

UNISAL

Luiza Márcia Padoan Gonçalves

**Sucessão concorrente do cônjuge e companheiro:
hipótese decorrente dos artigos 1.723, §1º, segunda
parte e 1.830, ambos do Código Civil.**

**Lorena
2011**

UNISAL

Luiza Márcia Padoan Gonçalves

**Sucessão concorrente do cônjuge e companheiro:
hipótese decorrente dos artigos 1.723, §1º, segunda
parte e 1.830, ambos do Código Civil.**

**Projeto apresentado ao Programa de
Orientação de Monografias (TCC) do
Curso de Direito Universitário Salesiano de
São Paulo, como requisito parcial das
Atividades de Graduação, sob a supervisão
da Prof. Ana Maria Viola de Sousa.**

**Lorena
2011**

Chega um momento em nossas vidas que aprendemos a chamar Deus por seu nome. Isso aprendi no período que compôs a realização deste trabalho, o que não foi fácil, principalmente por contratemplos que vivi na reta final.

Hoje dedico a realização deste trabalho à minha mãe e ao meu irmão que são tudo na minha vida e agradeço às minhas queridas professoras Luiza Helena Lellis Andrade Sá Sodero Toledo, Ana Maria Viola de Sousa e Marcilene Rodrigues Pereira Bueno que com todo o carinho e paciência me auxiliaram nesse percurso de minha vida.

Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa.

Guimarães Rosa

Resumo

O Código Civil de 2002 criou uma situação em que é possível haver a concorrência de um cônjuge que esteja separado de fato a menos de dois anos sem que tenha dado culpa à separação com o atual companheiro do *de cujus*. Surgiu a possibilidade de se discutir a quem pertenceria um determinado quinhão da herança, se ao cônjuge que estava separado e não possui mais deveres matrimoniais, ou ao companheiro do falecido que estava em convivência com este, pois garantido seu direito a herança pelo artigo 1.790 do Código Civil. O presente trabalho visa solucionar tal questão criada pelo Código Civil de forma a atender os direitos reservados a ambos os sucessores.

Palavras-chave: concorrência, cônjuge, companheiro, art. 1.723, §1º, segunda parte do CC, art. 1.830 do CC, art. 1.790 do CC, herança e meeiro.

Abreviaturas

A.C. - Antes de Cristo

Art. - Artigo

Arts - Artigos.

AI-5 - Ato Institucional nº 5

CC/16 - Código Civil de 1916

CC - Código Civil de 2002

CF - Constituição Federal de 1988

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

REsp. - Recurso Especial

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TJ/SP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

§ - Parágrafo

Sumário

1. Introdução	09
2. Introdução ao Direito das Famílias e da Sucessão	11
2.1 Conceito de Família	11
2.2 Conceito e Delimitação de Sucessão.....	14
2.3 Breve Escorço Histórico das Sucessões	16
2.3.1 História do Oriente Próximo	16
2.3.1.1 Egito	17
2.3.1.2 Mesopotâmia	19
2.3.1.3 Israel	21
2.3.2. História do Extremo Oriente	22
2.3.2.1 Índia	22
2.3.3. História do Ocidente	23
2.3.3.1 Grécia	23
2.3.3.2 Roma	24
2.3.4 História das Constituições Brasileiras	25
2.3.4.1 Constituição de 1824 – Constituição Imperial	25
2.3.4.2 Constituição de 1891 – da República dos Estados Unidos do Brasil	28
2.3.4.3 Constituição de 1934 – da República dos Estados Unidos do Brasil	30
2.3.4.4 Constituição de 1937 – dos Estados Unidos do Brasil ...	31
2.3.4.5 Constituição de 1946 – dos Estados Unidos do Brasil ...	33
2.3.4.6 Constituição de 1967 – da República Federativa do Brasil	34
2.3.4.7 Emenda Constitucional nº1 de 17 de outubro de 1969 ..	36
2.3.4.8 Constituição de 1988 – da República Federativa do Brasil	37

3. Dos institutos familiares	39
3.1 Do Casamento	39
3.2 Da União Estável	41
3.2.1 Do Concubinato	43
3.3 Da Família Monoparental	46
3.4 Da Família Mosaico	48
3.5 Da Família Socioafetiva	50
3.6 Da União Homoafetiva	52
4. Dos Regimes de Bens	57
4.1 Da comunhão universal de bens	59
4.2 Da comunhão parcial de bens	61
4.3 Da separação total de bens	62
4.3.1 Da separação total decorrente de lei	63
4.3.2 Da separação total convencional	65
4.4 Da participação final nos aquestos	66
5. Da Sucessão	68
5.1 Da sucessão em geral	68
5.1.1 Da sucessão do cônjuge	69
5.1.1.1 Concorrência do cônjuge com os descendentes	69
5.1.1.2 Concorrência do cônjuge com os ascendentes	70
5.1.1.3 Cônjuge como único herdeiro	71
5.1.2 Da sucessão do companheiro	71
5.1.2.1 Concorrência do companheiro com os descendentes	72
5.1.2.2 Concorrência do companheiro com os outros parentes sucessíveis	74
5.1.2.3 Companheiro como único herdeiro	75
5.1.3 Da concorrência entre o cônjuge e o companheiro na sucessão	76
6. Considerações Finais	79
REFERÊNCIAS	82

1. Introdução

O presente trabalho almeja solucionar o problema criado pelo legislador na composição do artigo 1.723, §1º, segunda parte e o artigo 1.830, ambos do Código Civil e que, combinados, fazem surgir a situação hipótese dessa dissertação.

O art. 1.723, §1º, segunda parte do CC permite a união estável de pessoas que se encontram separadas de fato, sem que recaiam na figura do concubinato, enquanto que o art. 1.830 do CC protege o cônjuge separado de fato a menos de dois anos, que não tenha tido culpa na separação, a ter direito a sucessão do *de cujus*. O problema surge porque é garantido ao companheiro direito à sucessão do *de cujus* (art. 1.790 do CC).

Para podermos solucionar essa problemática que o Código Civil criou teremos de analisar o direito das famílias e o direito das sucessões, pois a sucessão está intimamente ligada ao parentesco, que por sua vez é tratado pelo direito das famílias.

Observaremos que o conceito, a composição e até mesmo o alcance jurídico no ramo das sucessões alterou-se de forma espantosa desde os primórdios da civilização no Egito até os dias de hoje, pois está ligado ao direito das famílias que é um instituto em constante transformação.

Analisaremos a evolução do direito das sucessões dentro do Brasil através da normatização de cada período vivido. Começando com as Ordenações Filipinas que precederam a Constituição Imperial de 1824, percorrendo grandes fatos como a declaração de independência, proclamação da República, Revolução de 1932, Golpe Militar e a abertura política, pois que todos estes fatos interferiram de forma direta na outorga ou promulgação de algumas de nossas Constituições, como as de 1824, 1891, 1934, 1967 e 1988.

A evolução Constitucional nos encaminhará para uma evolução normativa quanto à ampliação dos institutos familiares, pois, vislumbraremos que, mormente desde a antiguidade o casamento seja a única instituição familiar, não mais podemos pensar dessa forma. Devido às formas de governo, a sociedade veio sendo alterada, a mulher adentrou ao mercado de trabalho e as famílias reformularam-se, mulheres também são chefes de família. O advento da lei do divórcio proporcionou à famílias preexistentes tornarem-se famílias recompostas; a Constituição Federal regulamentou a união estável como entidade familiar, bem como a família monoparental. Por que não falar da família Socioafetiva, pois contemporaneamente não falamos que a família

somente é quem tem o mesmo sangue, mas sim quem cada qual escolhe para participar de sua vida íntima, além da novidade que é a regulamentação da união homossexual como entidade familiar.

Para chegarmos ao nosso tema, propriamente dito, teremos de esboçar as espécies de regimes de bens, uma vez que interferem de forma direta na sucessão. Não esqueceremos que a união estável é regulamentada pela comunhão parcial de bens, caso não haja nenhuma cláusula em contrário feita pelos conviventes, como também teremos casos em que não haverá comunicação de bens, seja por delegação expressa legislativa, seja por cláusulas de incomunicabilidade.

Passada essas considerações necessárias, poderemos abordar o tema propriamente dito, restringindo a matéria à sucessão do cônjuge e do companheiro para então chegarmos ao cerne da questão e discutir uma solução equitativa.

2. Introdução ao Direito das Famílias e da Sucessão

2.1 Conceito de família

No ordenamento jurídico brasileiro percebe-se que o direito da sucessão está diretamente ligado ao direito das famílias e que, para se estudar e entender o direito sucessório, necessário se faz entender o direito das famílias. Basta visualizar o artigo 1.829 do Código Civil que trata da ordem de vocação da sucessão legítima, diretamente ligada ao vínculo parental.

Para iniciarmos o presente estudo também é importante observar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002 não definem o que seria o instituto da família. Família que é considerada o alicerce da nossa sociedade, pois é através dela que formamos a moral de um povo e, conseqüentemente, a base das leis que regem esse povo de determinado território. A família precede a normatização.

A família é mais antiga que a lei, pois o ser humano cria vínculos de afinidade desde os primórdios de sua existência, e assim, escolhe quem faz parte da sua família, inclusive se escolhe ter um filho por meio da adoção, pois hoje não mais se entende família somente como o conjuntos dos que têm seu sangue, mas sim como conjunto de pessoas com as quais se criam laços de afinidade, amor, carinho e respeito.

A Constituição Federal menciona a família ao definir as normas que regem o casamento, a união estável, a família monoparental e a dissolução do casamento (divórcio), mas sem definir tal instituto. Já o Código Civil menciona o casamento e o divórcio em sua Lei de Introdução, abrangendo outros temas correlatos a estes no corpo do próprio CC, dentro de capítulo próprio, intitulado *Do Direito de Família*.

O Livro IV do CC, que trata do Direito de Família, foi dividido em quatro títulos, em que o primeiro trata *Do Direito Pessoal*, basicamente do casamento e das relações de parentesco; o segundo trata *Do Direito Patrimonial*, ou seja, dos regimes de bens; o terceiro trata *Da União Estável* e, finalmente, o quarto livro trata *Da Tutela e da Curatela*.

Atualmente, o casamento é considerado basilar para a formação de uma família. Mas, uma pessoa continua vinculada à sua família de origem (pais, irmãos), mesmo que venha a constituir uma nova família - a sua própria, seja através do casamento ou mesmo da união estável¹.

O instituto do casamento ainda é o mais importante de todos para a formação da família, uma vez que o Código Civil privilegia quem está sob este regime, a quem está respaldado pela União Estável. Os benefícios de quem se casa para formar uma família são maiores do que de quem não se casa formalmente, mas vive como se casado fosse.

A União Estável, prevista no artigo 226, § 3º da CF, foi disciplinada pelas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que posteriormente foram agregadas ao Código Civil, e assim, hoje possuem caráter subsidiário.

Percebe-se, desta forma, que o legislador não foi capaz de definir o que é a família, mas regulamentou o direito das Famílias, como nos diz Sílvio de Salvo Venosa:

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.²

Tal conceito, baseado apenas no que dispõe o CC, deixa de lado outras espécies de família que são legitimadas pela CF, quer seja a decorrente de união estável, a

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6 – p. 01.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6 ed. – 3ª reimpressão – São Paulo: Atlas, 2006. v. 6 – p. 09.

família monoparental e também a família mosaico, o que leva a acreditar que tal conceito já foi superado, uma vez que apesar de a família oriunda do casamento ser a que possui mais garantias pela lei, diferentemente da decorrente de união estável, fisicamente, não há distinção entre ambas, inclusive pela CF.

Maria Berenice Dias conceitua que o sentido de família está cada vez mais abrangente, vez que antigamente a sociedade somente reconhecia a família oriunda do matrimônio, deixando de lado as relações de afinidade que surgiam de relações extramatrimoniais. Tal pensar, mais antigo, foi alterado devido ao comportamento da sociedade e se modificou dentro do ordenamento jurídico através de jurisprudência³.

Nos dizeres de Washington de Barros Monteiro, definir o conceito de família é difícil, pois, como o ramo do direito da família disciplina a organização da família, conceitua-se este com o próprio objeto a definir⁴.

Maria Helena Diniz ainda assevera que se podem encontrar três acepções para o direito das famílias, quais sejam:

- Sentido *Lato sensu*: a família é abrangida por todos os indivíduos que estiverem interligados seja por consanguinidade, seja por afinidade, podendo aqui incluir pessoas de quem se gosta muito, mas não há vínculo nenhum em relações domésticas;
- Em sentido *lato*, a família abrange todos os membros da relação doméstica, em linha reta e colateral, não se limitando a cônjuges, companheiros, pais, filhos e avós, pois abrange também os afins (a família do cônjuge ou companheiro);

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 – pp.26/27;

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 – p. 17.

- E em sentido estrito, a família é composta apenas pelas pessoas que estão em relação doméstica por laços de matrimônio ou união estável, e de filiação⁵.

Atualmente não conseguimos definir o conceito de família dentro do ramo do direito sem mencionar o próprio objeto da definição. No dicionário da língua portuguesa encontramos diversas definições para família, sendo a primeira: “*pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente, o pai, a mãe e os filhos;*” e a segunda: “*pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança;*”⁶. Para o direito, tal conceito hoje é superficial, preferindo-se o conceito de que se define a família pelo seu próprio objeto, pois assim, pode-se abranger a todos com quem se tem afinidade.

2.2 Conceito e Delimitação de Sucessão

O direito à sucessão foi tratado pela Constituição Federal com afinco, já que não se pode deixar patrimônio sem um sucessor, uma vez que o seu proprietário desapareceu pela ausência ou pelo falecimento. A sucessão vem disciplinada no art. 5º, inciso XXX da CF, em que se dispõe que “é garantido o direito de herança”, além de tal tema ser tratado em outros incisos do referido artigo.

No Código Civil, o direito sucessório foi tratado pelo legislador em livro próprio, uma vez que o direito existe para gerir as relações pessoais, garantir os direitos e determinar os deveres de cada pessoa componente de um Estado. Assim, especial atenção é dada ao patrimônio vez que não deve ficar sem um dono nunca. Dessa forma

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – pp. 09/11;

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. totalmente rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 – p. 887.

surgiu o direito sucessório, tratado no livro V do Código Civil de 2002, que é subdividido em quatro títulos, quais sejam: Da sucessão em Geral; Da sucessão legítima; Da sucessão testamentária; Do inventário e da partilha.

No dicionário de português encontramos que a definição de sucessão é “1. *Ato ou efeito de suceder(-se); sucedimento. (...) 4. Transmissão de direitos e/ou encargos segundo certas normas.*”⁷. Assim, o conceito de sucessão remete-se ao conceito de suceder que é “2. *Vir ou acontecer depois; seguir-se. 5. Substituir num emprego, numa dignidade; ser substituto. 6. Entrar (na vaga de outrem) por direito de sucessão, por eleição ou por nomeação. 7. Tomar o lugar de outrem ou outra coisa.*”.

Sucessão no âmbito jurídico tem o significado de suceder, no que pode ocorrer de forma *inter vivos* ou *causa mortis*. Mas o termo sucessão, por si só, quer dizer a sucessão que ocorre devido à *mortis causa*, ou seja, quando é deixada uma herança pelo *de cuius*. Assim, ocorre a transmissão dos direitos ativos e passivos que a pessoa falecida deixa para outra sobrevivida.⁸ Em sentido amplo, a sucessão ocorre *inter vivos* e *causa mortis*, enquanto que em sentido estrito, a sucessão refere-se somente a decorrente de *mortis causa*.

A doutrina ainda leciona que o direito das sucessões possui um duplo aspecto: o sentido objetivo - aquele que considera o conjunto de bens deixado pelo *de cuius*, seus direitos e encargos e que é regulado pelo direito sucessório; e o sentido subjetivo - em que o direito sucessório se encarrega do direito de suceder, de quem terá direito a receber a herança deixada pelo *de cuius*.⁹

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. totalmente rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 – p. 1897/1898;

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – p. 28;

⁹ *Ibidem* – p. 29.

O direito da sucessão trata dos direitos e encargos deixados por alguém que veio a falecer, ou seja, dos bens deixados por este para que sejam remetidos aos seus sucessores, sejam legatários ou herdeiros.

2.3 Breve Escorço Histórico das Sucessões

É através da história do direito que se pode analisar o desenvolvimento das instituições jurídicas das antigas civilizações e, assim, entender hoje o porquê das normas que nos regem, pois é através de seu estudo que se entendemos os costumes de um povo em determinada época, como exemplo, o Código de Hamurabi, de mais ou menos 2.000 a.C..¹⁰

Aracy Augusta Leme Klabin explica que os historiadores (antropólogos) que estudam os costumes das antigas civilizações usam dois métodos para determinar o período em que estas civilizações viveram; no caso em estudo, das leis daquele povo. O método diacrônico “*reconstrói o passado das instituições jurídicas na ordem sucessiva de sua aparição no tempo*” e o método sincrônico “*registra as simultaneidades no espaço entre instituições jurídicas de povos diferentes.*¹¹”. Desta forma obtemos maior precisão quanto a correspondência das leis e os períodos em que vigoraram.

2.3.1 História do Oriente Próximo

O direito está ligado à moral e ao comportamento religioso do povo oriental, não é um conjunto de normas materiais de força coercitiva.¹²

¹⁰ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – p. 21;

¹¹ *Ibidem*;

¹² *Ibidem* – p. 22.

O aspecto normativo e coercitivo só aparece com o direito romano, com a aparição da ciência do direito. Antes dos romanos tratarem o direito como uma ciência, um objeto de estudo, este é apenas o direito, intrínseco às relações sociais, pois começa com a própria civilização e a convivência.¹³

2.3.1.1 Egito

O Egito pode ser dividido principalmente em três períodos: O Antigo Império, o Médio Império e o Novo Império; em cada época há peculiaridades no formato das famílias e também na sucessão de seus descendentes.

No Antigo Império, durante os 10 primeiros séculos da civilização egípcia, a base familiar que suportou tal civilização difere da encontrada no direito romano, pois ao invés do pátrio poder, encontrava-se o gozo de capacidade jurídica própria das mulheres e dos filhos; a mulher, mesmo que solteira podia contratar, estar em juízo como autora ou ré, e mesmo depor como testemunha. A filiação legítima determinava-se, talvez, pela linha feminina, uma vez que o nome da mãe antepunha-se ao do pai.

O casamento inicialmente era monogâmico, cabendo a poligamia apenas ao faraó. Tal união matrimonial era mais em sentido religioso, sem regulamentação jurídica. Com o passar do tempo, a poligamia estendeu-se e passou a ser praticada pelas classes ricas.

Com relação ao direito sucessório, no Egito, ignoravam-se os privilégios da primogenitura e da masculinidade. A partir da 4ª dinastia surgiu a livre disposição dos bens *causa mortis*, que não comportava a instituição do herdeiro, mas sim a semelhança àquele, sendo inclusive revogável, produzindo efeitos apenas após a morte do

¹³ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – p. 21.

disponente. Tal ato era praticado perante testemunhas e acredita-se que formalmente documentado, o que seria uma espécie de testamento.

Fato interessante é que somente herdava os bens do *de cuius* aquele que realizasse os ritos fúnebres.¹⁴

No Médio Império, há relatos tanto de que o casamento era monogâmico, quanto poligâmico, não se sabendo precisar ao certo. Era permitida a união entre primos, tio e sobrinha, assim como entre irmãos, o que era inclusive frequente.

A maioria dos homens era alcançada aos 20 anos e a das mulheres aos 14 anos. A princípio, o casamento dependia do acordo do futuro marido com o futuro sogro, mas a partir da 25ª dinastia, tal passou a ser realizado de livre consentimento entre os cônjuges. Por volta de 550 a.C. o divórcio passou a ser acessível a ambos os cônjuges; inclusive em alguns casos, a infidelidade do marido era punida com castigos corporais. A mulher casada mantinha a plena capacidade jurídica também nesse período egípcio. Documentos encontrados, referentes a 22ª dinastia, comprovam a existência de documentos prevendo os bens atribuídos à mulher em caso de repúdio pelo marido.

Por ocasião de um segundo matrimônio do pai, os filhos do primeiro podiam reclamar dois terços do patrimônio daquele. Também surgiu nesse período intermediário uma espécie de comunhão de bens entre os cônjuges e doação de bens do marido à mulher.

Nesse período intermediário ocorre um retrocesso do individualismo, por assim dizer, repercutindo na família em que o pai, ou em sua falta, o primogênito é responsável por responder perante o faraó sobre as atividades laborerápicas executadas

¹⁴ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – pp. 31/32.

pela família. Nesse período, o filho primogênito possui privilégio na partilha da herança paterna. Tal também ocorre se o primogênito for uma filha.¹⁵

No período do Novo Império, a sociedade egípcia se tornou mais patriarcal ainda. O nome da mãe ainda antepunha-se ao do pai, a mulher podia ser proprietária. O homem era o chefe da família, com o exercício do pátrio poder e as heranças eram partilhadas em linha masculina. Em decorrência, a fase do matriarcado estava chegando ao fim.

2.3.1.2 Mesopotâmia

A Mesopotâmia não tinha uma unidade geográfica determinada; situava-se entre os rios Tigre e Eufrates e, por isso, seu nome, Mesopotâmia, significa, na língua grega, “entre rios”. Compreendia, entre outros, os povos Babilônicos, Sumérios, Assírios, Acádios e Semitas.¹⁶

Na mesopotâmia destaca-se o povo babilônico, pois é com eles que temos a notícia das leis mais antigas escritas: o Código de Hamurabi com 282 dispositivos. Nele encontramos disciplinada a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), o falso testemunho, o roubo e receptação, o estupro, a família e a escravidão. A sociedade era dividida em três classes: os *Awilum*, homens livres, pobres ou ricos; os *Muskênum* camada intermediária, funcionários públicos; e os *escravos* que eram prisioneiros de guerras (minoria).

Quanto ao direito sucessório, na Mesopotâmia, observa-se que a sucessão é dada aos filhos, como continuadores da pessoa de seu pai, reservando-lhes o domínio dos

¹⁵ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – pp. 49/50;

¹⁶ *Ibidem* – p. 57.

bens mais de forma tácita do que como herança. Não haverá problema quanto a isso, se somente houver um filho; no entanto se houver mais de um, terá de ser feita a partilha dos bens e não apenas a continuidade dos filhos na pessoa de seu pai.

Não havendo filhos para herdar, o bem pode ser devolvido para o irmão do *de cujus*. O Código de Hamurabi é omissivo quanto ao primogênito ter mais direitos do que os filhos subsequentes.¹⁷ Percebe-se que no Código de Hamurabi a sucessão começa a ser disciplinada por volta do dispositivo 162 e segue aproximadamente até o dispositivo 174.

Percebemos que o Código deixava as filhas de fora do direito sucessório ao fazer referência ao filho e filhos como continuadores do falecido, do que se entende que a ausência no direito sucessório das filhas era compensada por seu dote quando do casamento. Há entendimento de que quando a filha não concorresse com um irmão, ela seria a herdeira do pai. Com relação à esposa, esta não era considerada herdeira, podendo apenas continuar a viver na casa em que vivia com o marido, vivendo a custa dos rendimentos de seu dote.

Outra curiosidade sobre a sucessão na Mesopotâmia consistia no fato de que as filhas do *de cujus*, oriundas de concubinato, tinham direito a um dote; os filhos do *de cujus* com escravas somente concorriam com os filhos da esposa se aqueles fossem adotados pelo pai; e em hipótese de divórcio, se o falecido tivesse contraído novo casamento, somente os filhos do primeiro casamento é que herdavam.¹⁸

¹⁷ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – p. 80;

¹⁸ *Ibidem*.

2.3.1.3 Israel

Israel surgiu com o advento de povos semitas, provavelmente vindos da Mesopotâmia, na costa do Mediterrâneo. Lá havia diversos povos já habitando o local e chamaram esse povo que migrava de *hebreus* (que significa “os do outro lado”). Esse povo recém-chegado era nômade, mas ao chegarem às margens do mediterrâneo, começaram a cultivar e a se tornar um povo agrícola, caindo no sedentarismo.

Fundaram ao redor da cidade de Jerusalém um estado de grande importância, que possuía concepções religiosas próprias, muito diversas das dos povos que ali já habitavam, pois eram politeístas. Entre seus escritos religiosos, perdura até hoje o Velho Testamento que compõe a primeira parte da Bíblia. Esse povo teve forte influência religiosa no judaísmo, no cristianismo e no islamismo.¹⁹

Sua lei era embasada na religião, por isso encontramos suas normas dentro do Velho Testamento, nos livros do Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, que é o mais importante juridicamente falando.

Quanto ao direito sucessório, referida “legislação” era excassa e apenas menciona-se que o homem podia ter mais de uma esposa e que havendo mulher ilegítima, os filhos provenientes desta herdavam posteriormente ao(s) da(s) mulher(es) legítima(s). Se o marido morrer, sem deixar herdeiros, a esposa é obrigada a casar com o cunhado e os filhos havidos dessa união passam a serem filhos do falecido.

A família era patriarcal; assim, somente os filhos varões herdavam e o primogênito tinha direito ao dobro dos bens móveis em relação aos outros irmãos, pois

¹⁹ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – pp. 106/107;

era obrigado a sustentar as irmãs solteiras, além de que, se tornavam os chefes da família. As mulheres não tinham direito sucessório.²⁰

2.3.2 História do Extremo Oriente

2.3.2.1 Índia

A Índia foi formada pela miscigenação de diversos povos, dentre eles os aborígenes - provavelmente oriundos da Austrália e da Sumatra - , os mongóis e os turânios - estes vindos da Turania, e que provavelmente atravessaram o Himalaia - e os arianos- vindos do oeste.

O sistema das castas surgiu com a chegada dos arianos à Índia, pois estes, com o tempo, sentiram necessidade de consolidar seu poder criando assim um regime de classificação social de acordo com a ocupação de cada pessoa. Surgiram os *brâmanes*, sacerdotes e intelectuais; os *kshatriyas*, nobres ou descendentes de antigos chefes; *vaiçya*, comerciantes e grandes agricultores; e os *sudras*, a classe mais baixa, formada por todos os trabalhadores braçais.²¹

A lei indiana, por muito tempo foi conservada oralmente; no entanto, os *brâmanes* organizaram o Código de Manu para reger a sociedade hindu.²²

A sociedade indiana era patriarcal e o pai era o único proprietário dos bens familiares. Com o falecimento dele, os bens se transmitiam aos seus sucessores legítimos e apenas a estes, pois os bens não podiam sair do âmbito familiar. O código é confuso quanto à legitimidade sucessória e há em pontos diz que apenas o primogênito

²⁰ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – pp. 120/121.

²¹ *Ibidem* – pp. 140/141;

²² *Ibidem* – pp. 142/143;

herda, já em outros, afirma que a herança é dividida entre todos os filhos varões. Este Código foi escrito por diversos brâmanes, em épocas distintas.²³

2.3.3 História do Ocidente

2.3.3.1 Grécia

Na Grécia, o tema em estudo nesse trabalho pode ser dividido em períodos temporais, uma vez que surgiu muito antigamente e até hoje encanta a todos, principalmente por seus deuses, sua mitologia, além da relevância histórica que possui.

24

Da Grécia, em seu período arcaico, pouco se sabe. Não há notícias de como ocorria a sucessão, sabendo-se apenas que na falta do chefe da família, que ao mesmo tempo era senhor e sacerdote, o filho mais velho é quem o substituía. O chefe familiar era o pai, pois a cultura grega sempre foi patriarcal.

Seu período clássico é dividido apresenta seus dois principais estados, Esparta e Atenas, que possuíam culturas diferentes. No que se refere à sucessão, no estado de Esparta a única informação que se tem é a de que o testamento era desconhecido deste estado grego.²⁵

No estado de Atenas, as mulheres atenienses passaram a ter direitos que as mulheres romanas não conseguiram conquistar; tal ocorreu após o governo de Solon, que reformulou a organização dos clãs atenienses alterou o direito à propriedade que antes era passado pela primogenitura, favorecendo o primeiro filhos aos demais;

²³ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – p. 149.

²⁴ *Ibidem* – p. 167;

²⁵ *Ibidem* – p. 172;

reconheceu o direito sucessório às mulheres e instituiu o testamento, que acabou com a obrigatoriedade da herança ser passada apenas para os membros da família.²⁶

Acrescente-se, de acordo com os estudos do professor Pedrosa, que no período de Solon, a instituição do testamento foi para os casos em que não houvesse filhos para herdar os bens deixados pelo pai falecido. Havendo filhos para herdar os bens, a herança passou a ser objeto de divisão entre todos os filhos homens.²⁷

2.3.3.2 Roma

Roma é conhecida até hoje principalmente por sua história de batalhas e conquistas quando se formou o maior império conhecido no Ocidente. Mas não é sobre suas conquistas que esta pesquisa trata, interessando-se apenas o que se refere à sucessão hereditária em seu período histórico.

A família romana era patriarcal, ou seja, o parentesco existia apenas na linha masculina, havendo um único proprietário dos bens familiares. Claro está que a mulher não tinha direito sucessório algum, e saía do pátrio poder para casar-se, ou na ausência destes, ficava sob a tutela de parentes próximos.²⁸

Regras interessantes sobre o direito sucessório são encontradas na Lei das XII Tábuas, mais precisamente na Tábua Quinta, que trata “Das heranças e Tutelas”, em que as disposições testamentárias são tratadas da seguinte forma:

TÁBUA QUINTA

Das heranças e tutelas

1. As disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens, ou a tutela dos filhos, terão a força de lei.

²⁶ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – p. 176 e 184.

²⁷ PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6 ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris – 2008 – p. 113;

²⁸ KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História Geral do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – p. 199.

2. Se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro.
3. Se não houver agnados, que a herança seja entregue aos gentis.
4. Se um liberto morrer intestado, sem deixar herdeiros seus, mas o patrono ou os filhos do patrono a ele sobreviverem, que a sucessão desse liberto se transfira ao parente mais próximo da família do patrono.
5. Que as dívidas ativas e passivas sejam divididas entre os herdeiros, segundo o quinhão de cada um.
6. Quanto aos demais bens da sucessão indivisa, os herdeiros poderão partilhá-los, se assim o desejarem; para esse fim o pretor poderá indicar três árbitros.
7. Se o pai de família morrer sem deixar testamento, indicando um herdeiro seu impúbere, que o agnado mais próximo seja o seu tutor.
8. Se alguém tornar-se louco ou pródigo e não tiver tutor, que a sua pessoa e seus bens sejam confiados à curatela dos agnados e, se não houver agnados, à dos gentis.²⁹

Interessante observar que naquela época já era previsto que o patrimônio deixado pelo *de cuius* respondia pelas dívidas deixadas por este, cabendo a cada herdeiro pagá-la, na medida de seu quinhão, item 5. Além de que, o patrimônio não ficava sem herdeiro, sempre haveria alguém, mesmo que fosse o *agnado*, parente pelo lado paterno. No mais, a Lei das XII Tábuas também previu a hipótese de um impúbere ser o herdeiro, sendo-lhe nomeado um tutor, o *agnado* mais próximo.

2.3.4 História das Constituições Brasileiras

2.3.4.1 Constituição de 1824 – do Império³⁰

O Brasil viveu um longo período sendo colônia de Portugal, sendo somente proclamada sua independência em 1822 pelo príncipe regente de Portugal Dom Pedro I.

²⁹ Lei das XII Tábuas. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em 02 de maio de 2011;

³⁰ Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 07 de maio de 2011.

Assim, o Brasil teve sua emancipação política proclamada, sendo governado pelo agora imperador Dom Pedro I.

Com o Brasil se tornando um país soberano, surge a necessidade de uma legislação própria para regular o Império, assim nasceu a nossa primeira constituição, a Constituição do Império do Brasil.

A Constituição imperial prevê que é garantido o direito à propriedade e que a lei determinará os casos em que haverá exceção a tal direito, bem como as regras para determinar a sua inadmissão, nos termos do artigo 179, XXII da Constituição Imperial de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

O sistema jurídico que vigorou no Brasil enquanto colônia foi o de Portugal àquela época, pois como o Brasil era uma colônia, deveria seguir as normas do país colonizador; não existia um sistema jurídico próprio. O Brasil se tornou um Império, independente e sem legislação. Como nosso imperador era português e nossas raízes também, o sistema jurídico português continuou em vigor no Império enquanto omissa a nossa legislação.

Nesse contexto histórico surgiu a nossa primeira constituição, a imperial, que determinou que a lei estabelecerá as regras pertinentes ao ordenamento jurídico, observando a constituição do império.

Enquanto nossas leis não eram escritas, a legislação portuguesa continuou a ser aplicada no Brasil e a que perdurou por mais tempo foi o código civil, vez que o primeiro Código Civil brasileiro foi o de 1916. Assim, aplicou-se no Brasil a legislação

denominada “Ordenações Filipinas” que em seu Título IV regulava o Direito Civil e o Direito Comercial.

O direito sucessório brasileiro, seguindo as “Ordenações Filipinas”, no que tange ao direito do cônjuge, previa que ele somente seria chamado à sucessão do cônjuge falecido se este não deixasse parentes até o 10º grau da linha colateral, e se ao tempo da morte do outro, viviam juntos, habitando na mesma casa.³¹

Em 1858, Teixeira de Freitas conclui a Consolidação das Leis Civis que, em seu artigo 959, prevê que a sucessão segue a seguinte ordem: primeiro aos descendentes; na falta destes, aos ascendentes; na falta de uns ou de outros, aos parentes colaterais até o 10º grau de parentesco, por direito civil; na falta destes, aí sim o cônjuge, desde que no momento do falecimento estivesse habitando na mesma casa; e, por último, como patrimônio não pode ficar sem dono, o espólio para o Estado.³² Então, vejamos, a nossa primeira lei civil não deixava de ser cópia da legislação portuguesa.

Clóvis Beviláqua criticou o fato de o parente de décimo grau ter preferencialmente o direito à herança do que o cônjuge sobrevivente, vez que ao se chegar a tal grau de parentesco, não existe mais consciência da unidade familiar, mas sim a qualidade de conterrâneo, pois não há afinidade entre parentes distantes, não se distinguindo o conterrâneo de parente nesse caso.³³

Embora esse sistema de sucessão praticamente excluísse o cônjuge, não se deve esquecer que era usado como regime legal supletivo o da comunhão universal de bens, também chamado por “carta de ametade” ou “segundo o costume do reino”, de acordo com as “Ordenações Filipinas”.³⁴

³¹ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – p.17;

³² *Ibidem*;

³³ *Ibidem*;

³⁴ *Ibidem* – p.18.

Analisando a Constituição Imperial de 1824, o regime da comunhão universal de bens entre os cônjuges foi mantido no Decreto nº 181 de 1890, no artigo 57, que foi escrito logo após a proclamação da República. No ano seguinte á publicação desta lei, teríamos uma nova Constituição, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

2.3.4.2 Constituição de 1891 – da República dos Estados Unidos do Brasil³⁵

Dois anos após a proclamação da República, é editada uma nova constituição para a nação recém-formada, pois não mais havia sentido em se ter uma constituição imperial, sendo que o Brasil deixou de ser império para se tornar uma república.

Nos primeiros anos da República, era utilizada a Consolidação das Leis Civis escrita por Teixeira de Freitas; no entanto, subsidiariamente ainda era utilizada a legislação portuguesa, as “Ordenações Filipinas”, editadas em 11 de janeiro de 1603 no reino de Felipe III.

Somente em 1916 tivemos o primeiro Código Civil de origem brasileira, a lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916 que previa os regimes da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial, o da separação de bens, além de existir o regime dotal (de dotes).

No Decreto 181 de 1890, o CC/16 adotou, como regime supletivo o da comunhão universal de bens, ou seja, no silêncio dos nubentes, o regime adotado quando da celebração do matrimônio era a comunhão universal.³⁶

³⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm . Acesso em 07 de maio de 2011.

³⁶ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – p.18.

Notamos que a Lei nº 3.071/1916 somente previa o desquite amigável ou judicial entre os cônjuges, mas sem dissolver a união, que apenas se findava com a morte de um dos cônjuges, ou mesmo pela nulidade ou anulação do casamento (art. 315 do CC/16).

No começo do século XX, sob a proteção da Constituição de 1891, em 31 de dezembro de 1907, pelo Decreto nº 1.839, de autoria de Feliciano Pena, que recebeu o nome de seu escritor, a ordem de vocação hereditária foi alterada. O cônjuge sobrevivente não mais teria direito à herança somente depois do “conterrâneo” de 10º grau, mas sim teria direito à herança em terceiro lugar, depois dos descendentes e dos ascendentes, invertendo-se a ordem com os colaterais. A lei Feliciano Pena também limitou a vocação hereditária dos colaterais ao 6º grau, que à época foi considerada uma alteração significativa.³⁷

Essa alteração foi reforçada pela criação do CC/16 que prevê no dispositivo 1.603 a ordem da sucessão legítima, permanecendo o cônjuge em terceiro lugar, depois dos descendentes e dos ascendentes, sucessivamente, e antes dos colaterais.

A título de curiosidade, Portugal passou por uma transformação semelhante quanto à inversão na ordem de vocação hereditária em 1910, também trocando os colaterais com o cônjuge, passando este para o terceiro lugar e aqueles para o quarto na ordem de sucessão legítima.³⁸

Ainda quanto ao direito sucessório criado com a promulgação do CC/16, insta observar que o art. 1.611 previa que na falta de ascendentes e descendentes, seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estivessem desquitados. Com relação ao artigo 1.612 do CC/16 previa-se que se não

³⁷ VELOSO, Zenó. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – p.18.

³⁸ *Ibidem* – pp.18/19.

houvesse cônjuge sobrevivente, ou ainda se ele incorresse na hipótese do art. 1.611, a herança seria transmitida aos herdeiros colaterais até o 6º grau.

2.3.4.3 Constituição de 1934 – dos Estados Unidos do Brasil³⁹

A situação política do país era a seguinte: Washington Luís era presidente do Brasil em 1930 e o descontentamento com o governo federal era geral, gerando a Revolução de 30 que se espalhou pro todo o país.

Em 24 de outubro daquele ano Washington Luís era deposto da presidência do Brasil e preso pelos generais Tasso Fragoso, Mena Barreto e Leite de Castro, e pelo almirante da marinha, Isaías de Noronha, passando o país a ser governado pela junta militar, ou seja, os três generais que depuseram Washington Luís, pelo período de 10 dias. Foi Tasso Fragoso quem nomeou Getúlio Vargas chefe do Governo Provisório.

Nas eleições ocorridas antes da deposição de Washington Luís, Júlio Prestes havia sido eleito presidente do Brasil, vencendo Getúlio Vargas, e acabou por nunca assumir a presidência do Brasil.⁴⁰

Getúlio Vargas, ao tomar posse do Governo Provisório, suspende a Constituição e troca os governantes de cada estado por tenentes interventores. Assim criou-se o contexto histórico que serviu de tela para a Revolução Constitucionalista de 1932.

O estado de São Paulo encabeçou tal revolução e brigava pela formação da assembleia constituinte, bem como pela troca do tenente interventor no estado, pois a elite política do estado perdeu controle sobre o que acontecia em seu território.

³⁹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 12 de maio de 2011;

⁴⁰ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 15 de maio de 2011.

Apesar de sair derrotado, o estado de São Paulo não pode ser ignorado por Getúlio Vargas, que trocou o interventor do estado, bem como formou a assembleia nacional constituinte em 1933. Esta assembleia apresentou o texto constitucional um ano depois, inspirado na constituição de Weimar, trazendo novidades ao texto constitucional quanto à ordem econômica, social, educação, cultura e segurança nacional.⁴¹

Dentre as novidades trazidas pela Constituição de 1934 encontra-se a instituição da obrigatoriedade do voto, tornando-o secreto; a ampliação do direito de voto para mulheres e cidadãos de, no mínimo, 18 anos de idade, continuando fora do jogo democrático os analfabetos, os soldados e os religiosos. Para dar maior confiabilidade aos pleitos, foi criada a Justiça Eleitoral.

Também se instituiu o salário mínimo, a jornada de trabalho de oito horas, o repouso semanal, as férias anuais remunerados e a indenização por dispensa sem justa causa. Sindicatos e associações profissionais passaram a ser reconhecidos, com o direito de funcionar autonomamente.⁴²

Durante a vigência desta Constituição, no que tange ao direito sucessório, não houve alterações no texto do CC/16.

2.3.4.4 Constituição de 1937 – dos Estados Unidos do Brasil⁴³

Na Constituição de 1934, a previsão era de que o presidente exerceria o cargo no período de 4 anos, não podendo se reeleger, a não ser quatro anos depois de cessada sua

⁴¹ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 15 de maio de 2011;

⁴² Mundo vestibular. As constituições brasileiras de 1824 a 1988. Disponível em: <http://www.mundovestibular.com.br/articles/4551/1/AS-CONSTITUICOES-BRASILEIRAS-DE-1824-A-1988/Paacutegina1.html>. Acesso em 18 de maio de 2011;

⁴³ Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 18 de maio de 2011.

função, ou seja, Vargas somente poderia concorrer à presidência do Brasil em 1941, para tomar posse em 1942 (art. 52, §8º da CF/34).

Getúlio Vargas, para manter-se no poder, forja o Plano Cohen, que diminui ainda mais a oposição quanto ao seu governo, e instala a Ditadura do Estado Novo com a outorga da Constituição de 1937 no dia 10 de novembro.⁴⁴

Diferentemente do que havia feito na Constituição de 1934, Getúlio, ao outorgar a Constituição de 1937 que instituiu o Estado Novo, suprimiu os direitos individuais, visto que a eleição voltou a ser de forma indireta, suspendendo inclusive as imunidades parlamentares, bem como instituiu a prisão e exílio de opositores ao seu governo, suprimindo também a liberdade partidária.

Ainda extinguiu a independência dos poderes e a autonomia federativa; governantes e prefeitos passaram a ser nomeados pelo presidente.⁴⁵

Com relação ao direito sucessório, como a legislação vigente era o CC/16, houve poucas mudanças significativas, mais precisamente no artigo 1.612. Entre elas, houve a limitação no direito de suceder dos colaterais, alterando a permissão de até o 6º grau para até o 2º grau, ou seja, irmãos, reduzindo o direito dos colaterais quanto à herança deixada pelo *de cuius*, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.907 de 26 de dezembro de 1939.

Já em 1945, o Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, alterou a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.907, de 26 de dezembro de 1939, passando a redação do artigo 1.612 a abranger os colaterais até o 3º grau, não mais até o 2º grau, que seriam os irmãos, alcançando dessa forma os tios e sobrinhos.

⁴⁴ Estadão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 18 de maio de 2011;

⁴⁵ Mundo vestibular. As constituições brasileiras de 1824 a 1988. Disponível em: <http://www.mundovestibular.com.br/articles/4551/1/AS-CONSTITUICOES-BRASILEIRAS-DE-1824-A-1988/Paacutegina1.html>. Acesso em 18 de maio de 2011.

Ainda quanto ao referido artigo do CC/16 (art. 1.612) houve mais uma alteração feita pelo Decreto-Lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946, que aumentou o alcance dos colaterais com direito a sucessão do falecido para o 4º grau, ou seja, tio-avô, sobrinho-neto e primos.

2.3.4.5 Constituição de 1946 – dos Estados Unidos do Brasil⁴⁶

O cenário mundial, anos antes da promulgação da Constituição de 1946, foi uma das mais devastadoras guerras mundiais que já ocorreu. Getúlio Vargas, ditador, no comando do Brasil, se viu obrigado a entrar na II Guerra Mundial depois que em fevereiro de 1942 o primeiro navio brasileiro foi derrubado por alemães e em agosto daquele ano ocorre o primeiro ataque em águas territoriais brasileiras.

O Brasil era o um país ditatorial e lutou ao lado dos Estados Unidos da América para combater sistemas ditatoriais e defender a democracia. Getúlio Vargas acabara por entrar em um antagonismo político, no qual a solução seria acabar com o Estado Novo e restaurar a democracia no Brasil, até mesmo porque a oposição era forte. Incluindo a União Nacional dos Estudantes (UNE), opositores políticos de grande influência e mesmo os jornais já começavam a burlar a censura.⁴⁷

A Constituição de 1946 veio no governo de Gaspar Dutra quando foram restituídos os direitos individuais, extinguiu-se a censura e a pena de morte, houve o reestabelecimentos dos 3 poderes. Pela nova Constituição seriam eleitos 3 senadores para cada estado e distrito federal e a eleição para a câmara dos Deputados seguiria a representação proporcional dos partidos. Restabeleceu-se a eleição direta e obrigatória

⁴⁶ Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em 18 de maio de 2011;

⁴⁷ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 18 de maio de 2011.

para homens e mulheres maiores de 18 anos, excluindo-se os analfabetos, militares e religiosos; retorna o direito de greve e a estabilidade após 10 anos de serviço.⁴⁸

No campo do direito das sucessões, no meio dessa agitação política, surge o Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962, que acrescentou ao art. 1.611 do Código de 1916 dois parágrafos, regulando direito do cônjuge ao usufruto e ao direito real de habitação do imóvel deixado pelo falecido.⁴⁹

Caso o regime do casamento adotado não fosse o da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente teria direito, enquanto viúvo, ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo falecido, caso tivesse filhos deste ou do casal; bem como teria direito ao usufruto de metade da herança se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cujus*.⁵⁰

O cônjuge viúvo não era proprietário do imóvel de que tinha direito usufrutuário, somente tendo direito real de uso enquanto vivesse ou permanecesse viúvo, ou seja, um novo matrimônio cessava o usufruto, não podendo ser reestabelecido com o desquite ou mesmo com nova viuvez, conforme o Código de 1916.

2.3.4.6 Constituição de 1967 – da república Federativa do Brasil⁵¹

Com a deposição do então presidente João Goulart, Ranieri Mazzilli assume a presidência do Brasil por 15 dias. No entanto, como não estava sozinho, mas acompanhado da junta militar, esta logo apontou ao Congresso o nome de Castelo

⁴⁸ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estado.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma.128452.htm>. Acesso em 18 de maio de 2011;

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – p.20;

⁵⁰ Ibidem – p.21;

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 18 de maio de 2011.

Branco para a presidência do Brasil, no que foi referendada e assim começou a ditadura em 1964 que perduraria por 20 anos.

Neste período tivemos a instituição dos Ais, os Atos institucionais que mitigavam os direitos individuais e políticos de quem estivesse no Brasil. E foi com Castelo Branco, ao instituir o AI-4 que se convocou o Congresso - fechado pelo AI-3 - para redigir uma nova Constituição para o Brasil, concentrando o poder no Executivo.

Criou-se a Constituição de 1967, que logo foi emendada, alterando-se praticamente todo o seu corpo. Tanto que há quem considere essa emenda uma nova Constituição, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Durante a vigência da Constituição de 1967, no que tange ao direito sucessório, surgiu a Lei do Divórcio, de nº 6.515/77 que permitiu a dissolução do matrimônio sem que houvesse a anulação/nulidade deste, ou mesmo sem que um dos cônjuges falecesse para que findasse a união, já que o desquite não acabava com o casamento, apenas com os deveres matrimoniais.

O regime supletivo da comunhão universal de bens persistiu até a chegada da lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a Lei do Divórcio, que previa em seu artigo 50 que o regime supletivo de bens era o da comunhão parcial de bens, assim, se os nubentes fossem omissos no pacto antenupcial quanto ao regime de bens adotado no matrimônio, ele seria o da comunhão parcial de bens, o que modificou profundamente uma regra de séculos do direito luso-brasileiro

A lei do divórcio trouxe outras alterações; entre elas, onde antes no CC/16 no artigo 1.611 dizia-se que o cônjuge sucedia o outro falecido, quando não houvesse descendentes ou ascendentes desde que não desquitado no momento do falecimento, passou a ter a redação de acordo com a lei do divórcio, no que teria direito a sucessão o cônjuge sobrevivente desde que se não estivesse dissolvida a sociedade conjugal.

2.3.4.7 Emenda Constitucional nº1 de 17 de outubro de 1969⁵²

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, alterou o texto constitucional, instituindo o Ato Institucional nº 5 (AI-5) que restringiu o direito à liberdade individual, sem prazo de vigência e sem aprovação judicial. Esse decreto também extinguiu o *habeas corpus* e deu poder ao presidente de fechar o Congresso, nomear interventores nos estados e municípios, cassar mandatos e suspender direitos políticos. A suspensão dos direitos atingiu os professores que chegaram a ser chamados de subversores, além de, com o ato, a censura ter chegado aos meios de comunicação e o ato de tortura ter se tornado um método de rotina no regime militar.⁵³

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 também mandava punir quem ofendesse a Lei de Segurança Nacional, suspendeu a eleição direta para governadores e, além de extinguir a inviolabilidade dos mandatos parlamentares, instituiu censura a seus pronunciamentos.

Mas com o final da ditadura militar em 1979, no governo de Ernesto Geisel, a pressão para que houvesse a abertura política era forte, até mesmo dentro do exército, pois havia dentro do sistema quem não concordasse com a possibilidade de militares de baixa patente decidindo sobre a tortura contra civis, não havia uma estrutura hierárquica dentro da estrutura do exército.

O próprio Ernesto Geisel foi quem comandou a abertura política do Brasil, findando com o regime militar ao lado do general Golberri, chefe do gabinete civil.⁵⁴

⁵² Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 18 de maio de 2011;

⁵³ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 18 de maio de 2011.

⁵⁴ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 18 de maio de 2011;

Com a reforma da Constituição de 1967, em 1979 foram revogados os Atos Institucionais, assim, acabou o AI-5, principal arma utilizada pela ditadura como forma de manutenção de seu regime.

As medidas de emergência para preservar o Estado somente poderiam ser tomadas pelo presidente mediante consulta a um conselho constitucional composto pelo presidente da república, pelo seu vice, pelos presidentes do senado e da câmara, pelo ministro da justiça e por um ministro representando as forças armadas. O estado de sítio somente poderia ser decretado com a devida aprovação do congresso nacional.

2.3.4.8 Constituição de 1988 – da República Federativa do Brasil⁵⁵

Chamada de Constituição Cidadã, pois de todas que tivemos até hoje é a que mais dá garantias ao indivíduo, ao social, ao educacional, à cultura, ao meio ambiente; em síntese, é a que mais protege os direitos do homem.

Ela foi promulgada no governo de José Sarney que tomou posse no lugar do presidente eleito Tancredo Neves, que não chegou a tomar posse por ter falecido na véspera. Com a nova Constituição, buscou-se retomar a democracia que acabou esquecida após 21 anos de repressão da ditadura militar.

Somente teríamos eleições diretas em 1989, com a participação de 82 milhões de votos quando Fernando Collor de Mello e Luís Inácio da Silva (Lula) passariam para o 2º turno com vitória de Collor como primeiro presidente brasileiro eleito pelo povo após 29 anos sem eleições diretas.⁵⁶

⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 de maio de 2011.

⁵⁶ Estão.com.br. De Deodoro a Dilma. Disponível em: <http://www.estao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 18 de maio de 2011.

No âmbito do direito sucessório, o primeiro Código Civil brasileiro foi o de 1916; no entanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, adveio um novo Código Civil - o de 2002 - que trouxe novas regras a fim de se adequar à sociedade que passou por diversas transformações desde a publicação do anterior código.

Dando continuidade ao que previu a lei nº 9.461/46, manteve-se o direito a sucessão dos colaterais até o 4º grau, e somente depois dos descendentes, ascendentes e do cônjuge, ou seja, permanece na 4ª posição na vocação hereditária, conforme artigo 1.839 do CC/02 que complementa o art. 1.828, IV também do Código Civil de 2002.

Quanto a Lei nº 4.121/62 que instituiu o Estatuto da Mulher Casada, o Código de 2002, evoluiu e muito ao determinar a concorrência em direito de propriedade do cônjuge supérstite com os sucessores das duas primeiras classes, acentuando a participação do viúvo(a) na sucessão do cônjuge falecido. No Código de 2002, bem como no Código de 1916 a ordem de vocação sucessória manteve primeiro os descendentes, seguidos dos ascendentes, em terceiro o cônjuge e em quarto lugar os colaterais (art. 1.829 do CC).

A Constituição Federal manteve a preferência pelo casamento à união estável; basta ler o artigo 226, §3º da CF, em que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. O companheiro é equiparado ao cônjuge, mas o seu direito sucessório não é tão abrangente quanto ao deste, devido ao privilégio que o Código Civil manteve ao matrimônio.

A maior novidade do Código Civil de 2002 foi a elevação do cônjuge e do companheiro a herdeiro concorrente com os descendentes e os ascendentes do *de cujus* (arts. 1.790 e 1.829, ambos do CC). Apesar da sucessão ser um assunto do direito das sucessões, está intimamente ligado as relações jurídicas da família preexistente.

3. Dos Institutos familiares

A família, apesar de ser o alicerce da sociedade, não é imutável. Aliás, é o instituto jurídico e social com mutação constante. Em decorrência da expansão do que se considera entidade ou unidade familiar, observamos que antes da Constituição de 1988, somente era aceita legalmente a família oriunda do matrimônio, o que foi alterado com a promulgação da nova Constituição, regulamentando a união estável, a família monoparental (art. 226 e parágrafos) e, mais recentemente, a união e casamento homoafetivo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

3.1 Do casamento

O instituto do casamento, já definido no capítulo anterior, trata-se da mais antiga forma de se constituir uma família. Antes da constituição Federal de 1988, era a única entidade familiar juridicamente aceita.

O casamento é, ainda hoje, considerado a unidade familiar mais importante devido a sua tradição e mesmo por ter sido a única reconhecida por milhares de anos.

Observamos que a tradição e os costumes, ao lado da força religiosa na sociedade brasileira, valorizam o casamento, o que fica nítido e em destaque inclusive no Código Civil.⁵⁷

O casamento é a união de um homem e uma mulher, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §5º, bem como pelo código Civil de

⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p.99.

2002 no artigo 1.514. Deixemos observações quanto ao casamento homoafetivo para serem discutidos em tópico próprio.

Nos dizeres de Sílvio Venosa:

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca da prole etc.”⁵⁸

Washington de Barros Monteiro não fugiu de tal conceito, inclusive, mostrando-se mais conservador, definiu o casamento “como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos.”⁵⁹ Observa-se nessa declaração, que o professor “era fervoroso defensor da natureza institucional do casamento.”⁶⁰

Regina Beatriz Tavares da Silva, coautora do livro de Washington de Barros Monteiro, observa que hoje não mais é possível colocar como finalidade do casamento a reprodução, devido à opção dos casais hoje de não terem mais filhos, fato comum. A ajuda mútua, sim, que é e sempre foi a finalidade do casamento, além do afeto entre os contratantes.⁶¹

A preferência pelo casamento como entidade familiar no Código Civil é observada principalmente pelo respaldo legal dado aos contratantes se comparado à união estável. Preferência essa oriunda da Constituição Federal de 1988 que quis agradar a gregos e troianos ao normatizar o disposto no artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988, em que o legislador reconhece a proteção estatal aos que vivem em união estável, mas também diz que facilitará a sua conversão em casamento; ou seja, o

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 6 – p. 25;

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - p. 48;

⁶⁰ *Ibidem* - p. 49;

⁶¹ *Ibidem* - p. 48.

legislador quis dizer: vocês podem viver em união estável, mas é mais bonito vocês formalizarem o relacionamento em forma de casamento, é socialmente mais aceito e a igreja não aprova a união estável.

Observamos que no livro IV do Código Civil, que trata do direito de família, o casamento foi tratado logo no início do capítulo, do artigo 1.511 ao 1.590 (80 artigos), enquanto que a união estável foi tratada ao final do capítulo, após o direito patrimonial, do artigo 1.723 ao 1.727 (apenas 5 artigos), o que demonstra ainda mais a preferência pelo casamento, e por que não dizer a existência de uma hierarquia dentro do código.

O que peculiariza o casamento é o fato de que é um ato jurídico complexo, enquanto que as outras entidades familiares são mais simples, muitas vezes até mesmo bastando uma simples declaração de vontade das partes contratantes em cartório. O casamento, além do ajuste de vontades, também precisa da declaração de um juiz de direito ou de paz, ou mesmo de um membro religioso.

3.2 Da união estável

A união estável também é considerada entidade familiar formada pela convivência entre homem e mulher em posse de estado de casados ou com aparência de casamento. É um estado de fato (concubinato puro) que foi convertido em estado de direito em virtude da Constituição de 1988 e pelo Código Civil em harmonia com o diploma superior (art. 226, §3º da CF e art. 1.723 do CC).

É reconhecida a união estável desde que não estejam presentes os impedimentos para casamento constantes no artigo 1.521 do CC, pois, o legislador, ao equiparar a união estável ao casamento (art. 1.723 do CC), buscando facilitar a conversão daquela nesta, não o permitiria em casos em que há impedimento para matrimônio.

Washington de Barros Monteiro, em sua obra, ao conceituar a união estável esclarece que esta:

“[...] é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros (Cód. Civil, art. 1.723). Concubinato é a relação que não merece a proteção do direito de família, por ser adúlterina, denominados concubinos os seus participantes (Cód. Civil, art. 1.727).”⁶²

Maria Helena Diniz, ao tratar da união estável em sua obra, deixa claro que para esta existir, deve haver ausência de matrimônio válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes.⁶³

Há ausência de matrimônio válido na hipótese de separação de fato, bem como, por consequência, na separação extrajudicial e judicial, pois põe a termo os vínculos matrimoniais de deveres de coabitação e fidelidade recíproca, e também o regime de bens.

Permite-se o reconhecimento da união estável, pois não há afronta ao artigo 1.521, inciso VI do CC, conforme, inclusive, entendimento do STJ (REsp. 931.155/RS, rel. Min. Nancy Andright, j. 7-8-2007).

Maria Helena Diniz ainda esclarece que não se deve usar o termo união estável para aqueles que convivem maritalmente sendo que um ou ambos estão separados de fato, devendo tal unidade familiar ser denominada de *sociedade de fato*, uma vez que admitimos essa união, lhe angariando efeitos jurídicos, mas sempre evitar o locupletamento indevido.⁶⁴

Os direitos dos companheiros, no entanto, são menores que os dos cônjuges; basta observar os privilégios sucessórios que o cônjuge tem face do companheiro, no que trataremos em capítulo próprio.

⁶² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - p. 56;

⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – pp. 383/384;

⁶⁴ Ibidem – p. 394.

O contexto histórico nos permite analisar que antes da Constituição de 1988 não existia a figura do companheiro, mas sim a do concubino, pois não era reconhecida a possibilidade de união entre homem e mulher formadora de entidade familiar adversa a decorrente do matrimônio.

Antes da sistematização do Código Civil de 2002, as leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 buscaram estabelecer um estatuto mínimo da união estável, regulamentar a matéria para preservar direitos dos conviventes, como regulamentar os seus requisitos, dever de alimentos, sucessão de bens adquiridos em comum esforço, direitos e deveres recíprocos, conversão em casamento, que, acabaram sendo tratados pelo Código Civil de 2002, revogando, por consequência, ambas as leis.

3.2.1 Do concubinato

O concubinato, antes do advento da Constituição Federal de 1988, era utilizado para definir qualquer relação existente entre homem e mulher adversa ao casamento, pois o ordenamento jurídico brasileiro somente aceitava o casamento como forma de entidade familiar.

Atualmente, o concubinato é previsto no código civil dentro do título que trata da união estável. O art. 1.727 do CC prevê que a união entre homem e mulher impedidos de se casar constitui o concubinato. Tal norma é excludente, pois o concubinato não é considerado entidade familiar, sobre o quê antes do Código Civil havia séria controvérsia doutrinária e jurisprudencial.⁶⁵

Antes da Lei do Divórcio em 1977, havia um excepcional crescimento no número de relações concubinárias adúlteras, já que não era permitido o divórcio dos

⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p.185.

casais, devendo estes permanecer casados contra sua vontade, devido à influência da Igreja Católica.⁶⁶

Fora o concubinato adúltero e incestuoso, existia o puro, que era a união de duas pessoas que não tinham impedimentos para formalizar o matrimônio, mas que optavam por não se casar. Nessa hipótese, devido a problemas quanto à aquisição de patrimônio durante a união do casal, o STF editou as súmulas 380 e a 382 com os seguintes enunciados:

“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.”

“Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

O enunciado da súmula 380 foi o regime sucessório que acabou sendo adotado pelo legislador ao estabelecer a sucessão do companheiro, a comunhão parcial de bens; ou seja, somente tem direito o companheiro, aos bens adquiridos na constância da união estável (art. 1.725 do CC).

Já o enunciado da súmula 382, ainda hoje é cabível, principalmente, na hipótese do concubinato adúltero, em que um dos concubinos mantém a união matrimonial e somente está com o concubino poucas vezes ou horas na semana.

Persiste nos dias de hoje, o concubinato em que um ou ambos os concubinos são comprometidos com outras pessoas ou estão legalmente impedidos de se casar, o que gera um ar de clandestinidade que impede a sua configuração como entidade familiar, o concubinato adúltero; e o concubinato incestuoso, em que os amantes

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p.169.

possuem um parentesco próximo, o que também impede a formalização dessa união.⁶⁷

A lei civil refere-se ao concubinato para vedar-lhe direitos, como o disposto nos artigos 550 e 1.642, inciso V do Código Civil, referindo-se ao “cônjuge adúltero e seu cúmplice”. No entanto, apesar do direito das famílias estar evoluindo, há controvérsia quanto a possibilidade de se indenizar o concubino pelos “serviços” prestados, bem como se existe a possibilidade de o concubino ter direito a bens adquiridos na constância do concubinato; isso se deve à situação decorrente da súmula 380 do STF, que permite a interpretação de ser a relação meramente obrigacional.⁶⁸

Já a possibilidade de indenização pelos serviços prestados é criticada pela doutrina, pois soa como afronta à dignidade da pessoa humana, visto que uma relação afetiva entre pessoas seja considerada meramente patrimonial, visto que o carinho, o afeto, a vida privada são direitos constitucionais personalíssimos e, portanto, intransmissíveis, indisponíveis e inegociáveis (art. 5º, inciso X da Constituição Federal).⁶⁹

Washington de Barros Monteiro diz não ser hoje possível a indenização ao concubino por serviços prestados, pois seria uma forma de atribuir efeitos jurídicos a uma relação que não é protegida pelo ordenamento jurídico, no que é o entendimento da jurisprudência.⁷⁰

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – p. 395;

⁶⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – pp. 186/187.

⁶⁹ *Ibidem* – pp. 187/188;

⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - p. 72.

Vários ramos do direito, bem como a seguridade social, entendem ser a melhor solução a partilha de valores do benefício entre o cônjuge sobrevivente e o concubino, como exemplo de divisão igualitária da pensão.

A dissolução da união estável é possível por acordo entre as partes ou por decisão judicial que declara o fim da união estável e dispõe, inclusive, sobre a partilha de bens comuns, do direito a alimentos a quem necessitar, a guarda dos filhos, se havidos durante a união, e os alimentos destinados a estes.⁷¹

A dissolução da união estável por acordo das partes ocorre de forma fática, assim como se origina a união estável, pois não há necessidade de formalização escrita. No entanto, se reconhecida de forma escrita, nada impede a homologação judicial para sua dissolução.

3.3 Da família monoparental

A família monoparental é citada apenas em âmbito constitucional, no artigo 226, §4º da CF, em que é entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O diploma infraconstitucional, no entanto, regulamentou tal entidade familiar que possui delineamento diverso da entidade familiar tradicional, pois são situações divergentes.

O termo família possui diversos sentidos, desde o *lato sensu* até o sentido *estrito*. A família monoparental se encaixa na família em sentido estrito, como bem asseverou Maria Helena Diniz ao definir as diversas formas de se compor uma família, conforme já elucidamos no capítulo I, item 1.

⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva - p. 84.

O termo monoparental vem do grego *mónos* (um)⁷² e do latim *parentalis* (dos pais)⁷³; assim, designa a família formada com a presença de apenas um dos genitores⁷⁴. Essa terminologia alcança tanto as hipóteses de família monoparental existentes de antigamente (o falecimento de um dos cônjuges, o abandono do lar e as relações extraconjugais), quanto as que surgiram com a possibilidade da separação e do divórcio (formas de ruptura voluntária do casamento).⁷⁵

A monoparentalidade, apesar de somente ser mencionada no texto constitucional vigente, sempre existiu, pois possível desde sempre na forma involuntária, como no caso da viuvez. A novidade é a possibilidade de existir uma entidade familiar monoparental de forma voluntária, o que somente foi possível a partir da Lei do Divórcio em 1977.

Analisando o artigo 1.631, *caput*, do CC, no entanto, menciona-se a possibilidade de um dos pais, na falta ou impedimento do outro, exercer com exclusividade o poder familiar dos filhos sob sua guarda. Assim, o diploma infraconstitucional não foi de todo omissivo.

Não há estudo jurídico próprio para a família monoparental (direitos e deveres), como ocorre com o casamento e a união estável, cabendo-lhe as regras concernentes à filiação e ao poder familiar já tratado pelo Código Civil. Não há influência quanto a vocação hereditária se a família é monoparental ou biparental, os direitos decorrem do grau de parentesco.

⁷² Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: [http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=mo no](http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=mo%20no). Acesso em 18 de julho de 2011;

⁷³ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=parental>. Acesso em 18 de julho de 2011;

⁷⁴ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=monoparental>. Acesso em 18 de julho de 2011;

⁷⁵ SANTOS. Família monoparental brasileira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/veristajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf. Acesso em 18 de junho de 2011.

Não há motivo para o legislador tratar de forma diversa a existência, direitos e deveres da família monoparental. A única diferença é que não há dois responsáveis pela educação e desenvolvimento da prole comum, mas sim um responsável, o que não diminui o status de família.⁷⁶ É um estado de fato, muito comum e com acentuado crescimento que passou a ser mencionado pelo diploma constitucional.

Quanto a família monoparental oriunda da dissolução voluntária do casal, o poder familiar será de ambos os pais, devendo a guarda ficar com qualquer um deles, desde que com condições suficientes de criar os filhos com o devido cuidado e afeto, cabendo ao outro o direito/dever de visitas e de prestar alimentos.

O simples fato de a criança estar em uma família biparental não significa que o melhor interesse da criança estará assegurando, podendo tal ocorrer na família monoparental, pois relevante é a criança ser amada e respeitada.⁷⁷

3.4 Da família mosaico

A família recomposta é fruto da mutação social que sofreu a sociedade a partir da instituição da separação (antigo desquite) e do divórcio no ordenamento jurídico.

É comum, hoje, encontrar famílias em que temos casais, cada qual com filhos provenientes de relacionamento antecedente, que se juntam e formam uma nova família, a família mosaico ou recomposta, pois advém da união de duas famílias preexistentes que se findaram, podendo ser uma família biparental dissolvida, ou mesmo uma família monoparental.

⁷⁶ Crítica ao texto citado (SANTOS. Família monoparental brasileira), pois busca uma regulamentação infraconstitucional diversa para a família monoparental, sendo que não há necessidade; é família como qualquer outra, somente não tem a presença de ambos os genitores;

⁷⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 90.

Essa situação gera diversos conflitos no ramo jurídico, pois os filhos preexistentes a essa união passam a conviver com o novo companheiro de seu genitor, que acaba por exercer as funções do genitor que se encontra ausente no seu cotidiano.

A criança passa a ter mais de um referencial, pois em hipótese de divórcio de seus pais, em que os genitores formam outra família, a criança permanece sob o poder familiar de ambos, com a guarda destinada a apenas um dos genitores, ou a ambos (guarda compartilhada) – artigo 1.589 do CC.⁷⁸

O artigo 1.636 do CC, no entanto, prevê que os pais que contraem novas núpcias não perdem o poder familiar, exercendo-o sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. A hipótese de não haver interferência do novo cônjuge ou companheiro na educação do filho é praticamente impossível, principalmente se a criança residir no mesmo local, pois a família se reorganiza para acomodar a todos os envolvidos de forma a evitar conflitos. Justamente os conflitos e meios de solução para essa acomodação da nova família que o direito desconhece, pois não há previsão legal para se resolver conflitos existentes entre enteados e padrastos e madrastas, ou mesmo os filhos de cada qual.

Apesar de não ser regulamentada, a família mosaico possui impedimentos previstos, como o casamento entre enteados e madrastas ou padrastos, visto que são considerados parentes por afinidade (art. 1.595 do CC) e não podem se casar também devido ao impedimento do artigo 1.521 do CC. E a possibilidade de casamento entre enteados com o filho do cônjuge ou companheiro? Não há impedimento legal para tal, mas há sério conteúdo moral, pois muitas vezes são criados como irmãos pelos pais.⁷⁹

O problema do vazio legal quanto à família mosaico é culpa do próprio ordenamento jurídico que criou a possibilidade do divórcio e de novo casamento,

⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 95;

⁷⁹ *Ibidem* – p. 96.

omitindo-se “sobre as consequências jurídicas das famílias recompostas, quando os divorciados levam filhos da família original para a nova.”⁸⁰

Paulo Lôbo entende ser possível extrair dos princípios inerentes à Constituição Federal uma tutela autônoma das famílias recompostas, em que a “relação entre padrasto ou madrasta e enteado configura vínculo de paternidade singular, permitindo-se àqueles contribuir para o exercício do poder familiar do cônjuge ou companheiro sobre o filho/enteado”⁸¹, vez que a direção familiar é dada pelo casal. Podemos extrair parte desse entendimento do artigo 226, § 7º da CF.

A Lei nº 11.924/09 veio ampliar o reconhecimento jurídico da família recomposta, permitindo que o enteado possa integrar ao seu registro civil o sobrenome do padrasto ou madrasta, mas sem suprimir os nomes de seus pais.

Hoje já há entendimento de que é possível, de acordo com a relação existente entre enteado e padrasto ou madrasta, o dever de prestação de alimentos mútuo. O afeto é o principal elemento para o juiz estabelecer se existe ou não o dever de prestação de alimentos mutuamente em casos de famílias recompostas, principalmente pelo parentesco por afinidade que é gerado (art. 1.595 e 1.596, ambos do CC).

3.5 Da família socioafetiva

“O afeto e a família são dois conceitos com características muito parecidas e se encontram intimamente ligados. Ambos são comumente referidos como dados, como fatos, embora sejam abstrações de difícil determinação.”⁸²

⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 97;

⁸¹ Ibidem;

⁸² BRUNO, Denise Duarte. *Família Socioafetiva*. 04 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=60>. Acesso em 21 de julho de 2011.

A família socioafetiva é a ruptura com os laços estritamente biológicos, compreendendo que família é afeto, é carinho, todos os sentimentos que unem as pessoas, e as tornam uma entidade familiar.

Família socioafetiva é aquela formada por vontade de estar com a pessoa, por demonstrar o zelo, o amor que há entre seus integrantes. Não há maior exemplo de família socioafetiva do que a adoção, ou mesmo o carinho que surge entre padrastos ou madrastas com seus enteados, possibilitando o regime jurídico a inclusão do nome do padrasto ou madrastra no acento de registro civil.

O direito brasileiro contemporaneamente vem ultrapassando os limites fixados na CF e incorporando seus princípios ao aplicar o direito, buscando constituir uma sociedade justa e solidária.

A convivência familiar não mais está presa à consanguinidade, mas sim na “(...) convivência familiar e comunitária com o Direito Fundamental, a não-discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar.”⁸³ Visa-se uma “paternidade responsável”.

Guilherme de Oliveira (Critério Jurídico da paternidade apud PEREIRA, 2010 – p. 43) defende a tese de que a paternidade jurídica não é e nunca foi determinada pela verdade biológica do parentesco. Avisa do perigo, ainda, da hipótese da verdade biológica trazer sérios danos ao filho e a outros interessados. “Buscando a ‘consolidação da família’ e referindo-se ao ‘nascimento da verdade sociológica’, o autor se reporta à posse de estado de filho para consolidar um vínculo meramente afetivo e sociológico a exprimir uma família cuja estabilidade a lei resolve proteger no interesse social.”⁸⁴

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 18 ed. rev e atual. por Tânia da Silva Pereira. Editora Forense: Rio de Janeiro – 2010. v. 5 – p. 43;

⁸⁴ *Ibidem*.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos traços da afetividade nos artigos 1.566, inciso V do CC (respeito e consideração mútua) e art. 1.724 do CC (lealdade e respeito). O afeto caminha para o encorporamento no ordenamento jurídico brasileiro quando tratar-se das relações familiares.

3.6 Da família homoafetiva

Não é novidade que o STF vem usurpando a função do Poder Legislativo, devido à omissão deste em regulamentar leis, que devem observar e satisfazer a mutação social. O STF fica responsável por solucionar os conflitos que batem à sua porta visando tratar com equidade todas as pessoas (artigo 5º da CF).

A maioria dos países do mundo civilizado já regulamentou a união homossexual, o que ainda não foi feito pelo nosso legislador, cabendo ao poder judiciário “emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas” .⁸⁵

O STF, ao analisar a ADI nº4.277/DF ajuizada pela Procuradoria Geral da República, julgou procedente o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar constitucionalmente protegida, com, inclusive, efeito vinculante.

Nestes termos, o voto do Ministro Celso de Mello, em cinquenta laudas, narra a trajetória dos homossexuais e assevera que não é permitido privar ninguém de direitos, nem restringir o seu acesso à ordem jurídica por motivo de orientação sexual. É considerado arbitrário e inaceitável qualquer ato que tenha por finalidade excluir, punir,

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. União homoafetiva. Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4.277. Sr. Ministro Celso de Mello. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf> - p. 17.

discriminar ou fomentar a ignorância e o desrespeito a alguém por sua orientação sexual.⁸⁶

Coube ao STF impedir qualquer forma de discriminação à orientação sexual de qualquer pessoa, visando preservar a cláusula constitucional que impede o tratamento discriminatório no nosso Estado Democrático de Direito.⁸⁷

Nos dizeres do Ministro Celso de Mello:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.⁸⁸

O artigo 226, §3º da CF, como bem assevera Paulo Lôbo, é uma norma de inclusão.⁸⁹ Se o constituinte desejasse excluir a possibilidade da união homossexual, o teria feito de forma expressa a proibir tal hipótese. No entanto, o diverso ocorreu. O constituinte possibilitou o reconhecimento de uniões adversas ao casamento, desde que formadoras de entidade familiar.

Interpretando de forma teleológica os dispositivos constitucionais e os da legislação infraconstitucional, encontramos protegido o direito dos homossexuais se unirem e formarem uma família reconhecida juridicamente, com direito a toda proteção como qualquer outra espécie de família tem.

Basta observar o artigo 1.723 do CC que reconhece a união estável como entidade familiar, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura do casal, com o objetivo de constituição de família.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva*. Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4.277. Sr. Ministro Celso de Mello. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf> . pp. 11/12;

⁸⁷ Ibidem – p. 12;

⁸⁸ Ibidem – p. 13;

⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 90.

Juntando o artigo 1.723 do CC e o artigo 226, §3º da CF com o artigo 3º, inciso IV da CF, suprimimos o termo “entre homem e mulher”, pois é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, regida pelo Estado Democrático de Direito a aversão a qualquer tipo de discriminação, e nela há cerceamento de direitos, como a opção sexual.

Regina Beatriz Tavares da Silva ao tratar da união homossexual na obra de Washington de Barros Monteiro menciona a ADI 4.277, esclarecendo que a base da tese da Procuradoria Geral da República, ao defender a união estável homoafetiva, está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), no direito à igualdade e à liberdade (art. 5º, *caput* da CF), na vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV da CF), e da proteção da segurança jurídica. O Ministério Público Federal, seguindo a mesma linha de raciocínio, afirmou que se deve interpretar o artigo 1.723 do CC de acordo com os princípios constitucionais.⁹⁰

Surge então outra questão advinda do artigo 226, §3º da CF: a possibilidade de conversão da união estável em casamento. Com o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, agora é também permitido a sua conversão em casamento.

O sistema previdenciário já vem, há longa data, autorizando a habilitação de companheiros homoafetivos como dependentes na previdência social. Outros ramos do direito também já espraiam as relações homoafetiva, como o direito eleitoral, o direito das obrigações, direito militar, e agora, o direito das famílias e o das sucessões.

A novidade fica a cargo de que antes dessa decisão do STF, como não era reconhecida a união estável homossexual, o parceiro do falecido não entrava no rol de legitimados à sucessão do *de cuius*. Hoje, devido a possibilidade do casamento homossexual, o companheiro entra no rol de sucessor necessário.

⁹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 – pp. 103/104.

Outro tema que envolve a entidade familiar homoafetiva é a possibilidade de adoção por casais homossexuais. Este tema não é tão novo no ordenamento jurídico.

Já há jurisprudência autorizando a adoção de crianças por casais homossexuais, como no acórdão proferido pelo Tribunal de justiça do rio Grande do Sul em análise da Apelação nº 70031574833, em que, mesmo havendo divergência quanto ao assunto, entende o Tribunal que se há entidade familiar constituída por pessoas do mesmo sexo, é cediço admitir que essa família possa adotar, pois não há vedação legal que impeça a hipótese.

O referido acórdão diz mais: que foco da adoção é a inclusão da criança em uma família que lhe dê afeto, segurança e abrigo, não prevalecendo o preconceito e a discriminação. Existe estudo social que comprova que se houver capacidade emocional e financeira, é possibilitada a habilitação para adoção conjunta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no artigo 42, §2º do ECA.

A família hoje é composta basilarmente pelo afeto entre as pessoas, não mais a consanguinidade sendo o fator decisivo para a formação de uma família. A afeição é livre de preconceitos e de discriminação.

A Constituição Federal não impediu a adoção de crianças e adolescentes por pessoas ou casais homossexuais, pois a sua orientação sexual não é importante para se educar uma criança, mas sim o afeto que se tem por ela, bem como as condições para educá-la e torná-la um ser humano feliz, saudável e livre de preconceitos, pois esse é um objetivo fundamental do Brasil (artigo 3º da CF).

O direito das famílias vem evoluindo, tendo em vista as modificações da sociedade moderna; começou com a permissão ao desquite, mais tarde transformando-se na separação e na possibilidade do divórcio, o que permitiu a formação de novas entidades familiares, como a família recomposta, até chegar à possibilidade de adoção

por parceiros homossexuais e evoluir para o reconhecimento da entidade familiar homossexual.

4. Dos Regimes de Bens

A união de um casal, seja pelos laços do matrimônio, ou pela simples vontade de se unirem para formar uma entidade familiar, faz surgir no direito consequências, dentre as quais, a questão patrimonial.

No momento dessa união é estabelecido um tipo de regime de bens que regulamentará a união enquanto durar sua existência. O regime de bens poderá ser escolhido pelo casal ou decorrente de lei, observadas as características da união e dos contratantes.

O regime de bens é a regulamentação quanto ao domínio e a administração de ambos ou de cada um dos contratantes sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal.⁹¹

Há previsão legal de quatro espécies de regime de bens no nosso ordenamento jurídico. São eles: a comunhão parcial de bens, a comunhão universal de bens, a separação total de bens, que se subdivide em convencional e decorrente de lei, e a participação final nos aquestos.

O Código Civil de 2002 não restringiu aos contratantes a possibilidade de adotarem apenas os regimes de bens propostos pelo ordenamento jurídico, mas sim de ser possível cada casal formar o seu regime de bens, podendo, inclusive, mesclar as cláusulas existentes nos regimes, ou mesmo acrescentar ou diminuir as que existem em uma espécie de regime.

Essa liberdade, no entanto, não é total, restringindo o ordenamento jurídico para que o pacto antenupcial aborde apenas as questões econômicas dos cônjuges, sendo, inclusive nula qualquer outra cláusula que seja absolutamente adversa à lei, como a

⁹¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 319.

possibilidade da cláusula constituir “[...] expropriação disfarçada de bens por um contra o outro, ou ameaça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes.”⁹²

Acrescenta Washington de Barros Monteiro que estipulações no sentido de dispensar o dever dos cônjuges de fidelidade, coabitação, mútua assistência, ou o direito de recorrer ao divórcio para dissolver a sociedade conjugal, serão tidas como nulas, pois são cláusulas inerentes aos direitos e deveres que assumem os contratantes.

Esse contrato que os casais formam antes do matrimônio é chamado de pacto antenupcial e deve ser feito por escritura pública para ter efeitos jurídicos. A não escrituração do contrato antenupcial de forma pública faz valer o regime estabelecido no Código Civil, que é a regra no caso de silêncio dos contratantes, estabelecendo-se, assim, o regime de comunhão parcial de bens.

Escolhido o pacto antenupcial pelos contratantes, é permitido a eles alterar, a qualquer tempo, as cláusulas que regem a união, desde que judicialmente autorizado, observado os motivos do casal para tal alteração, e resguardando o direito de terceiros (art. 1.639, §2º do CC).

O Código Civil determina também que a celebração do pacto antenupcial sem a realização do casamento torna os efeitos existentes naquele ineficaz, pois não houve a condicionante que faria produzir os efeitos jurídicos estabelecidos, pois o regime de bens passa a vigorar desde a data do casamento, nunca em momento anterior ou posterior a este.

Para melhor entendermos o tema em abordagem, necessário se faz uma explicação sobre cada tipo de regime de bens estabelecido pelo CC, que regulamenta as diretrizes patrimoniais gerais da união dos casais.

⁹² LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 319.

4.1 Da comunhão universal de bens

A comunhão universal de bens já foi a regra no nosso ordenamento jurídico e nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. A mutação social o fez cair em desuso e não ser mais o tipo de regime de bens mais adotado pelos casais quando optam por um no pacto antenupcial.

Esse regime já foi o adotado como regra pelo direito em caso de omissão de declaração de vontade quanto ao regime a ser adotado pelos contratos. No entanto, hoje, também por causa da mudança social, não é mais o regime legal dispositivo em caso de o casal não fazer um pacto antenupcial.

A comunhão universal de bens como regime legal dispositivo vigorou no Brasil devido à aplicabilidade das Ordenações Filipinas em nosso território, e pelo Código Civil de 1916, até ser promulgada a Lei nº 6.515/77 que alterou o regime legal dispositivo para a comunhão parcial de bens.

O regime de comunhão universal constitui na união indivisível do patrimônio – preexistente ou futuro - de ambos os cônjuges. Também constituem o patrimônio comum os bens adquiridos por ato de vontade de terceiros, em doação ou sucessão, salvo a existência de cláusula de incomunicabilidade destes bens com os do regime de comunhão universal de bens, e também pela doação de um dos cônjuges ao outro, antes do casamento, com a cláusula de incomunicabilidade⁹³.

Também são excluídos da comunhão de bens os narrados no artigo 1.659 e incisos do CC e outras hipóteses que sejam previstas no ordenamento jurídico.

Devido à indivisibilidade dos bens do casal, metade de tudo que eles possuem pertence a cada qual quando da dissolução do matrimônio (chamado de meação), seja pela morte de um deles, seja por ato de vontade. Não existe meação antes da dissolução do matrimônio.

As dívidas, no entanto, não se comunicam integralmente. Em princípio, se as dívidas forem anteriores ao casamento elas não integram a comunhão. Mas irão integrá-la se forem contraídas por qualquer para os preparativos do casamento ou mesmo se reverter em proveito comum.

⁹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 353.

A comunhão universal extingue-se com o fim da sociedade conjugal. Para Washington de Barros Monteiro⁹⁴, somente é possível a extinção do casamento pela morte, pelo divórcio, pela separação judicial e pela sentença que declara a nulidade ou anulação do casamento.

Em caso de morte, diz que há a meação dos bens que compunham o patrimônio comum do casal, e a outra metade destinada aos sucessores do *de cuius*. Nesse caso, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro concorrente com os descendentes, sendo-o somente com os ascendentes, pois se não houver nenhuma das duas classes de sucessores precedentes, o total dos bens pertencerão ao cônjuge sobrevivente.

Na ocorrência de casamento nulo ou mesmo anulável, não há que se falar em comunhão, pois essa não se constituiu já que não houve o casamento, assim não há partilha de acervo, devendo cada qual permanecer com os bens que entrou na suposta sociedade conjugal.

Em caso de casamento putativo, se de boa-fé de ambos os cônjuges, ou pelo menos um deles, terá eficácia o regime de bens, devendo somente ter a meação aquele que estava de boa-fé, sobre os bens do culpado.⁹⁵

Com a separação judicial, há a meação dos bens constituintes do acervo matrimonial comunicáveis, pois se dissolve a comunhão.

Quanto à possibilidade da separação de fato, Regina Beatriz Tavares da Silva critica a situação que o legislador criou devido à possibilidade de os separados contraírem união estável com terceira pessoa, sob o regime da comunhão parcial de bens. A crítica insurge da impossibilidade de uma pessoa viver sob o regime de comunhão universal de bens com alguém e sob o regime de comunhão parcial de bens com outra. Há projeto de lei que vislumbra alterar o artigo 1.572 do CC, a fim de incluir a separação de fato como hipótese de extinção da sociedade conjugal, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa por parte de um dos cônjuges.

Para Paulo Lôbo, a separação de fato é uma forma de extinção da sociedade conjugal quando esta for sucedida por constituição de união estável; bem como se houver a alteração do regime de bens escolhido pelos cônjuges no pacto antenupcial por determinação judicial, devidamente motivado.⁹⁶

⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - pp. 295/298;

⁹⁵ *Ibidem* - pp. 296;

⁹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 354.

A comunhão termina com a divisão dos bens do casal; estes são compreendidos pelo patrimônio e pelas dívidas e obrigações do casal; a partilha de bens dividirá o ativo e o passivo entre os cônjuges.

4.2 Da comunhão parcial de bens

É o regime em que os bens adquiridos após o casamento formam a comunhão de bens dos cônjuges, sendo de propriedade de ambos. Os bens havidos antes do matrimônio continuam sendo particulares de cada um, não se comunicando.

Esse regime é utilizado na maioria dos casamentos depois da lei nº 6.515/77, pois a legislação determinou-o como sendo o regime legal, sendo que, em caso de silêncio dos contratantes, será ele o adotado, pois há intervenção legal, fazendo prevalecer a vontade desta.⁹⁷

O pacto antenupcial é pouco comum na nossa sociedade, e mesmo quando realizado, havendo nulidade ou ineficácia do mesmo, aplica-se a esses casamentos o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.640 do CC).

Existem três massas de bens: o de cada cônjuge, somando massas distintas, e o aquesto, proveniente do esforço comum.⁹⁸ Hoje não mais podemos falar em bens do marido e da mulher, pois é reconhecida a união estável e o casamento homossexual (ADI 4.277/DF julgada pelo STF e art. 226, §3º da CF).

Esse regime exclui da comunhão os bens anteriores ao casamento e os eventuais, aqueles dos quais o cônjuge ou companheiro já tenha direito preexistente ao matrimônio (como os decorrentes da sucessão). O artigo 1.659 do CC traz os bens que não se comunicam na comunhão do casal. Esses bens são particulares de cada consorte, não sendo partilhados quando da dissolução da união.

A comunhão somente compreende os bens havidos de forma onerosa (art. 1.659, I do CC) na constância do casamento, por isso chama-se comunhão parcial de bens, pois comunicam-se somente os havidos durante a união, e mesmo assim, os adquiridos pelo esforço comum do casal, de forma onerosa a eles.⁹⁹

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – p. 168;

⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 6 – p. 334/335;

⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 – pp. 275/276.

O CC determina quais bens são comunicáveis durante o matrimônio, dentre os quais, os frutos de bens particulares de cada cônjuge (art. 1.660 do CC).

A administração dos bens oriundos da união do casal caberá a qualquer um dos cônjuges.

Apesar de o CC falar em cônjuges quando do regime matrimonial da união estável, dentro do título do direito patrimonial dos cônjuges, devemos ampliar o entendimento aos conviventes, pois assim determinou o mesmo diploma no artigo 1.725, afirmando que aplicar-se-ão as regras atinentes à comunhão parcial de bens aos companheiros se não convencionarem de forma diversa às regras patrimoniais da união.

Haverá o fim da sociedade conjugal com o casamento, com o divórcio, com a nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial. Embora o CC não inclua a separação de fato na hipótese de dissolução da sociedade conjugal, esta será a forma de dissolução da união estável, pois não há como haver separação de forma judicial se não houve o casamento.

Nessa hipótese, poderá qualquer um dos conviventes pleitear a divisão do patrimônio judicialmente, se não o for feito de forma amigável por meio da ação de reconhecimento e dissolução de união estável, quando também se regulará a guarda e pensão dos filhos menores, se havidos, bem como pensão entre os companheiros, se necessário.

A comunhão termina com a divisão dos bens do casal; estes compreendem o patrimônio e as dívidas e obrigações do casal; a partilha de bens dividirá o ativo e o passivo entre os cônjuges.

4.3 Da separação total de bens

O regime de separação de bens é considerado o mais simples entre todos os regimes de bens. Nele não há comunicação dos bens dos cônjuges, nem dos anteriores, nem dos posteriores à formação da sociedade conjugal.

“Os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou da data de sua aquisição, compõem patrimônios particulares e separados, com respectivos ativos e passivos.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 355.

Esse regime pode ser decorrente de lei (art. 1.641 do CC), ou por convenção dos nubentes (art. 1.687 e 1.688 do CC). Os artigos referentes ao regime de separação de bens são aplicados tanto à forma convencional, quanto à forma obrigatória. Devemos analisar as peculiaridades de ambas as hipóteses.

4.3.1 Da separação total decorrente de lei

O regime da separação total de bens decorrente de lei está expresso no artigo 1.641 do CC, em que é obrigatório o regime de separação de bens no casamento: I) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II) da pessoa maior de 70 (setenta) anos (redação dada pela Lei nº 12.344 de 9 de dezembro de 2010); III) de todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A separação de bens determinada pelo legislador nas hipóteses acima possui diversas finalidades, como a proteção de direito de terceiros, como no caso do viúvo que, sem ter feito a partilha de bens do casamento anterior, tendo filhos deste, contrai novo matrimônio¹⁰¹; cessada tal causa suspensiva, é permitido ao casal optar pelo regime de bens que lhe convir.

Quanto à obrigatoriedade da separação de bens para quem tenha setenta anos ou mais, o legislador buscou preservar o patrimônio do idoso, bem como o de seus descendentes, de qualquer propósito menos digno, como o golpe do baú, nos dizeres de Maria Helena Diniz¹⁰², no que corrobora Venosa.¹⁰³

Há divergência quanto a tal vedação na opção do pacto antenupcial para casamentos em que haja pelo menos um contratante maior de setenta anos, pois há entendimento de que tal seja ato atentatório à dignidade individual. Quanto a tal entendimento, temos na doutrina divergência. Regina Beatriz Tavares da Silva, coautora de Washington de Barros Monteiro, acredita que não há atentado à dignidade individual,

¹⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - p. 301;

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – p. 193;

¹⁰³ VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 6 – pp. 328/329.

pois a própria Constituição Federal no artigo 5º permite a todos fazer o que quiserem nos limites do ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Já Paulo Lôbo, baseando-se em uma apelação do TJ/SP, entende que é inconstitucional qualquer vedação ao direito do matrimônio, pois fere a dignidade da pessoa, bem como a CF não fez qualquer restrição a se contrair matrimônio, o que, na verdade, ampliou-se devido ao artigo 226 da Magna Carta, possibilitando a ampliação de entidade familiar.¹⁰⁵

Venosa, ao discorrer sobre o suprimento judicial para o casamento, como ocorre nos casos previstos nos artigos 1.517, 1.519, 1.634, II, 1.747, I e 1.774 do CC, aponta uma realidade social. O legislador buscou proteger o patrimônio daquele que de certa forma não possui a capacidade civil plena para poder decidir sobre o regime de bens a ser adotado quando do casamento. No entanto, é mais comum encontrar a necessidade do suprimento judicial para o casamento nas esferas economicamente mais simples da sociedade, pois os membros das classes mais favorecidas já tomam a precaução de preparar um pacto antenupcial. Aí a crítica feita por Venosa, pois essas pessoas simples irão construir o patrimônio conjuntamente, no que o regime de bens justo é o da comunhão parcial.

Tal doutrinador observa ainda a questão que surge devido ao artigo 1.639, §2º do CC, pois o juiz, de acordo com a motivação do casal, poderá alterar o regime de bens inicialmente adotado. Sendo obrigatória a imposição do regime de bens por força de lei, entende-se não ser possível a sua conversão, pois seria hipótese de fraude. Mas o direito de família não é regido pelo direito patrimonial e sim por princípios diversos; deste modo, quem sabe, futuramente esse entendimento não seja modificado.¹⁰⁶

Paulo Lôbo disserta que permanece aplicável a súmula 377 do STF segundo a qual, no caso de regime de separação legal de bens, os adquiridos na constância da união comunicam-se,¹⁰⁷ no que entendemos que o judiciário, mais uma vez vem adequar os julgados à realidade social, aplicando-se na prática o regime da comunhão parcial de bens, que Venosa acredita ser o mais coerente no caso.

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - p. 302;

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 326;

¹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 6 – p. 328;

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 327.

4.3.2 Da separação total convencional

O regime de separação total de bens será convencional quando os nubentes puderem optar por qualquer regime de bens que lhes convier e preferirem, pois não há impedimento legal para que possam escolher a comunhão universal, ou mesmo elaborar qualquer outra cláusula que lhes seja pertinente.

Tal regime é composto por apenas dois dispositivos no Código Civil e trouxe uma novidade, se comparado com o Código Civil de 1916, que é a possibilidade de cada cônjuge alienar ou gravar de ônus real os seus bens sem a necessidade de autorização do consorte, o que pelo Código Civil de 1916 se restringia aos bens móveis.¹⁰⁸

Menos complexo que a separação obrigatória de bens, esse regime não possui grande discussão doutrinária, pois não é a lei que restringe os direitos das pessoas, mas sim simples acordo de vontade das partes em manterem seu patrimônio separado, até mesmo porque, hoje, é comum casamentos que duram, às vezes, um ano. Daí o interesse de manter o patrimônio separado mesmo na constância da união.

Nessa hipótese de regime, não há comunicação das dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges, cada um sendo responsável pelas suas. Podemos dizer que a perspectiva desse relacionamento, observando a nossa constituição familiar, é a previsão de um divórcio, pois quem se casa para formar uma família, e até ter filhos, busca a comunhão dos deveres matrimoniais e da responsabilidade pela vida financeira da entidade familiar, soando estranho haver tal separação.

O CC expressa no art. 1.688 que as despesas do casal deverão ser arcadas por ambos, de acordo com a proporção de seus rendimentos, a não ser que o pacto antenupcial estipule o contrário. De mesma forma, o pacto antenupcial pode prever a comunhão de alguns bens, bem como a forma de administração.¹⁰⁹

A separação dos bens gera a administração exclusiva de cada cônjuge pelos seus bens, a disposição livre deles, sem participação do outro consorte, autorização e a responsabilidade individual pelas dívidas que cada cônjuge perfaz.¹¹⁰

Ocorrendo a compra de um bem, por esforço de ambos os cônjuges, e a titularidade do bem ficar com apenas um deles; caberá ao outro comprovar que o bem

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 355;

¹⁰⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 6 – pp. 349/350;

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 356.

foi adquirido com esforço comum igualitário e proporcional, visando evitar o enriquecimento sem causa, ocorrendo no caso, uma sociedade de fato entre os cônjuges.¹¹¹

As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges para as despesas familiares serão encargo de ambos, conforme art. 1.644 do CC.

Mesmo que o regime seja o da separação de bens, os cônjuges têm direito a alimentos, independentemente do regime. Bem como, se o casamento for precedido de união estável, os bens adquiridos nesta são regidos pelo regime de comunhão parcial e as partes podem pleitear a sua divisão.¹¹²

4.4 Do regime de participação final nos aquestos

O regime de participação final nos aquestos é novidade do Código Civil de 2002, pois mistura os regimes de separação de bens com o de comunhão parcial de bens e a apuração contábil de passivo e ativo. Numa perspectiva ampla, os bens adquiridos antes e depois do matrimônio constituem patrimônio particular de cada consorte, do mesmo modo que as dívidas. Mas na hora que se dissolve a união, os bens serão considerados de acordo com a comunhão parcial.¹¹³

Tal regime surgiu principalmente para atender as necessidades dos cônjuges que desenvolvem atividades empresariais distintas e que, portanto, para gerir o empreendimento precisam de liberdade para dispor do patrimônio como lhe convier. Assim, durante o casamento há formação de bens comunicáveis que na hora da dissolução da sociedade conjugal se comunicam.¹¹⁴

Diferentemente do regime de separação de bens, o de participação nos aquestos, autoriza os cônjuges a venderem sem a outorga do outro apenas os bens móveis, sendo

¹¹¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 356 – p. 357;

¹¹² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - pp. 316/317;

¹¹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011*. 4º ed. Editora Saraiva: São Paulo – 2011 – p. 356 – pp. 358/359;

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – p. 183.

necessário, portanto, a assinatura do cônjuge para a venda de um bem imóvel, a não ser por convenção em pacto antinupcial que permita a venda de bens imóveis sem a outorga do outro cônjuge.¹¹⁵

Quanto às dívidas contraídas durante o matrimônio, estas permanecem separadas também, servindo para o cômputo do ativo e passivo quando da dissolução da sociedade conjugal, a não ser que sejam contraídas para o proveito da entidade familiar e, assim, serão da responsabilidade de ambos os cônjuges, na devida proporção da vantagem auferida.¹¹⁶

Com o final da sociedade conjugal, seja *causa mortis*, seja ela sua dissolução, metade dos bens (aquestos) adquiridos na constância da união são assegurados ao outro cônjuge. Nesse regime são apurados os acréscimos patrimoniais que cada cônjuge teve durante o matrimônio; é desse acréscimo que há a meação. Pode ocorrer de um cônjuge ter acrescido o seu patrimônio e outro não, mas isso não interfere, pois na dissolução haverá a comunhão daquilo que for acrescido ao patrimônio de qualquer dos cônjuges. Tal poderá ser resolvido com valores, se não for possível a divisão em bens.¹¹⁷

¹¹⁵ MONTEIRO, 2011 - pp. 318/319;

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 – p. 185;

¹¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil 2: direito de família*. 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011 - pp. 319/320.

5. Da Sucessão

5.1 Da sucessão em geral

O patrimônio que uma pessoa cumula durante sua vida continuará a existir após sua morte. Devido a essa situação surgiu o direito das sucessões. A lógica do direito sucessório é privilegiar aquele mais próximo ao *de cujus* com a propriedade do patrimônio deixado por este, seja de forma legítima ou testamentária.

Tratando-se da forma legítima de sucessão, temos a ordem de vocação hereditária, em que o Código Civil determinou no artigo 1.829, que combinado com o art. 1.839 do CC, nos permite concluir que são herdeiros: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge, os colaterais até quarto grau, que serão chamados na falta de um herdeiro necessário, que são as três primeiras pessoas descritas acima. Na falta de qualquer um destes, e não havendo testamento feito pelo *de cujus*, é que o patrimônio ficará para o Estado, pois não é possível deixar bens sem proprietário.

A sucessão legítima, quando houver o companheiro envolvido e não o cônjuge, seguirá a ordem de vocação hereditária determinada pelo artigo 1.790 do CC, em que o companheiro é herdeiro da quarta classe, ficando depois dos colaterais, para poder herdar a totalidade dos bens deixados pelo falecido.

Quando houver um cônjuge, a espécie do regime de bens adotado no casamento interferirá de forma direta na sucessão do cônjuge falecido, no que discorreremos em tópico próprio. Já o companheiro terá a sucessão regida pelo regime da comunhão parcial de bens, sendo que o artigo 1.790 do CC já determinou a sua cota ou parte de herança quando concorrer com outros herdeiros sucessíveis.

5.1.1 Da sucessão do cônjuge

A sucessão legítima possui uma ordem de vocação hereditária que deve ser seguida. Uma classe sucessória exclui a outra da sucessão, se houver descendentes e ascendentes, os descendentes herdam os bens deixados pelo falecido, excluindo os ascendentes, mesmo que seja em favor do neto (2º grau de parentesco) do *de cuius* ao invés do pai deste (1º grau de parentesco).¹¹⁸

O cônjuge está na terceira classe sucessória, concorrendo com os sucessores das primeira e segunda classe conforme o artigo 1.829 do CC.

5.1.1.1 Concorrência do cônjuge com os descendentes

O artigo 1.829, I, do CC determina que a sucessão legítima defere-se na ordem:

I - descendentes, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, salvo casado este em comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens com o falecido; ou se, o autor da herança não tiver deixado bens particulares no regime de comunhão parcial de bens. O cônjuge não mais é excluído pelas classes de descendentes e ascendentes na sucessão do falecido¹¹⁹.

Não haverá concorrência do cônjuge com os descendentes desde que o cônjuge sobrevivente seja meeiro do aqesto, fruto do regime de comunhão universal de bens. Sendo obrigatória a separação de bens do casal (art. 1.640 do CC), não faz sentido, após o falecimento de um dos cônjuges, o sobrevivente ter direito à herança, pois que o legislador visou por algum motivo preservar os bens e os sucessores do *de cuius*, não havendo razão para aquele ser herdeiro. Por fim, no caso da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares do falecido, o cônjuge sobrevivente já é meeiro dos bens adquiridos na constância do matrimônio, recaindo na hipótese prevista para a comunhão universal de bens.

Havendo a hipótese de bens incomunicáveis ao matrimônio, seja no regime de comunhão universal ou de comunhão parcial, ocorrendo o falecimento do cônjuge

¹¹⁸ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – pp. 35/36;

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 150.

proprietário de tal bem, o cônjuge sobrevivente fará jus à parcela da herança, concorrendo com os herdeiros das classes anteriores a sua.¹²⁰

Não recaindo nas exceções previstas no próprio artigo 1.829, I do CC, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes na sucessão do *de cujus*, quando o regime de bens for o da separação convencional e o da participação final nos aquestos, bem como concorrerá quando houver bens particulares do regime de comunhão parcial e os incomunicáveis nos regimes de comunhão, no que terá sua quota garantida.

É assegurado ao cônjuge sobrevivente concorrer com os filhos comuns na sucessão do falecido, garantindo-lhe o quinhão mínimo de um quarto da herança. Se houver filhos exclusivos do *de cujus*, o cônjuge sobrevivente não terá direito a sua quota mínima, concorrendo com todos em igualdade por cabeça, ou seja, a divisão será proporcional; se tiver quatro filhos, o cônjuge terá direito a um quinto da herança. Observamos que não haverá nenhum problema quanto à origem dos herdeiros: se comuns ou não do falecido com o cônjuge concorrente, se esse número for igual ou inferior a três, pois será preservada a quota mínima do sobrevivente.¹²¹

Não havendo descendentes, serão chamados à sucessão os ascendentes do *de cujus* (art. 1.836 do CC).

5.1.1.2 Concorrência do cônjuge com os ascendentes

Os ascendentes são chamados à sucessão do *de cujus* na falta de herdeiros necessários da primeira classe. O ascendente mais próximo exclui o mais remoto da vocação hereditária.

Foi garantido ao cônjuge concorrência com os ascendentes do *de cujus* (art. 1.829, II do CC). Diferentemente do que ocorre na concorrência com os descendentes, o regime de bens não interfere na quota parte reservada ao cônjuge sobrevivente. Aqui a posição do cônjuge é mais privilegiada que em concorrência com os descendentes.

O cônjuge é figura privilegiada pela concorrência, pois herda não somente como sucessor necessário da terceira classe, mas porque tem garantido quinhão conjuntamente com as classes que o precedem.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 150; DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 - pp. 155/156;

¹²¹ Ibidem DIAS – pp. 163/164.

A sucessão do cônjuge com os ascendentes do falecido é simples: se ambos os pais do *de cuius* estiverem vivos, cada qual herda um terço. Em hipótese de somente haver um deles vivo, é dividida ao meio a herança, mesmo que o falecido tenha avós vivos, pois não há representação entre os ascendentes. Quando houver ascendentes, mas estes não forem de primeiro grau (pais), o cônjuge fará jus à metade da herança (art.1.837 do CC).

5.1.1.3 Cônjuge como único herdeiro

Na falta de descendentes e ascendentes, a sucessão por inteiro será do cônjuge sobrevivente (art. 1.838 do CC). Nessa hipótese não há concorrência, pois se chegou ao último herdeiro necessário. Somente na falta deste é que os colaterais, limitados ao quarto grau, terão direito a herança do *de cuius*, bem como somente não havendo herdeiros necessários que o falecido poderia ter deixado testamento legando todo o seu patrimônio, pois com a presença de um herdeiro necessário, somente poderá ser legada metade dos bens.

5.1.2 Da sucessão do companheiro

Os companheiros, com o advento da Constituição Federal de 1988, passaram a ter direitos garantidos e a sua união foi elevada a entidade familiar.

Devido a vestígios sociais conservadores, o companheiro não foi totalmente igualado à figura do cônjuge, apesar de na prática os deveres de ambos serem os mesmos.

O direito sucessório do companheiro é garantido em único artigo do CC, o 1.790. Os companheiros em regra não perfazem pacto antenupcial, cabendo a eles as regras atinentes à comunhão parcial de bens.

Assim como no casamento por regime de comunhão parcial de bens, metade dos bens já pertence ao companheiro, pois adquiridos de forma onerosa durante a convivência, restando a outra metade para a sucessão do *de cuius*.¹²²

O companheiro sobrevivente, portanto, tem direito apenas a sucessão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, no que concorrerá com outros

¹²² DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – p. 174.

parentes sucessíveis. Devido à qualidade de meeiro do companheiro, somente restou para a sucessão e concorrência metade dos bens adquiridos de forma onerosa.

Havendo bens do *de cuius*, preexistentes ou adquiridos de forma graciosa, o companheiro não fará jus a esses bens como sucessor, a não ser que não exista nenhum outro parente sucessível, no que lhe caberá a totalidade dos bens deixados pelo companheiro.

Comparado ao cônjuge que é herdeiro da terceira classe, o companheiro ficou desprivilegiado na ordem de vocação sucessória, é herdeiro da quarta classe para receber a totalidade dos bens, ficando atrás de tios-avôs e sobrinhos-netos, parentes colaterais de quarto grau do falecido.

Zeno Veloso alerta em sua obra para a possibilidade de um dos conviventes se encaixar na hipótese do artigo 1.641, II do CC, sendo maior de setenta anos. A 3ª Turma do STJ em 02 de março de 2010 julgou no REsp. 1090722/SP, por unanimidade, que se um dos conviventes for maior de setenta anos, a hipótese descrita acima deverá ser estendida à união menos formal. Haveria um desestímulo no casamento de pessoas acima desta idade se o entendimento fosse outro, pois seria mais benéfico aos conviventes manter a união estável, pois que garantida, pelo menos, a comunhão dos bens adquiridos de forma onerosa durante o relacionamento, enquanto que quem casasse manteria os bens individualizados. No entanto, ressaltou a 3ª Turma do STJ que os bens adquiridos de forma onerosa durante a convivência, mesmo que em nome de apenas um dos companheiros pertence a ambos, pois ainda em vigor a súmula 377 do STF.¹²³

5.1.2.1 Concorrência do companheiro com os descendentes

O art. 1.790, I do CC determinou duas hipóteses de concorrência do companheiro com os descendentes do *de cuius*, sendo elas a concorrência com filhos comuns ou com filhos exclusivos do falecido.

Gonçalves anota que o termo filho foi usado de forma equivocada, devendo ter sido usado o termo técnico “descendentes comuns”. No que a III Jornada de Direito Civil realizada em dezembro de 2004 determinou que a hipótese do art. 1.790, I do CC

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 170/172.

aplica-se não só aos filhos, mas também a outros descendentes comuns, como exemplo, os netos comuns.¹²⁴

Em concorrência com os descendentes comuns, o companheiro terá direito a uma quota equivalente a que for atribuída por lei a cada um deles, aplicando-se a proporção de um pra um. Herda em quota igual, como se fosse semelhante.

Diferentemente ocorre na hipótese do art. 1.790, II do CC, em que se o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes exclusivos do companheiro falecido, terá sua proporção de herança reduzida, sendo um por dois. Sua quota sucessória será metade da quota dos descendentes exclusivos.

Quanto à filiação híbrida, a lei é omissa. Coube à doutrina tentar solucionar tal impasse. Há entendimento de que havendo filiação híbrida, a herança deve ser dividida de forma igualitária entre todos os descendentes e o companheiro. Por outro lado, há o entendimento de que havendo a filiação híbrida, aplica-se o art. 1.790, II do CC, devendo o companheiro herdar metade do que os filhos, comuns ou não, herdarem.¹²⁵

Não podemos esquecer que a Constituição vedou qualquer tratamento discriminatório aos filhos (art. 227, §6º da CF). A solução para tal conflito torna-se complexa. A herança terá de ser dividida em duas partes distintas a fim de que cada filho receba a mesma proporção, e o companheiro sobrevivente receba a sua, de acordo com os incisos I e II do art. 1.790 do CC.

A sucessão em caso de descendência híbrida ficará da seguinte forma: o companheiro terá direito a parte equivalente a de seus descendentes e metade da parte que cabe a cada um dos filhos exclusivos, perfazendo então sua quota hereditária um misto das hipóteses dos incisos I e II do art. 1.790 do CC.¹²⁶

Em entendimento divergente, Gonçalves adota a posição de que deverá ser afastada a hipótese do art. 1.790, II do CC, aplicando-se a regra do art. 227, §6º da CF para tratar o companheiro como um igual, pois não há apenas filhos exclusivos do falecido, mas sim descendência híbrida. A garantia de receber o dobro do companheiro somente deve prevalecer quando houver exclusivamente filhos unilaterais do *de cujus*.¹²⁷

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 174;

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – p 176;

¹²⁶ *Ibidem*;

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 175.

Zeno Veloso adota ainda outra posição, a de que deve ser aplicado o inciso II do art. 1.790. Mas sua justificativa é um tanto quanto arcaica, pois ele menciona que os descendentes comuns com o companheiro sobrevivente não têm expectativa de herança, no que cremos que ele supôs serem de concubinato, e aqui criticamos a posição adotada por ele.¹²⁸

Prevalece o entendimento apontado por Maria Berenice Dias de que a herança terá de ser dividida para não prejudicar nenhum herdeiro, seja descendente comum ou exclusivo.

5.1.2.3 Concorrência do companheiro com os outros parentes sucessíveis

O inciso III do art. 1.790 do CC trata da concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, o que compreende os ascendentes e os colaterais do *de cujus* até o quarto grau. Nessa hipótese, não podemos esquecer que deve ser seguida a ordem de vocação hereditária determinada pelo art. 1.829 do CC.

A quota reservada ao companheiro no caso exposto é de fácil entendimento matemático, será de um terço dos bens adquiridos na constância da união de forma onerosa. Recordemos que desses bens, somente metade vai para a sucessão legítima, pois a outra metade é por direito do companheiro-meeiro, pois regido pelo regime de comunhão parcial de bens.

Maria Berenice Dais entende que o legislador no *caput* do art. 1.790 referiu-se tão somente aos aquestos ao fazer a divisão entre os descendentes, mas que mudou seu critério de divisão no inciso III, ao definir que em concorrência com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança, pois este termo é amplo, compreendendo não tão somente os bens adquiridos de forma onerosa durante a união, mas sim todos os bens, os adquiridos antes da união, e mesmo os adquiridos de forma graciosa.¹²⁹

Observamos também que Dias entende que há divisão a ser feita entre os ascendentes e os colaterais. Devendo a hipótese apresentada acima ser aplicada tão

¹²⁸ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – p. 176;

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – p. 181.

somente aos colaterais, pois quando os concorrentes forem ascendentes, aplica-se literalmente o disposto no art. 1.790, III do CC.¹³⁰

No mesmo entendimento que Dias, Caio Mario da Silva Pereira interpreta que os dois últimos incisos do art. 1.790 significam que o companheiro tem direito a sua quota da totalidade da herança, e não somente sobre os bens oriundos de forma onerosa durante a convivência.¹³¹

Zeno Veloso, por outro lado, leciona que a parte que cabe ao companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável e que o posicionamento adotado, por doutrinadores, como os acima mencionados, extrapolam o liame que o legislador impôs.¹³²

Veloso fala mais. Demonstra inconformismo com a situação criada pelo legislador, pois já estava solucionado o problema sucessório do companheiro na ausência de descendentes e ascendentes: a totalidade dos bens ficava para o companheiro, Lei nº 8.971/94, art. 2º, III, o que entende sensato, justo e razoável.¹³³ Narra ainda ser necessário reforma no CC na parte que trata da sucessão do companheiro.¹³⁴

5.1.2.3 Companheiro como único herdeiro

O companheiro sempre dividirá a metade do aqesto proveniente de forma onerosa na constância da união estável com outros parentes sucessíveis do *de cujus*, não dividindo a outra metade, pois meeiro.

Somente é assegurado ao companheiro a totalidade dos bens do companheiro, sejam os adquiridos de forma onerosa tanto durante a união, quanto anteriores a ela, bem como os adquiridos de forma graciosa se não houver nenhum outro parente sucessível, limitado ao quarto grau colateral do falecido (art. 1.839 do CC). No mesmo entendimento discorre Caio Mário da Silva Pereira.¹³⁵

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – p. 121;

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 18 ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Editora Forense: Rio de Janeiro – 2011. v. 6 – p. 139;

¹³² VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010 – pp. 178/179;

¹³³ *Ibidem* – pp. 179/180;

¹³⁴ *Ibidem* – p. 182;

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 18 ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Editora Forense: Rio de Janeiro – 2011. v. 6 – p. 139 e 143.

Gonçalves entende que o companheiro somente tem direito a receber a totalidade da herança daquilo que foi adquirido de forma onerosa durante a união estável e não havendo outros parentes sucessíveis e, existindo herança particular do *de cuius*, esta se enquadra na hipótese do art. 1.844 do CC.¹³⁶

Zeno Veloso adota posição divergente quanto à hipótese do art. 1.790, IV do CC, entendendo aqui, ser possível a aquisição do companheiro da totalidade da herança, assumindo a posição defendida por Dias e Pereira quanto à hipótese do inciso III do referido artigo que permanece a mesma em se tratando do inciso IV do art. 1.790 do CC.

5.1.3 Da concorrência entre o cônjuge e o companheiro na sucessão

O Código Civil criou uma situação e não propôs sua solução, cabendo à doutrina e à jurisprudência procurar solucionar de forma justa. A situação é oriunda do art. 1.723, §1º, segunda parte c.c. 1.830 do CC, que cria a possibilidade de sucessão concorrente do companheiro com o cônjuge separado a menos de dois anos de fato, sem culpa pela separação.

É sabido que o legislador tratou de forma diversa o cônjuge e o companheiro na hora de suceder o *de cuius*. Há mais privilégios ao cônjuge, como já demonstrado.

A questão é descobrir como solucionar o problema que o legislador criou, permitindo suceder o *de cuius*, concorrentemente, o cônjuge que está separado de fato a menos de dois anos sem ter culpa pela separação e o novo companheiro do falecido.

O Código Civil estabelece que a separação judicial enseja na separação de corpos e a partilha de bens (art. 1.575 do CC). Entendemos que com a separação do casal, cessam-se todos os deveres matrimoniais, e conseqüentemente cessam também os direitos, como demonstrado pelo referido artigo, pois se há separação de bens, não há mais que se falar em sucessão de bens que foram adquiridos posteriormente por qualquer dos cônjuges, pois já houve a devida partilha.

Esse é o entendimento do STJ no REsp. 1065209/SP em que foi relator o Ministro João Otávio de Noronha em 08 de junho de 2010, que proferiu acórdão no sentido de que o cônjuge separado de fato não faz jus a herança deixada pelo *de cuius* que foi adquirida posteriormente a decretação da separação de corpos, pois com esta,

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – pp. 177/178.

cessam-se todos os deveres, dentre eles o regime de bens. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira.¹³⁷

Independentemente do regime de bens adotado, como com a separação de fato dos cônjuges há o fim do regime de bens e, conseqüentemente, a partilha destes bens, não há que se falar, portanto, em cônjuge separado de fato ter direito a herança do *de cujus*, pois ocorreria enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC), o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

O companheiro somente faz jus à herança daquilo que adquiriu de forma onerosa com o falecido, somente fará jus à herança se participou de sua aquisição, mesmo que em nome apenas do falecido.

O artigo 1.830 do CC, na prática, não possui aplicabilidade devido ao disposto nos artigos 1.575 e 884 a 886, todos do CC, preservando a segurança jurídica.

Sobra a hipótese de o *de cujus* não ter nenhum outro parente sucessível a não ser o cônjuge separado e o companheiro. Essa situação em que o cônjuge é privilegiado (art. 1.829 do CC) ao companheiro (art. 1.790 do CC) deverá ser solucionada com base no mesmo artigo 1.575 já citado, pois com a separação encerram-se todos os deveres matrimoniais; já houve nova união do separado, que formou nova entidade familiar com um companheiro, resta a esse a totalidade dos bens deixados pelo *de cujus*, pois era o companheiro no momento do falecimento.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, o legislador procurou afastar a hipótese de concorrência entre estas figuras dando preferência ao direito sucessório do companheiro, pois considera a norma do art. 1.790, IV como especial face à norma do art. 1.830, ambos do CC.¹³⁸

Entende ainda que o companheiro somente fará jus ao bens adquiridos de forma onerosa durante a união e que ao cônjuge separado a menos de dois anos de fato caberá os bens anteriores, pois “tal proposta harmoniza-se com a orientação traçada pela Lei n. 9.278/96 (...)”.¹³⁹ No entanto, tal diploma encontra-se revogado tacitamente com a promulgação do Código Civil de 2002 que regulamentou a união estável (art. 226, §3º da CF), no que entendemos não caber tal solução ao conflito gerado pelos art. 1.723, §1º, segunda parte c.c. art. 1.830, ambos do CC.

¹³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 18 ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Editora Forense: Rio de Janeiro – 2011. v. 6 – pp. 37/38.

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 178.

¹³⁹ *Ibidem* – p. 179.

José Luiz Gavião de Almeida (Apud. PEREIRA, 2011 – pp. 37/38), apresenta a hipótese de que o cônjuge deve ser encaixado no inciso III do art. 1.790 do CC como “outros herdeiros sucessíveis” e receber dois terços da herança e o companheiro um terço da mesma. Caio Mário entende tal divisão ser injusta, pois quem estava com o *de cujus* no momento do falecimento, convivendo maritalmente, era o companheiro.¹⁴⁰

Não há que se falar em concorrência de cônjuge com companheiro do *de cujus*, pois não será possível haver comunicação dos bens que cabem a cada qual. Pode não ter havido a partilha formal, mas ao cônjuge caberá a sucessão dos bens havidos até a data da separação de fato, bem como ao companheiro caberá a sucessão dos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável. Por fim, havendo bens que não entram na partilha do cônjuge separado e nem na sucessão do companheiro, por serem anteriores ou adquiridos de forma graciosa pelo *de cujus*, caberá ao companheiro a sua totalidade na falta de outro parente sucessível.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 18 ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Editora Forense: Rio de Janeiro – 2011. v. 6 – pp. 37/38.

6. Considerações finais

No decorrer do trabalho estabelecemos o terreno para discutirmos e procurarmos uma solução para o problema criado pelo legislador no Código Civil. Este garante direito sucessório ao companheiro do *de cuius*, mas também garante sucessão ao cônjuge que se encontrar separado de fato a menos de dois anos, sem que tenha dado culpa à separação.

Para entendermos essa situação e solucioná-la, tivemos de observar como veio se desenvolvendo a sucessão no decorrer histórico mundial e nacional. Notamos que a sucessão, muitas vezes, só atingia ao primogênito homem da família, ou mesmo somente aos homens, para posteriormente alcançar as filhas e o cônjuge virago. Em uma escala mais privilegiada, encontramos o testamento, em que o proprietário dos bens poderia deixar todo ou parte dele para quem quisesse.

A família sempre foi o alicerce da sociedade, e junto com esta sempre esteve o casamento. A formação de uma família sempre teve origem no casamento. Com as mudanças sociais, como a Revolução Francesa e a Revolução Industrial saímos da manufatura e adentramos a produção por escala industrial. A mulher começou a sair do âmbito familiar a ganhar o mercado de trabalho.

Essa nova tela social interferiu de forma direta nas relações familiares; a mulher passou a contribuir com a economia doméstica, muitas vezes sendo a principal contribuinte no seio familiar. Este entre outros fatores sociais foram base para a Lei do Divórcio aqui no Brasil em 1977.

A estrutura familiar veio sofrendo transformações silentes, mas que estavam presentes e nos fizeram chegar à miscigenação que temos hoje. A família monoparental sempre existiu, pois possível o falecimento de um dos cônjuges, deixando o outro e os filhos do casal. O divórcio e a possibilidade de se contrair novo matrimônio fez surgir a família mosaico, composição de duas famílias preexistentes que se tornam uma. E assim por diante, até chegarmos em 1988, em que nossa Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar.

O direito das famílias em sua vanguarda já admite a família socioafetiva, o que observamos no dia-a-dia jurídico; estamos perdendo o conceito de que família é sinônimo de sangue e caminhando para que seja sinônimo de afeto. Percebemos tal alteração social de forma clara com a regulamentação jurisprudencial da adoção por

casais homossexuais, pois o ECA privilegia a adoção, o afeto que uma família pode dar àquela criança que precisa de proteção. Avistamos a evolução social mais recente que foi o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com direitos e deveres garantidos Constitucionalmente.

Em meio a essa transformação social no conceito e ampliação do direito das famílias, encontramos o regime de bens. Cada tipo de união entre casais pode ser regulamentado por um regime de bens determinado pelo Estado, ou pode ser escolhido pelo casal. Temos casos em que o Estado impõe o regime de separação de bens, e casos em que, para não deixar os conviventes desprotegidos, determina a comunhão parcial de bens; exceto na separação obrigatória de bens, sempre será permitido ao casal dispor de forma livre sobre como partilharão seus bens.

O regime de bens é importante, pois interfere de forma direta na sucessão do *de cuius*. Dependendo do regime, o cônjuge ou o companheiro será apenas meeiro, meeiro e sucessor ou mesmo somente sucessor. Exemplificando, no regime de comunhão universal, o cônjuge será somente meeiro se houver herdeiros da primeira e segunda classe; no regime de separação de bens, o cônjuge somente será sucessor; e no regime de participação final nos aquestos, o cônjuge será tanto meeiro, como herdeiro.

É na fase da sucessão que surge o problema que buscamos solucionar no transcorrer desta monografia. Foi garantido ao companheiro direito à sucessão do companheiro falecido (art. 1.790 do CC), mas também foi garantido ao cônjuge separado de fato a menos de dois anos, sem culpa pela separação, o direito a suceder o cônjuge falecido (art. 1.830 do CC).

Em hipótese de o *de cuius* ter deixado um companheiro, com quem estava à época do falecimento, mas também ter deixado um cônjuge, pois somente estava separado de fato a menos de dois anos, ambos tem direito à sucessão, pois o Código Civil entende ser possível o reconhecimento da união estável de pessoas que estejam separadas de fato (art. 1.723, §1º, segunda parte do CC).

Feita a confusão, o Código Civil deixou de propor solução, cabendo à doutrina e à jurisprudência tal tarefa. Primeiramente tivemos de separar os momentos em que cada um dos herdeiros teria direito a suceder o *de cuius*. O STJ ao julgar o REsp. 1065209/SP entendeu que, de acordo com o art. 1.575 do CC, a separação, mesmo que de fato, põe fim a partilha de bens, pois há a separação de corpos, quebrando-se os deveres matrimoniais e conseqüentemente os direitos também.

Nós, partilhando do mesmo entendimento, defendemos que o cônjuge terá direito sucessório daquilo que o *de cuius* tinha até o momento da separação de fato, e de acordo com o regime de bens ou pacto antinupcial estabelecido por eles.

O companheiro, como determina o art. 1.790 do CC, tem direito àquilo que foi adquirido de forma onerosa durante a união estável. Como essa somente é reconhecida se o companheiro estiver ao menos separado de fato (art. 1.723, §1º, segunda parte), não há confusão patrimonial naquilo que o cônjuge e o companheiro terão direito a herdar.

O problema que acreditamos existir é a hipótese em que o *de cuius* deixou bens que não se comunicaram à união com o cônjuge e nem à união com o companheiro (cláusula de incomunicabilidade com o cônjuge, adquiridos de forma graciosa que não se comunicavam de acordo com o regime de bens adotado), e o falecido não deixou nenhum outro parente sucessível nem mesmo testamento dispendo sobre tais bens.

Acreditamos, assim como Carlos Roberto Gonçalves¹⁴¹, que a norma do art. 1.790 do CC é especial ante a norma do art. 1.830 do CC, cabendo ao companheiro a totalidade da herança na falta de outros parentes sucessíveis, pois era o companheiro, inclusive, quem vivia maritalmente com o *de cuius*¹⁴².

Consideramos que não há hipótese de concorrência propriamente dita entre o cônjuge e o companheiro, apesar de o Código Civil criar tal situação, pois não é possível a comunicação dos bens que cabem ao companheiro e ao cônjuge porque, apesar de não ter havido partilha formal dos bens, o cônjuge faz jus somente aos bens até o momento da separação, e o companheiro faz jus aos bens havidos de forma onerosa durante a união estável. Como o nosso direito não reconhece o concubinato como entidade familiar passível de criar direitos sucessórios, não haverá concomitância de relacionamentos e de direitos.

Havendo bens que não entrem na partilha do cônjuge separado e nem na sucessão do companheiro, por serem anteriores ou adquiridos de forma graciosa pelo *de cuius*, caberá ao companheiro a sua totalidade na falta de outro parente sucessível.

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 – p. 178.

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 18 ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Editora Forense: Rio de Janeiro – 2011. v. 6 – pp. 37/38.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **União homoafetiva**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Sr. Ministro Celso de Mello. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2011;

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 07 de maio de 2011;

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 07 de maio de 2011;

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 12 de maio de 2011;

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 18 de maio de 2011;

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em 18 de maio de 2011;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 18 de maio de 2011;

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 18 de maio de 2011;

BRASIL. Tribunal de Justiça do rio grande do Sul. **Pedido de habilitação à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo**. Apelação nº 70031574833. Sr. Desembargador André Luiz Planella Villarinho. 14 de outubro de 2009. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=ado%E7%E3o+E+homoafetiva&tb=jurisnova&pesq=mentario&partialfields=%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q. Acesso em 21 de julho de 2011;

BRUNO, Denise Duarte. **Família Socioafetiva**. 04 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=60>. Acesso em 21 de julho de 2011.

CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e Brasil**. 2 triagem – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004;

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=mo no>. Acesso em 18 de julho de 2011;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6;

Estão.com.br. **De Deodoro a Dilma.** Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/especiais/de-deodoro-a-dilma,128452.htm>. Acesso em 15 de maio de 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3 ed. totalmente rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7;

GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Família Mosaico: A proteção dos filhos e o estreitamento das relações com seus genitores diante do novo conceito de família.**

Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/47/artigo170146-1.asp> . Acesso em 20 de julho de 2011;

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **História Geral do Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

Lei da XII Tábuas. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>.

Acesso em 02 de maio de 2011;

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias: de acordo com a emenda constitucional 66/2011.** 4º ed. São Paulo: Saraiva – 2011;

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. **Curso de Direito Civil 2: direito de família.** 41 ed. São Paulo: Saraiva – 2011;

Mundo vestibular. **As constituições brasileiras de 1824 a 1988**. Disponível em: <http://www.mundovestibular.com.br/articles/4551/1/AS-CONSTITUICOES-BRASILEIRAS-DE-1824-A-1988/Paacuteginal.html>. Acesso em 18 de maio de 2011.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6 ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris – 2008;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. rev e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Forense – 2010. v. 5;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 18 ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Editora Forense – 2011. v. 6;

Guia para elaboração de Trabalhos Acadêmicos. Centro Universitário Salesiano de São Paulo. 3 ed. – São Paulo: UNISAL, 2011.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS Margana Sales da Costa. **Família monoparental brasileira**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/veristajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf. Acesso em 18 de junho de 2011;

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 6 ed. – 3ª reimpressão – São Paulo: Atlas, 2006. v. 6;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 6;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 8 ed. – 2ª reimpressão – São Paulo: Atlas, 2005. v. 7;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. v. 7;