclusivo de seu patrimônio e não há nada comum com o outro.

Conforme Silvio de Salvo Venosa, “esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as finalidades da união pelo casamento” (VENOSA, 2013).⁴³ O artigo 1.687 do Código Civil ao definir este regime, assegura que “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”⁴⁴

É de se destacar que este regime pode decorrer tanto da vontade dos nubentes quanto de determinação legal. De forma que “a separação total de bens pode ser legal ou convencional”. (VENOSA, 2013)⁴⁵

⁴¹ BRASIL. Código Civil (2002).

⁴² BRASIL. Código Civil (2002).

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.363.

⁴⁴ BRASIL. Código Civil (2002).

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.363

Importante ressaltar que apesar da ausência de bens comuns ambos os cônjuges têm a obrigação de contribuir para com as despesas comuns do casal. Isto, na proporção dos rendimentos de cada um deles.

1.3. Meação

Conforme já dito, o regime de bens predominante no casamento civil e na união estável, salvo em caso de contrato escrito diverso, é o regime da comunhão parcial de bens. E, nesta comunhão são bens comuns os produzidos pelos cônjuges ou companheiros na constância do casamento ou da união estável.

Assim, é correto afirmar que a meação nada mais é que a divisão de bens de forma que um dos meeiros fique com metade dos bens do patrimônio comum do casal em caso de falecimento do outro.

Maria Berenice Dias ensina que:

“Quando do falecimento de um deles, o outro tem direito à meação dos bens comuns, chamados de aquestos. Ainda que a meação não integre o acervo hereditário, necessariamente acaba arrolada no inventário, pois a separação dos bens do parceiro sobrevivente ocorre quando da partilha. Quando se pensa na divisão da herança, é necessário antes excluir a meação do companheiro sobrevivente, que se constitui da metade dos bens adquiridos onerosamente no período de convivência. A outra metade é o acervo hereditário, integrado pela meação do falecido, seus bens particulares e os recebidos por doação ou herança. Aos herdeiros necessários é reservada a legítima, que corresponde à metade deste patrimônio. A outra metade é a parte disponível que seu titular pode dispor por meio de testamento. Como o companheiro não é herdeiro necessário – por injustificadamente não ter sido inserido na ordem de vocação hereditária-, não tem direito à legítima”.⁴⁶

Desta forma, o companheiro sobrevivente tem direito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento ou da união estável, ficando a parte restante, assim como os bens particulares do falecido, disponíveis como acervo hereditário. A companheira também faz jus à herança advinda deste acervo.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68

Cabe destacar também o fato de que a meação é avaliada de acordo com o regime de bens vigente no casamento ou na união estável. Se firmado o pacto, será estimada em conformidade com este. (VENOSA, 2013)⁴⁷

1.4. Direito Real de Habitação na União Estável

O direito real de habitação é o direito cabido ao companheiro sobrevivente de permanecer residindo na casa em que morava com o companheiro no decorrer da vigência da união estável. Tal direito é aplicável independentemente do regime de bens, mas se faz necessário que o imóvel em questão seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado.

Este direito não está convencionado no Código Civil de 2002, mas foi regulado pelo §7º da Lei 9278/1996, que assim dispõe:

“dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”⁴⁸

Por não estar claramente disciplinado no Código Civil de 2002, alguns autores, como Zeno Veloso, acenam que tal diploma, por ser posterior à Lei 9278/1996, excluiu este do rol dos direitos a que fazem jus os participantes de união estável.⁴⁹ No entanto, outros autores afirmam que apesar desse direito não ter restado claramente disciplinado, no código, ele existe tanto para o cônjuge quanto para o companheiro. Farias e Rosenvald, por exemplo, afirmam que, mesmo com a omissão do código acerca do assunto, esse direito está resguardado também aos companheiros em união estável, pois a Lei 9.278/1996 não foi revogada.⁵⁰ Isto porque haveria, no caso de seu deferimento ao cônjuge e negação ao companheiro, afronta aos princípios constitucionais.

Silvio de Salvo Venosa é defensor da teoria de que o fato de o direito real de habitação na união estável não estar devidamente regulado no Código Civil de 2002

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas. 2013, p. 132.

⁴⁸ BRASIL. Lei 9278/1996

⁴⁹ VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. Editora Saraiva, 2010.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

não acarreta revogação do artigo 7º da Lei 9278/1996. Afirma ainda que não há qualquer tipo de incompatibilidade entre esta norma e nosso ordenamento. Além disso, o artigo 1.831 do Código Civil permite interpretação de forma a beneficiar o companheiro sobrevivente.⁵¹

“Artigo 1.831 Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, 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.”⁵²

Por meio do enunciado 117, o Conselho da Justiça Federal interpretou da seguinte forma o citado artigo 1.831:

117 O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.⁵³

Art. 6º CF São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Assim sendo, no dever de preservação dos princípios constitucionais que, ao transformar em a união estável em entidade familiar, a equipararam ao casamento civil, impõe-se a interpretação no sentido de que cabe, sim, ao companheiro sobrevivente, o direito real de habitação.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵² BRASIL. Código Civil (2002).

⁵³ BRASIL. Portal da Justiça Federal.. Enunciados Aprovados – I Jornada De Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2011.

2. DOS FILHOS

Apesar da figura dos filhos já estar contida no conceito de família desde a concepção desta entidade, a idéia jurídica, tanto de família quanto de filiação, evoluiu muito, principalmente no período entre a entrada em vigência do Código Civil de 1916 e sua substituição pelo diploma de 2002.

Até pouco tempo atrás, só a família constituída pelo casamento civil era reconhecida pelo Direito. Só esta era possuidora de direitos e garantias. Sequer aos filhos era aplicado o princípio da isonomia só aos filhos advindos de casamento civil eram possuidores de direitos. Aos filhos nascidos de outras formas de relacionamento nada era garantido, nem o direito de ser reconhecido pelo ascendente. Mesmo depois que este direito tornou-se reconhecido, permaneceram, por muito tempo, as discriminações e diferenciações no tratamento que lhes era dispensado.

Com o reconhecimento de novas formas de entidades familiares, a família deixou de ser um instituto regido de forma patriarcal e hierarquizada e passou a ser qualificada primordialmente pelos vínculos afetivos que norteiam a formação das relações familiares.⁵⁴ A família passou, então, a ser “um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito”⁵⁵.

A todos os filhos, independentemente da origem, são devidos igualmente os direitos e garantias.

2.1. Direito de Filiação

Filiação é a relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas, é o laço de parentesco que liga os filhos aos pais⁵⁶. É o dito parentesco de primeiro grau em linha reta⁵⁷. Sob a ótica do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Segundo Silvio de Salvo Venosa, “a filiação compreende todas as

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.16

⁵⁵ SILVA, Keith Diana da. Família no Direito Civil Brasileiro. Disponível em <<http://www.fmr.edu.br/npi/045.pdf>>. Acesso em 08/10/2013.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.318

relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais com relação aos filhos.”⁵⁸

Trata-se, portanto, do poder familiar que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como dos direitos protetivos e assistenciais em geral. É considerada a forma mais importante de parentesco. É, desta forma, nada mais nada menos, que um vínculo jurídico que une pai e filho.

Para o artigo 1.593 do Código Civil de 2002, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Não necessariamente o filho deve ser nascido deste pai. Atualmente, a relação de filiação se forma tanto quando o filho é nascido do pai tanto quando é adotado ou, até mesmo, quando é advindo de técnicas de inseminação artificial. Desta forma, os tipos de filiação hoje existentes são: biológica e não biológica ou socioafetiva.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 não há distinção entre filiação legítima e ilegítima. A nova ordem constitucional estabeleceu absoluta igualdade entre os filhos, não cabendo discussão acerca de sua origem. Todos os filhos foram equiparados em direitos e qualificações. O artigo 1.596 do Código Civil, estabelece: “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”⁵⁹.

Sendo o filho nascido de relacionamento civil reconhecido, existe a presunção de paternidade. Para filhos havidos fora do casamento, cabe o reconhecimento espontâneo ou voluntário e, ainda, nos casos em que o ascendente se recuse a isto, o reconhecimento judicial. Por fim, nos casos de adoção é necessário para reconhecimento de filiação, o atendimento aos requisitos exigidos para a efetivação desta.⁶⁰

2.1.1. Filiação Biológica

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.227.

⁵⁹ BRASIL. Código Civil (2002).

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.319

Filiação biológica, como o próprio nome nos permite concluir, é a filiação genética. É a filiação vinculada à verdade biológica, sendo, portanto, determinada pela origem genética.⁶¹

São filhos biológicos aqueles advindos de procriação carnal ou os advindo de reprodução assistida homóloga. No primeiro caso, são filhos resultantes de relacionamento sexual entre um casal. Entretanto, é importante deixar claro que este casal não necessariamente precisa constituir casamento civil de fato. Desde que o princípio constitucional da isonomia entre os filhos começou a ser aplicado, já não há mais diferenciação alguma quanto a estes filhos não importando se este filho é fruto de um casamento, de uma união estável, de um breve relacionamento ou de qualquer encontro casual.

Já o filho de reprodução assistida homóloga é aquele que é fruto de reprodução assistida por médicos. Na reprodução assistida homóloga não há qualquer necessidade de contato físico entre o casal para que haja a procriação. A inseminação artificial homóloga é considerada filiação biológica, tendo em vista que neste tipo específico de reprodução, apesar de não haver qualquer contato sexual entre os pais, o semem e o óvulo utilizados na fecundação são do casal, devendo haver consentimento e vontade de ambos para que tal procedimento possa ser realizado. Desta forma, o material biológico do filho resultante deste processo é dos pais, ficando caracterizada a filiação biológica. Tal método é utilizado, por exemplo, por casais que tem dificuldades para a concepção.

Sobre a filiação, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, ainda dispõe:

“Artigo 1597 presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 dias subsequentes a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.”⁶²

⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito civil: família. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶² BRASIL. Código Civil (2002).

Até recentemente, quando se falava em filiação, a biológica era o tipo no qual sempre se pensava primeiramente, justamente em razão de idéia de consangüinidade. Entretanto, com o passar do tempo, com a evolução da ciência e da tecnologia, e devido ao prestígio que vem sendo dado à afetividade, a filiação biológica, que era a de maior importância e valor, passou a ser apenas mais um gênero de filiação.

Foi justamente por esta razão que o conceito de filiação sofreu mudanças e nos dias de hoje é tido como “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, umas das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.”⁶³

Importante destacar, conforme ensinamento de Maria Berenice Dias, que, mesmo na filiação biológica, a afetividade é parte relevante no relacionamento de pai e filho.⁶⁴

2.1.2. Filiação Não Biológica e Socioafetiva

Para dar início a esta explicação é importante visualizar novamente o artigo 1.593 do Código Civil, tendo em vista que sua redação afirma que o parentesco é civil ou natural, conforme decorra ou não de consangüinidade.⁶⁵

Ao utilizar a expressão “outra origem” nessa redação, o legislador deixou clara a possibilidade de entendimento no sentido de que o parentesco civil não precisa ser decorrente de consangüinidade, bastando para tal reconhecimento, o relacionamento afetivo entre pai e filho. De maneira que existem quatro formas de filiação não biológica. São elas: a adoção; a adoção à brasileira; a reprodução assistida heteróloga e a posse de estado de filho.

A adoção é a forma mais conhecida de filiação não biológica. Silvio de Salvo Venosa assim a define: “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação

⁶³ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

⁶⁵ “Artigo 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” BRASIL. Código Civil (2002)

natural”.⁶⁶ Ainda segundo este autor, enquanto a filiação biológica, também conhecida como natural, é derivada do vínculo de sangue, sendo, portanto, de ordem genética, a adoção nada mais é que a filiação exclusivamente jurídica. Ou seja, apesar de não ser definida por vínculo biológico, é sustentada pela relação afetiva. Trata-se de “um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas.”⁶⁷

Esta modalidade está vinculada no Código Civil, amparada pelos artigos 1.618 e 1.619. Com maior esmero é tratado também no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção cria parentesco civil, gerando efeitos pessoais e patrimoniais. Em razão do princípio da igualdade jurídica entre os filhos, confere ao adotado todos os direitos e deveres inerentes a qualquer outro filho.

A adoção à brasileira ocorre quando alguma pessoa registra filho alheio como próprio. Não está regulada na legislação, mas é prática comum em nosso país. Apesar de não ser reconhecida – não constituindo, de fato, adoção –, produz os mesmos efeitos patrimoniais e pessoais, aplicando-se também a ela o princípio da isonomia entre os filhos.

Na reprodução heteróloga, ao contrário do que ocorre na homóloga, o gameta masculino não é fornecido pelo homem que irá registrar a criança, mas sim por um terceiro estranho ao casal. Entretanto, é necessário que o pai tenha consentimento do fato, não bastando que a mulher queira levá-la a efeito.

Assim como ocorre na homóloga, não há a necessidade de contato físico, e a reprodução é totalmente assistida por médicos. É considerada como filiação não biológica, pois, devido ao fato de o embrião ser formado com material genético de terceiro, o filho nascido de tal técnica, por mais que tenha relacionamento afetivo com o pai, não possui o mesmo material genético deste.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.279.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.279

Por fim, a posse de estado de filho ocorre nos casos em que, apesar de legalmente a situação ser diferente e a relação de parentesco de fato ser com outra pessoa, um terceiro desfruta do status de pai em relação a determinado filho. Os chamados “filhos de criação” não são filhos propriamente ditos, mas possuem laços de filiação socioafetiva. Muitas vezes esta situação se dá em virtude de convivência excessiva, não constituindo verdadeiramente uma situação jurídica.

2.2. Igualdade Jurídica Entre os Filhos

O princípio constitucional da igualdade ou da isonomia é garantido pela Lei Fundamental – artigo 5º, caput, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.⁶⁸

Mais especificamente no que diz respeito ao princípio da igualdade na filiação, o seguinte vem explicitado no artigo 1.596 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

“Artigo 1596 os filhos havidos ou não da relação de casamentos, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”⁶⁹

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, parágrafo 6º, em termos parecidos com os acima transcritos, proibiu terminantemente a discriminação entre os filhos, igualando todos eles, independentemente da forma ou do modo em que foram nascidos. Foram banidas todas as formas discriminatórias de tratamento relacionadas aos filhos que antes eram tidos por ilegítimos. Atualmente todos eles são iguais em direitos e qualificações.

Esta igualdade jurídica entre os filhos está garantida também no que diz respeito aos direitos sucessórios, sendo todos eles, igualmente herdeiros necessários dos pais. Todos os filhos do autor da herança têm direito ao mesmo percentual dos bens disponíveis à partilha.

2.2.1. Vedação às discriminações

⁶⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988).

⁶⁹ BRASIL. Código Civil (2002).

Paulo Lôbo faz boa análise acerca das formas de tratamento diferenciado proibidas pelo Texto Constitucional de 1988:

“No Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição Federal de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva ou filiação adúltera.”

A teor do §6º do artigo 227 da Constituição Federal, é inadmissível qualquer forma discriminatória de tratamento dos filhos: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁷⁰

2.2.2. Direitos pessoais

Com o estabelecimento do vínculo jurídico de filiação, os filhos passam a ser possuidores de direitos pessoais. Considerando aplicado o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, não há mais razão para diferenciar estes em filhos legítimos ou ilegítimos. Desta forma, os mesmos direitos assegurados aos filhos consangüíneos devem assegurados aos filhos não biológicos.

Os direitos pessoais a que fazem jus os filhos se referem, principalmente, ao poder familiar que é conferido aos pais, ao direito de uso do sobrenome da família, bem como ao direito às relações de parentesco e impedimentos matrimoniais, entre outros.

2.2.3. Direitos patrimoniais

Além dos direitos pessoais, a filiação confere também direitos no que tange à ordem patrimonial. Neste sentido, pode-se destacar o direito aos alimentos e à sucessão.⁷¹

Carlos Roberto Gonçalves ensina que, em razão da paridade estabelecida no artigo 227 - §6º da Constituição Federal e no artigo 1.628 do Código Civil brasileiro, todos os filhos não consangüíneos concorrem, em igualdade de

⁷⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988).

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: Sucessões. São Paulo: Atlas, 2007.

condições, com os filhos de sangue. Em conseqüência, os direitos hereditários envolvem também a sucessão dos avós e dos colaterais, identicamente que acontece na filiação biológica.⁷²

Para Maria Helena Diniz, no que diz respeito aos direitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza são equiparados, havendo, assim, direito sucessório recíproco entre pais e filhos reconhecidos, pois, tanto os ascendentes quanto os descendentes, são herdeiros necessários. Deste modo, o filho reconhecido concorre em pé de igualdade com os todos os irmãos surgidos do casamento ou união, herdando fração igual ao que couber aos demais filhos do autor da herança.⁷³

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, P.476

3. O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que regula os direitos sucessórios dos companheiros em união estável, está disposto nos seguintes termos:

“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.”⁷⁴

Esse dispositivo sofre, por parte de renomados doutrinadores, inúmeras críticas. Tais estudiosos não hesitam em afirmar que essa disposição é inadequada no tratamento das questões sucessórias relativas aos companheiros. Segundo os mesmo, são muitos os problemas concernentes ao dispositivo. A crítica atinge todo o código, já que existe apenas um mal posicionado e mal alinhavado dispositivo tratando da questão. Esse dispositivo foi introduzido na parte que trata das disposições gerais e não no capítulo que trata da ordem da vocação hereditária.⁷⁵

Por seu caput, já se vê que o legislador não foi suficientemente ousado para classificar o companheiro sobrevivente como um duvidável herdeiro. Além do mais, incluiu-o como sucessor apenas quando os bens tiverem sido adquiridos onerosamente na constância da união estável. Então, ao dizer que os companheiros sobreviventes são apenas participantes, o dispositivo evita classificá-los como herdeiros, o que lhes deixaria a salvo dos percalços resultantes das críticas sociais. Assim, não elencar os companheiros nas disposições que estabelecem a ordem de vocação hereditária para torna-los, participantes na sucessão. Com isto, alguns políticos podem ter evitado, para si próprios, o constrangimento das críticas sociais,

⁷⁴ BRASIL. Código Civil (2002)

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 150

mas o Código Civil e a Instituição Congresso Nacional recebem, pela tímida, estreita e limitada forma como trataram o tema, o merecido reproche, tanto da classe jurídica quanto da população em geral⁷⁶ Ao tratar o companheiro sobrevivente apenas como participante, o legislador deixa a dúvida a respeito da existência ou não da diferença entre herdeiro e participante. Caso exista essa diferença, ficaria caracterizado o tratamento discriminatório em relação ao companheiro.

A segunda crítica que se faz às disposições do caput do artigo 1.790 está no fato de que ao companheiro sobrevivente defere o direito de suceder apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Assim sendo, em situações nas quais não haja a aquisição de nenhum bem a título oneroso na constância dessa união, o companheiro sobrevivente nada herdará, mesmo se o companheiro falecido possuir grande patrimônio construído antes da vigência dessa união.⁷⁷ Não há dúvidas, portanto, que o direito sucessório do companheiro ficaria, no caso de validação dessas disposições, muito limitado.

Vários autores criticam o citado caput porque acreditam que ele pode gerar várias injustiças. Ele poderia retirar direitos e vantagens que existem em favor do companheiro sobrevivente, anulando, desta forma, a proteção especial que constitucionalmente é devida a estas famílias.⁷⁸ Zeno Veloso entende que não há lógica ou razão para tal limitação, que quebra o sistema e pode gerar grande injustiças.⁷⁹ Exemplificando a situação, Veloso coloca a seguinte nota:

“(...) a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens à época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo de convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada. Mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento. O problema se mostra mais grave e delicado se considerarmos que o novo Código Civil nem fala no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 150

⁷⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Atualização: Zeno Veloso. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118

⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁷⁹ VELOSO, Zeno. In RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Atualização: Zeno Veloso. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243

família, ao regular a sucessão entre companheiros, deixando de prever, em outro retrocesso, o benefício já estabelecido no artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9278/1996”.⁸⁰

Desta forma, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 traz prejuízo ao companheiro sobrevivente no que diz respeito a seu direito sucessório na união estável. Não o reconhece como herdeiro necessário, cabendo-lhe a totalidade da herança só nos casos em que não haja nenhum parente sucessível do de cujus, além de não ter lhe assegurado quota mínima, limita seu direito sucessório à sucessão concernente aos bens adquiridos onerosamente durante a união. A este rol de prejuízos, acrescenta-se o fato de o companheiro sobrevivente não ter garantido seu direito real de habitação.⁸¹

3.1. Concorrência do Companheiro

Em sua totalidade o artigo 1.790 do Código Civil trata da sucessão do companheiro, sendo que, em seus incisos de I a III disciplina a concorrência do companheiro sobrevivente com os demais herdeiros.

Pela disposição, são concorrentes do companheiro sobrevivente: os filhos comuns; os filhos só do autor da herança; e, os demais parente sucessíveis do companheiro autor da herança, do de cujus.

O código civil não regulamenta a situação em que haja concorrência entre companheiro sobrevivente, filhos comuns e filhos só do autor da herança. Entretanto, esta situação é recorrente, razão pela qual se faz necessário analisar a questão. Devido ao fato de haver esta lacuna normativa, ao se tratar da concorrência com a filiação híbrida cabe ao intérprete visualizar todo o ordenamento jurídico.⁸²

3.1.1. Com filhos comuns

⁸⁰ VELOSO, Zeno. In RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. Atualização: Zeno Veloso. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65

⁸² BARROS, André Borges de Carvalho. Reflexões sobre a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido. 14/02/2012, atualizado em 23/04/2013. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/andrebarros/2012/02/14/artigo-reflexoes-sobre-a-concorrencia-do-companheiro-com-os-descendentes-do-falecido/>>. Acesso em 10/10/2013.

Conforme o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, ao concorrer com filhos comuns o companheiro terá direito à mesma quota atribuída a estes.

Ou seja, em situações nas quais todos os filhos concorrentes forem descendentes de ambos os companheiros da união estável, a herança é dividida de forma igual entre eles e o companheiro sobrevivente. Desta forma, a fração da herança recebida pelo companheiro é exatamente igual à parte herdada por cada um dos filhos. Pode-se dizer, para efeito de melhor compreensão, que é como se o companheiro fosse mais um filho. Todos - companheiro e filhos, recebem, cada um, o mesmo percentual da herança. Na concorrência com filhos comuns, portanto, o companheiro sobrevivente receberá quinhão igual ao que for recebido por cada um de seus filhos.⁸³

3.1.2. Com filhos só do autor da herança

O inciso II do artigo 1.790 do Código Civil, ao disciplinar a concorrência do companheiro com filhos só do autor da herança estabelece que caberá ao companheiro sobrevivente metade do que couber a cada um desses filhos.

Neste caso, aos filhos exclusivos do autor da herança é deferido o dobro do valor reservado ao companheiro sobrevivente, que, assim, fica apenas com a metade do que for deferido a cada enteado. Para bem demonstrarmos a injustiça desse tratamento, devemos vislumbrar uma situação na qual o companheiro falecido tenha deixado apenas um filho exclusivamente seu e que da união estável não tenha surgido nenhum. Mesmo tendo apenas um concorrente neste caso, o companheiro sobrevivente receberá apenas um terço da herança, uma vez que dois terços da mesma serão entregues ao filho único do companheiro falecido.⁸⁴

3.1.3. Com filiação híbrida

Existem três correntes doutrinárias que tentam elucidar a questão da concorrência com filiação híbrida. A primeira delas afirma que, na questão sucessória, os filhos híbridos devem ser tratados como filhos comuns, de forma que o inciso I deste artigo seria suficiente para solucionar o conflito. Assim sendo, no

⁸³ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

caso de concorrência do companheiro com filiação híbrida, a divisão patrimonial seria em partes iguais. A cada um dos filhos e ao companheiro sobrevivente caberia exatamente a mesma fração da herança.

Deste ângulo, o companheiro sobrevivente que concorra, ao mesmo tempo, com filhos comuns e com filhos do autor da herança, fica, para este efeito de sucessão, a eles equiparados, o que é visto como tratamento prejudicial e discriminatório em relação ao cônjuge sobrevivente.

Para agravar a situação do companheiro sobrevivente, surgiu, uma corrente que, diferentemente, entende que, no caso de concorrência do companheiro sobrevivente com filiação híbrida, o inciso a ser observado é o nº II, o que daria a todos os filhos em comum e aos só filhos do autor da herança, o mesmo tratamento, que é o normalmente dispensado aos só filhos do autor da herança. Essa interpretação beneficiaria a todos os filhos que, por imposição constitucional não podem ser tratados de maneira diferente. No entanto, prejudicaria e discriminaria ainda mais o companheiro sobrevivente, pois, na aplicação deste segundo entendimento, parte do que teria direito mediante a aplicação do primeiro, reverteria em benefício do conjunto de filhos.

Para essa segunda tese, a aplicação do princípio da isonomia de tratamento entre os filhos exige que seja adotada a norma que abranja igualmente o direito de todos eles. Então, a análise quanto à filiação deve ser feita em relação ao companheiro falecido, e não em relação ao companheiro sobrevivente. Assim, não há que se falar em filhos comuns ou filhos só do autor da herança, uma vez que, sendo filhos ou não do companheiro sobrevivente, todos os filhos são descendentes e herdeiros necessários, do autor da herança.⁸⁵

Ao companheiro sobrevivente a aplicação desse segundo entendimento é sempre prejudicial, pois, concorrendo com filhos exclusivos do autor da herança, status com o qual concorrem todos os filhos, recebendo, neste caso, apenas a metade do que a que couber a cada filho.

Uma grande defensora dessa tese é Maria Berenice Dias, que assim afirma:

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

“Parcela outra da doutrina afirma que o convivente só tem direito de participar como se fosse mais um filho, caso todos os descendentes sejam comuns. Havendo filiação híbrida, é como se todos fossem filhos exclusivos do autor da herança; aplica-se apenas o CC 1790 II. Assim, cada filho recebe o dobro do parceiro sobrevivente. Esta solução prestigia os filhos, visto que sua participação cresce quando o convivente passa a concorrer como se fosse meio filho. No entanto, Gustavo Rene Nicolau alerta sobre a possibilidade de tal solução ensejar situações injustas. Segundo ele, no caso de o companheiro ter um filho por conta de uma traição, estaria configurada situação híbrida em desfavor da companheira, vítima do ato de infidelidade.”⁸⁶

Uma terceira corrente, também simpática à Maria Berenice Dias, defende a aplicação dos dois incisos na solução do problema. Resta saber se na aplicação deste terceiro entendimento, a conciliação dos incisos I e II é capaz de manter a isonomia de tratamento entre os filhos, pois, esse tratamento embora imponha que todos os filhos do autor da herança participem igualmente da sucessão, sejam exclusivos ou em comum, não podem exigir que o cônjuge sobrevivente seja, em benefício deles, prejudicado. Essa terceira corrente pretende, então, por meio dos cálculos matemáticos que impõem a aplicação simultânea dos incisos I e II, reduzir as perdas que o injustiçado companheiro sobrevivente sofreria com a aplicação pura e simples do segundo entendimento doutrinário já exposto.

A aplicação do terceiro entendimento só seria possível no caso de concorrência do companheiro sobrevivente com filiação híbrida, num cálculo matemático inicial, ao estabelecimento de valores ou quotas diferenciadas em relação à filhos comuns e a filhos exclusivos do autor da herança. A imposição do princípio da isonomia entre filhos exigiria, que ao final da operação, todos os valores ou quotas destinadas ao conjunto de filhos fossem somadas e igualmente repartidas entre eles. Com isto, o companheiro sobrevivente não chegaria a receber a quota que perceberia se concorresse só com os filhos em comum, mas seria um pouco menos prejudicado, pois passaria a receber um pouco mais do que receberia se concorresse apenas com os filhos exclusivos do autor da herança – fórmula entendida pelo segundo entendimento conforme acima alinhado..⁸⁷

Fazendo-se uso do terceiro entendimento doutrinário, a quota parte do companheiro sobrevivente varia para cima quando a quantidade de filhos em comum

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

for mais alta e varia para baixo quando a quantidade de filhos só do autor da herança for maior. Entretanto, será sempre uma quota menor do que a que teria direito quando sua concorrência é só com os filhos em comum. Tudo isto como efeito da aplicação da Fórmula TUSA. Nessa concorrência com a filiação híbrida, receberá sempre quota menor do que a recebida por cada filho.

3.1.4. Com outros parentes sucessíveis

Nos casos de concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis caberá ao companheiro sobrevivente a quota de um terço da herança, conforme consta do inciso III do dispositivo em análise.

Bom lembrar que a expressão ‘outros parentes sucessíveis’ engloba apenas os ascendentes ou parentes colaterais de até quarto grau – inciso III supracitado.

Neste caso a herança será, portanto, dividida em três partes iguais. Ao companheiro sobrevivente caberá um terço dela. Os dois terços restantes serão partilhados entre os outros parentes sucessíveis, respeitada sempre a ordem de sucessão hereditária.

Em relação à concorrência com os ascendentes, Maria Berenice Dias afirma que:

“Quando a concorrência se dá com ambos os genitores do falecido, cada um deles recebe 1/3 e mais a integralidade dos bens particulares do filho falecido. Na concorrência com só um dos pais, este fica com 2/3, e o companheiro permanece somente com a terça parte dos aquestos. Mesmo quando os ascendentes forem de graus mais distantes (avós ou bisavós do falecido), permanece igual o direito do companheiro, independente do número de ascendentes”⁸⁸

Em não havendo ascendentes, mas apenas parentes colaterais até o quarto grau, torna-se ainda mais evidente o tratamento discriminatório que a legislação infraconstitucional dá ao companheiro sobrevivente em relação ao processo sucessório, fato este que não agrada a maioria dos doutrinadores, que entendem não haver razão suficiente para que o companheiro sobrevivente tenha que concorrer inclusive com os parentes de quarto grau do cônjuge falecido.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181.

Sobre o assunto, continua Maria Berenice Dias:

“O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo. Basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança ser transferida a ele. A sorte é que o primo não fica com tudo. Em face do direito de concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau. O resultado da aplicação desta regra é totalmente absurda, pois gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro”⁸⁹

3.2. Direito à totalidade da Herança quando não há parentes sucessíveis

O último inciso do artigo 1.790 do Código Civil apresenta a hipótese em que não há concorrência ao companheiro sobrevivente na relação de sucessão. Este inciso afirma que, nos casos em que não haja parentes sucessíveis, os companheiros sobreviventes terão direito à totalidade da herança.

A grande maioria dos doutrinadores criticam severamente nossa legislação acerca da sucessão na união estável, principalmente no que diz respeito às disposições deste artigo 1.790. Para estes estudiosos, enquanto o ordenamento tem o cônjuge por herdeiro legítimo e necessário, o companheiro sobrevivente a teor desse artigo 1.790, é apenas mais um na sucessão de seu companheiro falecido. É apenas participante. Só terá direito à totalidade da herança do companheiro falecido se este não tiver nenhum dos vários parentes que podem com ele concorrer à sucessão daquele. São, realmente, muitos os possíveis concorrentes, pois, na expressão outros parentes sucessíveis, estão englobados inclusive os colaterais de até quarto grau.

Maria Berenice Dias defende que esta diferenciação de tratamento implica numa enorme ofensa ao princípio da igualdade.

“A mais saliente afronta cometida pela lei é ao princípio da igualdade, ao promover o cônjuge à condição de herdeiro necessário, enquanto o companheiro não passa de herdeiro legítimo. O cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no último lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio, sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou primo sequer”

3.3. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil em face da diferença entre os filhos

Cabe agora falarmos um pouco a respeito do tratamento que nossa legislação infraconstitucional dispensa às questões relacionadas com a concorrência entre os filhos membros da entidade familiar estável.

Conforme já sustentado, com a valorização do princípio da igualdade jurídica entre os filhos, não há mais que se falar em espécies de filiação. Para efeitos sucessórios, os antigos conceitos de filiação legítima e ilegítima caíram em desuso. O princípio da igualdade entre os filhos não diz respeito apenas aos direitos sucessórios, mas a todas as garantias que o ordenamento jurídico diz que é devido pelos pais aos filhos.

Em sua letra, o artigo 1.790 do Código Civil, ao tratar da concorrência na sucessão em que haja filhos em comum e só do autor da herança, permite, pela análise de seus incisos I e II, a compreensão no sentido de que o filho em comum pode receber quinhão menor do que o que deve ser garantido ao filho exclusivo do autor da herança. Essa possibilidade é vislumbrada quando se atenta para os modelos de partilha formulados para aplicação nos casos de concorrência do companheiro sobrevivente: a) com os filhos em comum - hipótese em que herda quinhão igual ao de seus filhos – inciso I; e b) com os filhos só do autor da herança, hipótese em que herda só metade do que couber a cada um deles – inciso II.

Analisando-se os modos de partilha constantes destes incisos I e II percebemos que os filhos em comum, quando em concorrência com o companheiro sobrevivente, recebem a metade do que receberiam os filhos só do autor da herança que estivessem na mesma situação. Os filhos em comum recebem quinhão igual ao do companheiro sobrevivente, enquanto os filhos só do companheiro falecido recebem quinhão equivalente ao dobro do que recebe esse companheiro sobrevivente.

Essa diferença de tratamento que coloca sob suspeita de inconstitucionalidade o artigo 1.790 do Código Civil fica ainda mais evidente na situação hipotética em que, numa sucessão: exista apenas um filho em comum para concorrer com o companheiro sobrevivente, esse filho receberia a metade da herança, ficando a outra metade com o companheiro sobrevivente.

Já na hipótese em que o companheiro sobrevivente concorra com apenas um filho exclusivo do autor da herança, esse filho ficaria com dois terços da herança, ficando o outro terço com o companheiro sobrevivente, de quem é enteado.

Está claro que existe, para efeitos de sucessão, diferença entre ser filho em comum e ser filho só do autor da herança. O filho exclusivo do autor da herança, na concorrência com o companheiro sobrevivente, herda um quinhão maior do que herdaria o filho em comum que estivesse na mesma situação.

Sendo o filho comum igualmente filho do autor da herança, por qual razão deve receber parcela diferente na sucessão do ascendente falecido?

A relação parental que os filhos citados nos incisos I e II do Código Civil têm com o companheiro sobrevivente é indiferente no que tange a questão da sucessão. O foco, neste caso, é a relação com o autor da herança. Conforme consta do Código Civil de 2002, artigo 1.829, inciso I, os filhos são herdeiros legítimos e necessários, sendo eles os primeiros na ordem de vocação hereditária. Por serem herdeiros necessários, a única forma legal que possibilita a entrega de parcelas diferentes da herança corresponde aos casos em que o de cujus deixa testamento dispondo de maneira diferente a cerca da divisão da sua parte disponível. Assim sendo, sem testamento do de cujus todos os filhos, como herdeiros necessários, fazem jus à mesma fração da herança.

3.5. Interpretações jurisprudenciais sobre o tema

Analisando a jurisprudência de nossos tribunais verificamos, no entanto, que nosso judiciário ainda está dividido sobre a questão. Ainda há muita discordância sobre o que sejam mesmo os direitos líquidos e garantidos do companheiro sobrevivente e dos filhos – em comum ou só do autor, o que dá azo às criações doutrinárias como os três entendimentos mostrados neste capítulo, principalmente no item que fala sobre filiação híbrida.

Observe-se, por exemplo a seguinte jurisprudência, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Ementa: INVENTÁRIO - Partilha judicial - Participação da companheira na sucessão do "de cujus" em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável - Concorrência da companheira com descendentes comuns e exclusivos do falecido - Hipótese não prevista em lei - Atribuição de cotas iguais a todos - Descabimento - Critério que prejudica o direito hereditário dos descendentes exclusivos, afrontando a norma constitucional de igualdade entre os filhos (art 227, § 6o da CF) - Aplicação, por analogia, do art 1790, II do Código Civil - Possibilidade - Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles - Decisão reformada. Recurso provido”⁹⁰

O acórdão apresentado é apenas um exemplo do entendimento de que há sim a inconstitucionalidade em face dos filhos no que tange a sucessão na união estável.

O seguinte texto também reconhece a necessidade de isonomia entre os filhos:

Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela
Data de Julgamento: 19/11/2008
Data da publicação da súmula: 09/01/2009

⁹⁰ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 0138700-78.2008.8.26.0000. TJSP. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO - REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS - PAGAMENTO INTEGRAL VINDICADO PELA COMPANHEIRA - EXCLUSÃO DOS HERDEIROS - VEDAÇÃO - ARTIGO

O parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, somente garante ao companheiro ou esposa, a exclusividade ao recebimento da indenização correspondente ao seguro obrigatório, quando atrelada ao evento morte, conforme se deduz do "caput" do referido dispositivo legal.

Conquanto os incisos I e II, do artigo 1790 do NCC, diferenciem o quinhão destinado ao companheiro quando concorrer com filhos comuns e exclusivos do "de cujus", se a situação concreta revela a dupla concorrência, outro não pode ser o entendimento no sentido de dividir a indenização em iguais proporções, haja vista que os filhos, independentemente da origem, possuem iguais direitos hereditários (art. 1834 NCC).

Deve ser mantida a sentença que determina o pagamento do seguro DPVAT e o reembolso das despesas médicas em virtude do acidente que culminou na invalidez permanente do companheiro da vítima, com a reserva de quotas-parte, iguais, referente aos demais herdeiros.⁹¹

No entanto, não é possível se falar em unanimidade no que diz respeito a esta discussão.

Um exemplo contrário seria o disposto na seguinte ementa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. INVENTÁRIO E PARTILHA. SUCESSÃO. COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE COMUM. CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SENTENÇA MANTIDA.
 1 - Nos termos do inciso I do art. 1.790 do Código Civil, concorrendo o companheiro/companheira "com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho".
 2 - O tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil à sucessão do companheiro/companheira não padece de inconstitucionalidade, porquanto a união estável não se equipara ao casamento, devendo a lei apenas facilitar a sua conversão neste, conforme preceitua o § 3º do art. 226 da Constituição da República. Por conseguinte, não se vislumbra violação ao princípio da isonomia.
 3 - Ainda que a aplicação das regras relativas à sucessão do cônjuge favoreça a menor, filha do falecido, inexistindo inconstitucionalidade

⁹¹ BRASIL. Apelação Cível 1.0480.05.065679-6/001. TJMG. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=artigo%201790%20filhos&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>

no tratamento diferenciado à sucessão do companheiro, não se pode fazer incidir aquelas, a pretexto de melhorar a situação de outro herdeiro, pois o direito constitucional de herança foi devidamente respeitado nos moldes regulados pela lei civil. Apelação Cível desprovida.

([Acórdão n.676907](#), 20101110039344APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/05/2013, Publicado no DJE: 21/05/2013. Pág.: 133)⁹²

Assim como não há consenso a respeito do tema entre os doutrinadores, também não existe entendimento definido por parte dos magistrados. O exemplo anterior explicitou um caso em que há o entendimento pela inconstitucionalidade.

⁹²BRASIL. TJDFT. [Acórdão n.676907](#), 20101110039344APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/05/2013, Publicado no DJE: 21/05/2013. Pág.: 133. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>

CONCLUSÃO

Este estudo buscou especialmente analisar o artigo 1.790 do Código Civil face ao princípio constitucional da isonomia de tratamento entre os filhos. Para o desenvolvimento desta tese foi necessário abordar de forma prática não apenas a questão da união estável como entidade familiar reconhecida pela legislação, mas também as figuras dela participantes, além dos princípios, direitos e garantias aplicáveis a cada uma dessas figuras.

Para fazer o estudo acerca dos companheiros foi necessária análise histórica da evolução desta figura no contexto do conceito de família, buscando entender o porquê de sua legitimação no texto constitucional de 1988 e descobrir a lógica que em relação ao seu desenvolvimento deve ser seguida pela legislação infraconstitucional.

Na sucessão relacionada com os membros de união estável, necessário se fez analisar os seguintes temas: união estável; regime de bens; meação; direito real de habitação na união estável; direito de filiação; igualdade jurídica entre os filhos; concorrência do companheiro; direito à totalidade da herança quando não há parentes sucessíveis e interpretação jurisprudencial sobre o tema.

O conceito de filho, apesar das considerações no campo da ciência e da tecnologia é, como a definição de seus direitos, jurídico.

Aqui, nossas considerações tiveram por objetivos verificar, principalmente, se a aplicação do princípio constitucional da isonomia de tratamento entre os filhos está comandando eficientemente a parte de nosso ordenamento que trata dos direitos sucessórios dos filhos nascidos de união estável.

Tendo em vista que é exatamente o artigo 1.790 do Código Civil que versa acerca da sucessão na união estável, nossa atenção voltou-se especialmente para ele.

Nossa conclusão é no sentido de que o dispositivo não atende satisfatoriamente ao desejo de proteção que o Estado manifesta, por meio de suas

garantias constitucionais em relação aos membros da entidade familiar conhecida como união estável.

Reforçamos, então, que, em face do princípio da isonomia entre os filhos, é cabível falar na inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. Tal dispositivo trata diferentemente, de forma injustificada, os filhos em comum e os filhos só do autor da herança. Quando privilegia estes últimos na partilha de bens relacionada com a sucessão em união estável, infringe o princípio constitucional da isonomia de tratamento devida aos filhos.

REFERÊNCIAS

BARROS, André Borges de Carvalho. Reflexões sobre a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido. 14/02/2012, atualizado em 23/04/2013. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/andrebarros/2012/02/14/artigo-reflexoes-sobre-a-concorrenca-do-companheiro-com-os-descendentes-do-falecido/>>. Acesso em 10/10/2013.

BRASIL. Agravo de Instrumento nº **0138700-78.2008.8.26.0000**. TJSP. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do>>

BRASIL. TJDF. Acórdão n.676907, 20101110039344APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/05/2013, Publicado no DJE: 21/05/2013. Pág.: 133. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>

BRASIL. Apelação Cível 1.0480.05.065679-6/001. TJMG. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=artigo%201790%20filhos&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>

BRASIL. Código Civil (2002).

BRASIL. Constituição Federal (1988).

BRASIL. Portal da Justiça Federal. Enunciados Aprovados – I Jornada De Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2011.

BRASIL. Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (1964).

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito das Sucessões. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107 e 108

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: Sucessões. São Paulo: Atlas, 2007.

GIUDICE, Lara Lima. Algumas Características da União Estável. 2007. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9519-9518-1-PB.pdf>>. Acesso em 06/10/2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil, volume 5: Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 36. Ano VIII, junho-julho 2006, p. 140.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Concorrência sucessória a luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29. Ano VII. Abril – Maio, 2005, p.22.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Quarta edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REALE, Miguel. Cônjuges e companheiros. 27/03/2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acesso em 03/10/2013.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. Atualização: Zeno Veloso. 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Keith Diana da. Família no Direito Civil Brasileiro. Disponível em <<http://www.fmr.edu.br/npi/045.pdf>>. Acesso em 08/10/2013.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, volume 5: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. Editora Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. Décima terceira edição. São Paulo: Atlas, 2013.