

FLAVIUS STRIKER TRIGUEIROS

**POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA AO DIREITO SUCESSÓRIO
DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITES**

**CURITIBA
2010**

FLAVIUS STRIKER TRIGUEIROS

**POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA AO DIREITO SUCESSÓRIO
DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, habilitação em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

**CURITIBA
2010**

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia:

A Deus pela possibilidade da “viagem” na convivência de uma “família” insubstituível;

Aos meus pais pelo “bilhete de entrada” e companhia pela maior parte do percurso;

Minha mãe pela atenção incansável;

Meu pai pelo exemplo de honradez e luta;

Aos meus irmãos pela companhia em boa parte do “passeio”;

Minha irmã pelo incentivo e apoio;

Meu irmão pelas batalhas, sejam as vitoriosas ou as perdidas, estas que nos forjam o conhecimento mais profundo e aquelas que nos fazem comemorar;

A minha esposa, passageira conhecida no meio da “travessia”, com a qual compartilhamos bons momentos apreciando a “paisagem”, e geramos um “novo” passageiro;

Ao Guilherme, meu filho querido, pela certeza da renovação com melhoria, e o reencontro com a pureza e com o espaço atemporal;

SUMÁRIO

RESUMO	v
I. INTRODUÇÃO	1
II. ENTIDADES FAMILIARES	5
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	5
2.2. DAS ESPÉCIES DE ENTIDADES FAMILIARES.....	21
2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	25
III. CASAMENTO	28
3.1 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.....	28
3.2. DAS ESPÉCIES DE CASAMENTO.....	31
3.3 HABILITAÇÃO E CELEBRAÇÃO.....	33
3.4 DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS.....	37
3.5 EFEITOS DO CASAMENTO.....	39
3.6 REGIME DE BENS.....	41
IV. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	45
4.1 INTRODUÇÃO.....	45
4.2 SEPARAÇÃO CONSENSUAL E LITIGIOSA.....	48
4.3 DIVÓRCIO LITIGIOSO E CONSENSUAL.....	52
4.4 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS (LEI nº 11.441/07).....	55
4.5 SEPARAÇÃO DE FATO.....	57
4.6 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66.....	58
V. UNIÃO ESTÁVEL	62
5.1 PANORAMA HISTÓRICO.....	62
5.2 ABORDAGEM PELO CÓDIGO CIVIL.....	66
5.3 TERMINOLOGIA E ESTADO CIVIL.....	68
5.4 CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	69
5.5 DOS DIREITOS E DEVERES DA UNIÃO ESTÁVEL.....	72
5.6 POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA E PUTATIVA.....	74
5.7 TERMO INICIAL E TERMO FINAL DA UNIÃO ESTÁVEL.....	75
VI. SUCESSÃO	77
6.1 CONCEITOS GERAIS.....	77
6.2 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO.....	82
VII. CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE E O CONVIVENTE SUPÉRSTITES	92
7.1 CONCORRÊNCIA SEM SEPARAÇÃO DE FATO.....	92
7.2 CONCORRÊNCIA COM SEPARAÇÃO DE FATO.....	103
VIII. CONCLUSÃO	110

RESUMO

Esta monografia aborda um dos paradoxos do extenso Direito de Família: a possibilidade da concorrência do cônjuge e do companheiro supérstites à herança do *de cujus*. Inicia-se com um histórico acerca da família e temas correlatos. Indubitavelmente uma transformação profunda se passou no âmago da família, e, felizmente, nosso ordenamento jurídico, ainda que de forma comedida, como costuma reagir às mudanças sociais, assimilou algumas dessas. A Constituição brasileira prescreveu princípios norteadores na seara do Direito Familiar, sendo o fulcro mais importante desse novo paradigma. Família não é mais apenas o arranjo social gerado a partir do casamento, como preconiza o Direito Canônico e o seu dogma da indissolubilidade matrimonial. Novas entidades familiares são admitidas em nosso ordenamento jurídico. O casamento permanece com o seu caráter formalista, contudo, àqueles não afeitos a formalismo, como numerosa parcela da população brasileira, criou-se o instituto da união estável, com regime próprio. Os institutos da separação e do divórcio apresentaram grandes transformações nos últimos anos. A Lei nº 11.441/07 permitiu aos cônjuges que não possuam filhos menores ou incapazes realizarem o divórcio ou a separação consensuais por via administrativa, sem a intervenção judicial, através de escritura pública lavrada em cartório por tabelião, tal qual a celebração de um casamento. A Emenda Constitucional 66, finalmente, atendeu um apelo de expressiva parte da doutrina nacional: agora o divórcio pode ser requerido sem separação judicial prévia, tampouco separação de fato há mais de dois anos. Parte-se, então, para o tratamento da união estável cuja regulamentação, apesar de tímida em sede infraconstitucional, abriu novos horizontes. Passa por uma visão geral da sucessão, voltando-se para as especificidades do tema da monografia. Finalmente, aborda-se a questão da possibilidade de concorrência do direito sucessório entre o cônjuge supérstite, podendo este estar separado de fato ou não do *de cujus*, e o companheiro sobrevivente. Para isso, enfrentou-se a aceitação ou não da existência de famílias simultâneas no ordenamento jurídico nacional e o controvertido art. 1830 do CC, pois tais assuntos não têm encontrado valoração uniforme tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

I. INTRODUÇÃO

Como é notório, no século anterior, a sociedade passou por transformações jamais antes experimentadas na história da civilização. Elas ocorreram num espaço de tempo muito reduzido quando comparadas às mudanças anteriores. Parece bastante apropriado lembrar o lema de Juscelino Kubitschek para a campanha eleitoral presidencial de 1955: “cinquenta anos em cinco”, isso sintetiza bem essa metamorfose.

Grande parte delas amparadas no avanço das ciências exatas, em particular eletrônica, informática e telecomunicações.

No campo da eletrônica ressalta-se a fabricação de componentes cada vez menores, com isso, possibilitando a larga produção de eletrodomésticos com pouco consumo de energia e portáteis. Na área da informática, o processamento de dados está sendo feito em um tempo muito abaixo dos milisegundos, permitindo, assim, a execução de várias instruções em apenas um segundo. Coube às telecomunicações, entretanto, as mudanças mais palpáveis ao cidadão comum. As distâncias entre as pessoas, as cidades, os países, foi reduzida drasticamente, basta uma simples digitação de palavras, um “clique” de *mouse*, e uma *web-cam* e é possível o diálogo com alguém em qualquer lugar do planeta, inclusive até no Everest, desde que se tenha disponível algum sistema de comunicação via satélite. A propósito, o telefone celular foi totalmente assimilado pela população nacional, tanto que hoje a quantidade de aparelhos habilitados suplanta o número de linhas de telefone fixo ativas, conforme informam as estatísticas da Agência Nacional de Telecomunicações.

Pontua-se, de forma relevante, as conquistas no campo biológico. As experiências genéticas e as técnicas de reprodução humana assistida abriram novas possibilidades aos enfermos e àqueles com problemas de fertilização.

Também foi sentido esse movimento nas relações familiares. O formalismo e a rigidez da composição familiar experimentaram profundas alterações. O tradicional conjunto composto de pai, mãe e filhos, tendo a autoridade paterna como centro gravitacional já não atende ao contexto atual. O afeto passou a ser o ponto culminante dessa instituição, tanto no fim do século passado quanto no despertar do novo.

Atento às transformações das relações sociais, os Colégios Positivo de Curitiba mudaram o formato da festa para os pais. Em recente entrevista ao jornal Folha de Londrina, 9 de maio de 2010, o Senhor Carlos Dorlass, diretor do grupo, afirmou a mudança dos núcleos familiares, e, em decorrência do fato, a destituição do dia das Mães e dos Pais do calendário festivo dos alunos, e, substitutivamente, estendeu a homenagem a todos da família de seus alunos.¹

Questionado se está havendo uma quebra do preconceito acerca da nova estrutura familiar, Carlos respondeu:

Do preconceito não diria, mas do paradigma, claramente que sim. Ou você acompanha o processo de mudança da sociedade ou você se coloca numa redoma. Preciso propor novas soluções. A realidade é outra e preciso zelar pela moral dos alunos. Eu acho que deve haver uma nova leitura de todas as transformações sociais. Temos casais gays em número significativamente crescente. O aluno precisa valorizar a relação familiar dele, que já não é mais composta pelos membros convencionais, pai, mãe e filhos do mesmo casamento. Temos de tudo. Tem passeatas gays pelo país inteiro. E isso acontece no mundo todo.

E isso deve ser trabalhado à exaustão. A mudança é para valorizar as novas figuras que surgem no contexto familiar. Achar que ser mãe é só colocar a criança no mundo é errado. Quero que nossos alunos saibam disso. Quero que eles reconheçam com olhar solidário quem os criou. Temos pais que acham que isso aqui é um depósito de crianças. Largam os filhos às 7 horas e só pegam às 21 horas.

Essa preocupação de um importante grupo de ensino paranaense, que se faz presente na formação desde a infância até o ensino médio, indica que as vozes ecoadas pelas profundas transformações no âmago da família já encontram ouvidos atentos.

O Direito também deve estar vigilante para o fato, sob a ameaça de se isolar numa redoma. E a função do Direito, como bem se sabe, é realizar uma dialética com a sociedade (tese e antítese), para a composição de sínteses em busca do bem-estar desta, quer seja na solução célere e justa dos conflitos, quer seja, e de forma principal, na prevenção destes.

Essa dinamicidade da sociedade atual faz com que as normas positivadas nem sempre respondam consentaneamente às questões postas. Na área do Direito de Família, ramo de interesse desta monografia, isso é bem acentuado.

¹ Por isso, a festividade agora é voltada para quem participa ativamente da educação das crianças e jovens, sejam pais, tios, avós, padrastos, madrastas, e até mesmo os novos companheiros do mesmo sexo dos pais. Isso mesmo, os casais gays também serão homenageados no evento em celebração às famílias. Especialmente se assumiram com responsabilidade a criação do aluno. O que antes era papel de pai e mãe, agora é função exercida gradativamente por outros membros da família. Relações sociais – Nova família faz escola mudar festa para pais. Reportagem de Anelise Faucz. **Folha de Londrina**. Caderno Folha Opinião. Londrina, 09 maio 2010, p. 3.

De forma comedida, esse fenômeno também está sendo captado pelo ordenamento pátrio. A Constituição operou verdadeira inovação ao abarcar em seu art. 226, além da tradicional família fundada no casamento, as composições baseadas na união estável bem como as monoparentais.

A jurisprudência, antes mesmo da nova Constituição, já vinha aplicando a justiça no caso concreto, a equidade, e reconhecendo essa nova conformação familiar.

Nesse diapasão, cabe destacar a decisão recente e pioneira da Quarta Turma do STJ ao conceder a guarda compartilhada de uma adolescente à avó e ao tio paternos. A menor convive com ambos há doze anos, desde os quatro meses de vida. Ou seja, os Ministros acataram essa conformação familiar com base no princípio do “melhor interesse da criança”.²

² Os parentes pleiteavam na Justiça tão somente consolidar legalmente uma situação fática, pois o pai da menor está preso e a mãe viaja muito em seu trabalho, não se sabendo quando estará com a filha. Buscavam, assim, o bem-estar da menor e a possibilidade de incluí-la como dependente.

O juiz singular decidiu pela extinção da guarda conjunta, oportunizando apenas a guarda exclusiva para um ou para o outro. Inconformados com a resposta jurisdicional, apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Novamente viram frustrado o pedido. Os desembargadores entenderam ser possível a solicitação de guarda compartilhada, mas inadequada para o caso em comento, uma vez que a família substituta não é formada a partir do referencial casal – marido e mulher – ou o que se assemelhe.

De forma inédita, e representando um marco para o Direito de Família, o entendimento do STJ reformou o acórdão, e prestigiou a noção de família afetiva e o princípio do “melhor interesse da adolescente”. O ministro Aldir Passarinho Junior, relator, decidiu pela viabilidade do pedido da avó e do tio ao pretenderem apenas regularizar um fato que já existe, além de destacar dois outros pontos de relevo no episódio: o desejo da menor em permanecer com os recorrentes, e a anuência dos pais que reconhecem os bons cuidados que estes dispensam à filha. O relator também afastou o entendimento do TJSP da possibilidade de um futuro desentendimento entre a avó e o tio solteiro, pois até mesmo marido e mulher são passíveis de divergências.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.138 - SP (2009/0125640-2)

RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

RECORRENTE : G C J E OUTRO

ADVOGADO : DOMINGOS ANTONIO DO NASCIMENTO JUNIOR E OUTRO(S)

RECORRIDO : H C L C E OUTRO

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido.

Há muito a ser construído na seara familiar, pois as situações fáticas encontradas em nosso país de dimensões continentais são as mais variadas possíveis.

Na complexidade da atual sociedade, os relacionamentos entre casais são cada vez mais efêmeros. Ou, algumas vezes, até mesmo simultâneos. Isso causa grande dificuldade para a determinação dos marcos temporais iniciais e finais dessas uniões, principalmente quando presente a informalidade, ou seja, existência apenas no mundo dos fatos.

Nesse cenário social, tem sido cada vez mais comum o acesso à justiça com o fito de resolver litígios acerca da concorrência de direitos entre cônjuge e convivente do mesmo parceiro. Não raro, uma das partes trata-se do concubino.

Tais litígios, em geral, trazem intrincadas relações jurídicas. Pense na hipótese da separação de fato de um casal, casado sob o regime da comunhão total de bens, com dois filhos. Portanto, não houve solução jurídica quanto ao patrimônio dos cônjuges. A seguir, um dos cônjuges, estabelece união estável e gera mais dois filhos. Por fim, esse protagonista falece sem deixar testamento (*ab intestato*). Ficaria a esposa sem patrimônio algum? E quanto à companheira? E os filhos, o que caberia aos do casamento e aos da união estável? E se não há separação de fato?

Nesse sentido, esta monografia abordará as intrigantes questões da separação de fato e do paralelismo familiar, e os seus prováveis desdobramentos quando da sucessão.

II. ENTIDADES FAMILIARES

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A história da família está entrelaçada à do casamento, à do divórcio e à do concubinato, portanto, mais do que pertinente e menos redundante visualizar a trajetória desses fenômenos sociais concomitantemente.

É bom trazer, inicialmente, a observação de Gustav Radbruch:³

“Em nenhuma das instituições jurídicas do direito privado se mostra talvez com mais evidência e dependência em que as idéias se acham em face das realidades, do que no direito matrimonial. Na verdade, é no casamento que o direito se defronta com fatos e circunstâncias tais, de ordem natural e sociológica, condicionados por determinismos de tal modo poderosos, que, não só sente incapaz de os dominar, mas se vê obrigado a transigir largamente com eles.

Como é sabido, ao fundamento natural das relações entre os sexos e da descendência, foi-se pouco a pouco sobrepondo uma crosta sociológica muito poderosa. Esta tornou-se decisiva para a forma jurídica que o matrimônio revestiu, e daí resultou que esta forma nem sempre tem sido, por isso mesmo, a tradução fiel daqueles fatos naturais. Assim se explica, na verdade, que umas vezes, o fato natural das relações entre os sexos tenha sido juridicamente reconhecido como verdadeiro matrimônio e, outras vezes, rejeitado como simples concubinato; e ainda, que o fato também natural e constante da procriação de filhos e da descendência tenha sido considerado, umas vezes, como verdadeira filiação legítima e outras como ilegítima. A evolução a que assistimos neste capítulo das relações sociais, está, porém, hoje provocando a subversão e o desaparecimento dessa crosta ou camada sociológica superveniente, de que acabamos de falar, e com isso o reajustamento entre o novo direito matrimonial e os fatos e realidades de ordem natural que lhe servem de base.”

O conceito de família foi se modificando ao longo da história da humanidade, não de forma linear, até atingir a noção moderna de ser ela o arranjo social primeiro no qual a pessoa vai se realizar e desenvolver sua personalidade, não sendo mais apenas o casamento sua base constitutiva.

Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que entender o que é família depende do auxílio de outros campos do conhecimento, pois a conceituar é o grande desafio do Direito de Família contemporâneo. Ele prefere “adotar um conceito mais profundo e entender a família em qualquer época e em qualquer espaço geográfico ou cultura,

³ Gustav Radbruch, *Filosofia de Direito*, pp. 291-292. No mesmo sentido Belmiro Pedro Welter, parafrazeando o voto do Des. Luiz Melíbio Uiraçaba Machado no acórdão de 09/08/91 transcrito no RJTJRS 152, p. 239, leciona que: “É por isso que devemos ter muito cuidado quando falamos em Direito de Família, especialmente quanto à união estável, porque ‘atinge a pessoa nas fímbrias do seu coração e mexe com que ela tem de mais íntimo e de mais precioso na sua vida. É um terreno que nós devemos sempre percorrer com extraordinário cuidado, como quem estivesse mexendo com cristais para não criar fraturas’.” Estatuto da União Estável, p. 18

acima de conceitos, muitas vezes estigmatizantes. Buscando na Antropologia e na Psicanálise, fazemos coro com Jacques Lacan e Claude Lévi-Strauss, que a entendem como uma estruturação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar, uma função.”⁴

Gustavo Tepedino é taxativo ao conceber “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.”⁵

Além de ser considerada célula da sociedade, a família é o primeiro agente socializador do ser humano. Por isso, no art. 226 a CF torna compulsória a especial proteção do Estado à família, base da sociedade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XVI, 3, prescreve: a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.⁶

Para tornar mais claro o entendimento, faz-se importante definir a sociedade sob a óptica da filosofia do direito. Giorgio Del Vecchio define-a como sendo “um complexo de relações pelo qual vários indivíduos vivem e operam conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade.” Trata-se de um fato natural, próprio ao homem, pela necessidade da convivência coletiva. Em decorrência dessa associação, estado natural, ao despertar sua autoconsciência, o homem já está “inserido em complexa rede de relações sociais.” O fundamento primeiro da sociedade é a reprodução, biológico, mas o que diferencia aquela humana da outra animal é a civilização e o progresso (idéias racionais, abstratas e gerais; além da linguagem para transmissão da experiência entre as sucessivas gerações). Ela se funda também, por ser complexa e múltipla, em outros vínculos tais como a origem (linguagem, costumes e usos etc), profissão, modos de produção e distribuição de riqueza, crenças religiosas. A sociedade é orgânica, ou seja, “composta de várias partes, que desempenham funções distintas, de modo a manter, com sua ação combinada, a vida do todo”. Esse ordenamento das várias atividades com vistas aos fins, traduz-se em uma solidariedade.⁷

⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, Da União Estável ..., p. 259

⁵ Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, p. 328

⁶ Maria Berenice Dias, Direito das Famílias, pp. 28-29

⁷ Giorgio Del Vecchio, Lições de Filosofia de Direito, pp. 460-468.

Para Pontes de Miranda homem e mulher formam um sistema, um dos “círculos mais rudimentares”, sendo cada qual parte do todo, “daí os deveres recíprocos, os direitos, que adaptam cada elemento à vida do pequeno círculo.” O par andrógino, entretanto, apesar de constituir o círculo social menor, não é ele originário, tampouco a família é a origem dos grupos sociais. Apesar de levar a crer que seria o ninho, a casa, a localização física, estes, na verdade são efeito e não causa, pois o real motivo é um elemento subjetivo. A causa é a semelhança, que implica a sociabilidade e a associação.⁸

Ele prossegue seu raciocínio afirmando que no clã os indivíduos se reconhecem parentes pela crença em uma ascendência comum denominada tóteme (ser animado ou inanimado, quase sempre animal ou vegetal). Trata-se de um grupo amorfo, líquido, com coexistência descentralizada, pois não há ainda o elemento territorial definido. A passagem do clã à família depende de uma cristalização “mais espacial e hierarquizada”. Ao acentuarem os hábitos de vida local e, por conseqüência, a solidariedade, a cooperação e os laços de coesão espacial, sucedâneos da coesão mística, “então se estabelece e fortifica o princípio da filiação paternal e se fixa a organização territorial. A família, “grupo de evolução intrínseca”, possui uma “precisa regulamentação, com a diferenciação do poder e da responsabilidade, que deixam de ser indivisos”. O fenômeno família é sociológico, não zoológico. A todos os grupos sociais “correspondem formas afetivas de entusiasmo, de dedicação, de amor e de sacrifício”. O Direito de Família estuda e regra as relações do par andrógino e as relações do círculo família.

Giorgio Del Vecchio cita que a doutrina tradicional acata a família patriarcal, “agrupamentos de consangüíneos em que o vínculo da descendência é computado relativamente ao pai e em que a este pertence a suprema autoridade”, como modelo da primeira fase da organização jurídica. Os argumentos favoráveis seriam: o nomadismo nas sociedades humanas é um fenômeno transitório; o psiquismo humano, em particular o sentimento de ciúmes, vai de encontro à absoluta promiscuidade sexual; a monogamia tem base natural, pois estatisticamente há um equilíbrio numérico entre homens e mulheres; e o culto aos mortos prescinde da descendência pela linha paterna. Um exemplo típico era a família romana.⁹

⁸ Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família, p. 44-49

⁹ Giorgio Del Vecchio, Lições de Filosofia de Direito, p. 517-519

Em oposição, continua sua exposição, para os críticos, contudo, a primeira forma de comunidade humana estaria assentada na agregação de indivíduos sem fixação territorial tampouco regras fixas, e em regime de promiscuidade, a denominada horda. Como a agricultura depende do cultivo da terra, a alimentação baseava-se na pesca e caça. À medida que iam se tornando sedentários, a promiscuidade cedia, e despontavam os vínculos da descendência pelo ramo materno (*mater semper certa est*), o matriarcado, ou seja, o núcleo da vida social e centro da família é a mulher. Não é ela, entretanto, que detem a hegemonia política (ginococracia). Em época posterior, o pai substituiu a mãe como centro da vida social, e referência para determinação do parentesco. Coube a Bachofen, em seu livro *Das Mutterrecht* de 1861, a primeira sistematização dessa teoria a partir da investigação dos indícios e da recolha de documentos inerentes a esta fase.

Conclui buscando uma composição ao propor que a evolução social não se apresentou de forma geral e uniforme, mas sim, respeitou as particularidades dos vários povos. Portanto, alguns povos passaram por outras formas de organização, principalmente do tipo matriarcal, antes do sistema patriarcal.

Com fulcro em dados da antropologia moderna, Reinaldo Pereira e Silva afirma que a atual concepção universal de família (pai, mãe e prole com identidade própria e função universal) se organizou a partir da descoberta biológica da paternidade, relação entre o ato sexual e a procriação, há seis ou sete milênios. Defensor da existência do matriarcado, sua análise é mais rica que a de Del Vecchio, pois se pauta em uma base de conhecimento mais recente. Anteriormente, as sociedades humanas “eram organizações sociais matrilineares, isto é, sociedades cujo sistema de parentesco se fazia em linha materna”. As relações estabelecidas entre homens e mulheres não eram próprias de família, mas de grupos sociais, e eram corriqueiras as relações sexuais entre integrantes de um mesmo clã, portanto, endogâmicas. Os indivíduos se envolviam completamente com o grupo, verdadeira despersonalização.¹⁰

Com o crescimento dos clãs e confrontos territoriais, houve necessidade de alianças, favorecendo a exogamia como fator de integração. Os clãs conheciam o parentesco classificatório (sem distinção específica dos integrantes do clã) e havia promiscuidade sexual. Não se pode afirmar que na Pré-História vigeu o matriarcado,

¹⁰ Reinaldo Pereira e Silva, O exame de DNA ..., p. 65-66.

pois a proteção e manutenção das mulheres, seus filhos, e seus irmãos mais novos era competência do irmão mais velho, o chefe do clã. Ou seja, “o caráter funcional da chefia do clã era masculino, porém pautado por diretrizes matrilineares, já que a estrutura organizacional girava em torno da mãe.”

Uma vez que o elo do clã se assentava na matrilinearidade, as primeiras migrações interclânicas foram do sexo masculino. As relações sexuais coletivas e efêmeras, exogamia global, foram se individualizando, até a migração total do homem ao clã da mulher, neste momento, ocorreu a formação dos primeiros casais em base sexual, com residência uxorilocal ou matrilocal. Em paralelo, por algum tempo, persistiu a exogamia global com características de poliandria, vários irmãos para uma única parceira sexual.

Mesmo após a descoberta da paternidade biológica, demorou milênios para a família patrilinear se firmar como instituição social, pois as mulheres não possuíam parceiros exclusivos, e também porque a educação das crianças cabia à comunidade. Com o passar do tempo, passou a ocorrer migração das moças, e, principalmente, o incesto, antes vedado às relações sexuais com a mãe, atingiu a figura do pai, e, a seguir, dos irmãos entre si. O parentesco descritivo (pai, mãe, tios, irmãos, primos, sobrinhos), apesar de neste momento ser flexível, impõe a propriedade privada das terras e dos animais. Com o sistema patriarcal, o pai passou a ser o chefe do clã, não mais o irmão mais velho. Passou-se da poliandria para a poliginia, e, finalmente alcançou a monogamia. Com esta, a regra geral de parentesco e, por decorrência, da sucessão hereditária, assentou-se na paternidade biológica.

A mulher assumiu nova função, a de assegurar a pureza da descendência. Foi-lhe retirada a liberdade sexual, mas “assegurou-lhe o exercício pleno da maternidade”, com “identidade própria no contexto familiar”.

Nas civilizações da Antiguidade a procriação surgiu como a finalidade principal do matrimônio. É possível apreender outras características: a possibilidade da dissolução do casamento (em boa parte dessas sociedades, o homem tinha o direito ao repúdio da mulher, principalmente em decorrência da impossibilidade de gerar prole), e superioridade de direitos assegurados aos homens em relação às mulheres.¹¹

¹¹ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito de Família, pp. 3-4.

Na Roma Antiga, a constituição familiar era diversa e numerosa. A adjetivada família patriarcal, centrada na figura do *pater familias* e seu poder absoluto, era composta pelos cônjuges, por seus filhos, pelos parentes dos consortes, por outros agregados, e por escravos. As demais civilizações da época também se estruturavam, grosso modo, dessa maneira, mas o que pode ser destacado era a predominância da consangüinidade e a religiosidade nos agrupamentos familiares.

O afeto não era determinante na estrutura familiar romana. Os membros da família se agrupavam para a perpetuação do culto familiar, a religião doméstica para cultivar os antepassados.

Nas primeiras épocas da história romana, o casamento se revestia de 3 formas: *confarreatio*, para os patrícios; *coemptio*, para os plebeus; e o *usus*, em que a aquisição da mulher era pela posse, uma espécie de usucapião. Em todas elas a mulher e seu patrimônio passavam para a *manus maritalis*. Havia ainda o casamento celebrado *sine manus*, no qual a mulher não rompia o vínculo com sua família originária, com o lar paterno.¹²

Com o passar do tempo, o formato foi se alterando, e passou-se a requerer a capacidade, a ausência de impedimentos e o consentimento dos contraentes (*justae nuptiae*).

Admitia-se a ruptura do casamento de duas maneiras: pela vontade unilateral de um dos cônjuges, através do repúdio; ou pela vontade comum do casal, por meio do divórcio. Apesar da faculdade, os casos eram raríssimos.¹³

O concubinato foi autorizado pelas Leis Júlia e Papia Poppaea. Tratava-se de imperfeita comunhão de vida, quase-casamento, e diferenciava-se da *justae nuptiae*, pois esta possuía a *affectio maritalis* e sua finalidade social e familiar. Analogamente, havia uma relação de fato peculiar aos escravos, o *contubernium*, que durava enquanto aprovesse ao homem.¹⁴

Os costumes, com o passar dos anos, foram se degradando e os divórcios prosperaram. Por outro lado, o cristianismo passou a ser gradativamente adotado, e os imperadores cristãos passaram a fazer uma oposição ao divórcio.

Constantino, em 331 d.C., estabeleceu a permissão do repúdio baseado em causa que o justificasse, sem esta, o consorte estava sujeito a punições. O divórcio

¹² Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil: Direito de Família, p. 15.

¹³ Clóvis Beviláqua, Direito da Família, p. 282

¹⁴ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil: Direito de Família, p. 19.

permanecia livre. No último período do Direito Romano, o divórcio por consenso mútuo desapareceu, e para os casos de iniciativa individual limitaram-se os motivos do pedido.¹⁵

A Igreja Católica, apoiada na moral pública e com a autoridade de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, combateu o concubinato insurgindo-se contra a tolerância por ele desfrutada nos Concílios de Toledo (ano 400), Basiléia (431) e Latrão (1516), condenando-o no Concílio de Trento (1545-1563). O atual Código de Direito Canônico (1983), considerando-o jurídica e socialmente nocivo, estabelece sanções aos concubinos (cânones 1.395, § 1º, e 1.093).¹⁶

No século XII a Igreja Católica acatou o dogma da indissolubilidade do casamento em sua doutrina, e o Direito Canônico estabeleceu a condenação ao divórcio.

Por volta do século XIV, surgiu o período histórico conhecido como Renascimento, delimitando o final da Idade Média e o início da Idade Moderna. A Europa passou por transformações, e os novos conhecimentos científicos aprendidos colocaram em dúvida a fé católica. O homem da Idade Média se comportava como sujeito passivo das leis extrínsecas - cujos autores eram desconhecidos, observador rigoroso dos textos, e seguidor sem críticas das autoridades. Na Renascença libertou-se o espírito crítico humano, após longo período reprimido pelos excessos do dogmatismo.¹⁷

Aliado a isso, atravessava-se uma nova onda de dissolução de costumes: a prostituição aumentava; os concubinatos eram mais freqüentes, proporcionando uma multiplicação de filhos bastardos; o homossexualismo era mais nítido.

Nesse cenário, não tardou o aparecimento de movimentos religiosos contrários à doutrina católica através da dita Reforma, que originou diversas religiões protestantes. O protestantismo, com seus ideais de mudança, sintonizava-se com o espírito progressista daquele tempo. Para Lutero o casamento não era um sacramento por ser coisa exterior e mundana, também Calvino admitia o divórcio para os seus seguidores.¹⁸

¹⁵ Clóvis Beviláqua, *Direito da Família*, p. 283

¹⁶ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, p. 19.

¹⁷ Giorgio Del Vecchio, *Lições de Filosofia de Direito*, p. 74.

¹⁸ “Quer na Alta, quer na Baixa Idade Média, esse ‘poder temporal’ abre as portas para a doutrina matrimonial da escolástica, somente posto em debate, mais tarde, com o Renascimento e o movimento da Reforma. Ocupa lugar de destaque o casamento na disputa de poder político entre a

A Igreja Católica reagiu, e através do Concílio de Trento, reafirmou o dogma do sacramento do matrimônio para os católicos e a indissolubilidade do vínculo matrimonial, e regulamentou-o: expedição de proclamas, publicados por três vezes no domicílio dos contraentes; celebração pelo pároco, ou outro sacerdote, na presença de duas testemunhas pelo menos; expresso consentimento dos nubentes e coroamento da cerimônia com a bênção nupcial.¹⁹

Dessa forma, além de assumir a exclusividade da celebração do casamento, também o tornou uma instituição mais sólida, contribuindo para preservar a propriedade no âmbito familiar. Tratava-se de um contrato celebrado em comunhão com Deus, e não passível de ser distratado livremente pelas partes. “Não separe, pois, o homem o que Deus uniu!”.²⁰ Para o Direito Canônico o casamento vem a partir da divindade, e é a única forma de constituição da família legítima. Seu fim principal é a procriação. Para a Igreja Católica, somente pode haver relação sexual após o casamento. Em segundo lugar, vem o mútuo auxílio e, por último, o lado afetivo.

O casamento não privilegiava o afeto entre os nubentes, e sim os interesses econômicos e políticos das famílias. Em geral, isso causava a infelicidade daqueles cônjuges forçados a essas uniões, e o adultério passou a se tornar freqüente. Apenas em raríssimos casos a Igreja Católica permitia a anulação do casamento, através de um processo lento que poderia demorar anos e que dependia da intervenção direta da Santa Sé.

A doutrina das religiões protestantes mostrava-se mais flexível quanto às relações de família e começou a influenciar o pensamento dos legisladores. Também avessos a essa rigidez, outras correntes filosóficas pressionaram, o que resultou na “laicização” do casamento.

Apesar de toda essa atmosfera de progresso, a Igreja Católica permanecia muito forte politicamente, fazendo com que o Direito Canônico interferisse sobremaneira na regulação do casamento pelo Direito Civil, inclusive proibindo o divórcio. As codificações civis, evidenciando sua submissão, adotaram a visão contratual católica do casamento e outras prescrições canônicas tais como os requisitos exigidos aos nubentes, solenidades preliminares para verificação desses

Igreja e o Estado nos albores e no transcurso dos séculos XVI, XVII e XVIII.” Luiz Edson Fachin, *Direito de Família*, p. 58.

¹⁹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, p. 15.

requisitos e dar publicidade ao ato, e fórmulas para a celebração deste. O casamento tornou-se um contrato oficializado por uma autoridade pública, não mais por um representante religioso.

Portanto, o Direito de Família fundou-se sob os alicerces da preservação do patrimônio, da propriedade, as relações familiares desenvolviam-se sob essa óptica patrimonialista. As núpcias eram negociadas pelos pais dos cônjuges, e a família daí surgida, objetivava a perpetuação do nome e do patrimônio construído pelos ancestrais. Manter a família patriarcal servia aos interesses das classes dominantes e da Igreja Católica, em detrimento do ser individual.²¹

Nos países de religião protestante, entretanto, o divórcio era admitido. O casamento não era um dogma sacramental, mas um contrato celebrado livremente pelas partes e que poderia ser distratado quando melhor aprouvesse ao casal ou a um dos cônjuges, respeitava-se a autonomia privada.

Em que pese a reprovação católica, o divórcio foi sendo assimilado pelos diversos ordenamentos jurídicos. Na Inglaterra, desde 1857, o *matrimonial act* o tornou possível. Na França foi implantado em 1792 e ratificado pelo Código Napoleônico em 1804. Em 1816, foi extinto do ordenamento e restabelecido em 1884. A aceitação em Portugal foi a partir de 1910. Na Alemanha, o instituto é antigo, no entanto, a esparsa e complexa legislação que o disciplinava só veio a ser completamente redefinida em 1976, a partir de alterações sobre a Lei Matrimonial de 1946. No México sua regulação data de 1928. Na Itália, somente em 1970 foi implantado. Nos países da América do Sul, afirmando a força exercida pela Igreja Católica, o divórcio só foi implantado na Argentina em 1987 e no Chile, mais tardiamente, em 2004. Hoje, está plenamente implantado em todos os países, mesmo naqueles cuja religião predominante é o catolicismo.

²⁰ São Marcos, Capítulo 10, Versículos 2-10.

²¹ “A ideologia da família patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constroem as relações de afeto. Elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega-se juridicidade a quem afronta o normatizado. Mas com essa postura negam-se não só direitos – nega-se a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito do sistema jurídico. Só que situações reais não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.” Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 71-72

Inquestionável é a importância da Igreja Católica na história ocidental, sobretudo nos países ibero-americanos como o Brasil, bem como sua fidelidade aos seus princípios. Em geral, sua opinião é conservadora, refratária a mudanças abruptas, como se sente, na atualidade, na sua repulsa às uniões homossexuais, à fertilização in vitro e à utilização de células-tronco derivadas de embriões para pesquisas científicas. A grande influência exercida por ela e a sua obstinada oposição fizeram com que o repúdio ao divórcio, por ir de encontro ao dogma de indissolubilidade do casamento, ficasse arraigado no espírito da população.

Seu posicionamento acerca de qualquer assunto, principalmente nos temas relacionados com o Direito de Família e mudanças de paradigmas sociais, atrai o interesse das pessoas, e condiciona muitos de seus seguidores, que representam grande parcela da população brasileira.

Quanto à realidade brasileira, durante a colonização vigoraram as Ordenações impostas por Portugal, que em matéria de casamento se reduziam à Bula Eclesiástica do Concílio Tridentino.²²

Apenas em 1861 houve a primeira lei conflitante com os ditames católicos. É curial lembrar que, à época, os registros dos nascimentos, óbitos e casamentos era de competência da Igreja. O cenário social exigia uma forma de casamento mais ampla e compatível, em decorrência da imigração e do derramamento de novas crenças. Ela veio regular o casamento dos acatólicos, cuja maioria era composta de imigrantes protestantes, em conformidade com seus próprios ritos religiosos. Concessão muito limitada, pois os juízes seculares tinham competência apenas para resolverem questões acerca do conhecimento e das dispensas de impedimentos, assim como sobre a nulidade do ato, permanecendo as demais questões de competência dos grêmios da cristandade. Ou seja, apesar da nova lei, ainda assim era difícil contrair matrimônio com efeitos civis diante do Direito nacional para os não católicos.²³

Após a proclamação da república, o Decreto nº 181, Lei do Matrimônio, de janeiro de 1890, instituiu o casamento civil no Brasil, com o propósito da separação dos poderes temporal e espiritual. Instituiu o registro civil do casamento, nascimento e óbito. Desde então, coexistem casamento civil e casamento religioso. Também

²² Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito de família no novo código civil brasileiro*, p.113.

²³ Clóvis Beviláqua, *Direito da Família*, p. 55

previu o divórcio, mas este apenas com a finalidade da dissolução da sociedade conjugal.

Alguns pretenderam avançar mais, e durante os trabalhos preparatórios da Constituição republicana de 1891, defenderam a adoção do divórcio no Brasil. Não tardou, e em 1893, Érico Coelho propôs o primeiro projeto de divórcio. Nova tentativa ocorreu em 1900, através de Martinho Garcez, não sendo aprovado por grande interferência de Rui Barbosa.

O Código Civil de 1916 assimilou as disposições do Decreto nº 181 no que tange à dissolubilidade da sociedade conjugal, do artigo 315 ao 324, contudo modificando a designação de divórcio para desquite. O vínculo matrimonial permanecia íntegro, impedindo os cônjuges desquitados de contraírem novas núpcias.

A conformação social, retratada por Rosana Fachin²⁴, desse período era “uma sociedade patrimonialista”, que propiciou, progressivamente, a apropriação privada do patrimônio público através do latifundismo; e “uma estrutura familiar predeterminada”, matrimonializada (fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico), hierarquizada (julgada ao *pater familias* colonial) e patriarcal. Esse cenário só servia “para dividir pessoas e classes; não apenas a sociedade se dividia; de uma parte, os abastados e livres, de outra, os submetidos (indígenas, negros, mulheres, campesinato), assim também o eram o Estado, a Igreja e o Direito que celebravam o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado. Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão.” O surgimento do Direito de Família foi gestado nesse contexto social e embalado pelo Código Civil de 1916, daí o caráter de exclusão que separa as pessoas e as instituições na sociedade, o sistema jurídico e a maioria da população.

O dogma católico da indissolubilidade do casamento foi elevado pela primeira vez à categoria de princípio constitucional em 1934. A Constituição Republicana de 1934 regrou em seu art.144 que a família, constituída pelo casamento indissolúvel, estava sob a proteção especial do Estado; além de prever sempre recurso de ofício, sob efeito suspensivo, para as ações de desquite e de anulação. O exemplo da

²⁴ Rosana Amara Girardi Fachin, Em Busca da Família do Novo Milênio, pp. 30-36

indissolubilidade foi seguido nas constituições seguintes: em 1937 no art.124; em 1946 no art.163; em 1967 no art.167, §1º e em 1969 no art.175, §1º.

Essa normatização constitucional acarretava uma grande dificuldade para permitir o divórcio, pois seria necessária uma emenda constitucional, e seu quorum de aprovação específico, anterior a uma lei infraconstitucional.

Grande avanço no sentido de igualar a condição da mulher à do homem, ocorreu em 1962, um ano venturoso para o movimento feminista. Em agosto, com a promulgação da Lei nº 4.121, as mulheres casadas, até então consideradas relativamente incapazes, tiveram seus direitos civis reconhecidos.

Nos anos seguintes, o Congresso Nacional foi o palco de verdadeiras batalhas travadas entre divorcistas, liderados pelo advogado baiano e deputado Néelson Carneiro, e antidivorcistas, sob o comando do Monsenhor Arruda Câmara, deputado por Pernambuco; com sucessivas vitórias destes.

Em 12 de março de 1975 foi apresentada a Emenda Constitucional nº 5 cuja proposta visava alterar a redação do art.175 para permitir a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete anos de separação de fato. Apesar de a maioria ter votado a favor, não foi atingido o quórum de dois terços, necessários para a aprovação da emenda.

O momento era mais que oportuno, pois a leitura social já o reclamava.²⁵ Crescia o número de desquites, e, à margem da lei, era comum as pessoas constituírem segundas famílias. O preconceito para com os desquitados e seus filhos, apesar de estar mais mitigado, ainda provocava efeitos psicológicos negativos nas suas mentes. Apenas a legalização do divórcio permitiria a essas pessoas regularizarem suas situações familiares. Entretanto, o legislador, sabedor da forte influência exercida pela Igreja no eleitorado brasileiro, não queria se indispor com esta e ter seus planos futuros ameaçados, portanto, não o referendava.

²⁵ Essa foi a leitura social de Sílvio Rodrigues em 1978: "Enquanto em minha mocidade os casos de casamento de desquitados eram menos freqüentes e suscitavam algum reparo, multiplicando-se as hipóteses de casamento no estrangeiro para dourar as aparências, em minha idade madura o quadro é inteiramente diverso. Os casos de ligações entre desquitados, com todos os requisitos externos de um verdadeiro casamento, desde a pequena classe média até os escalões mais ricos da sociedade, são inumeráveis. E a idéia de casar com mulher ou homem desquitado se apresenta com a maior naturalidade aos espíritos das gerações mais novas. Isso no passado não era assim correntio e principalmente a moça solteira via com muita reserva e não pouco receio a perspectiva de um enlace com homem desquitado. É que são tantas as pessoas em tais condições, foram tamanhas as modificações ocorridas no entretempo, que a moral comum evoluiu". Sílvio Rodrigues, O Divórcio e a Lei que o Regulamenta, p. 9

Para os defensores do divórcio, este seria apenas um remédio legal para tutelar os interesses daqueles envolvidos numa separação, e não a causa dos rompimentos conjugais. Muito coerente, uma vez que não sendo legalmente instituído, como poderia ser motivo das separações que ocorriam no seio da sociedade? Os antivorcistas alegavam que a liberação do divórcio traria uma enxurrada de ações, a proliferação da poligamia, e a conseqüente degradação moral corromperia toda a sociedade.

Após várias batalhas perdidas, a oposição capitulou, e, finalmente, em uma sessão conjunta do Congresso Nacional, em 28 de junho de 1977, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9 que deu nova redação ao art.175, §1º da CF 1969. Essa aprovação só foi possível em decorrência de uma manobra anterior, pois a Emenda Constitucional nº8, de 14 de abril de 1977, reduziu o quorum necessário para aprovação de emendas constitucionais para apenas maioria absoluta dos votos do Congresso Nacional, quando antes era de dois terços.²⁶

A regulamentação infraconstitucional veio com a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, Lei do Divórcio. Além da instituição do divórcio, ela alterou a nomenclatura “desquite” para “separação judicial” e revogou o Direito de Família constante no título IV, livro I do Código Civil de 1916. A vitória, no entanto, só foi possível mediante uma série de concessões aos antivorcistas, tais como restringir o direito ao divórcio a uma única vez, e passível de exigência somente após três anos de separação judicial.²⁷

Ao resgatar a dignidade daqueles casais cujas uniões estavam excluídas da legislação, dando-lhes a possibilidade de regularizar uma situação fática, a previsão legal do divórcio no Brasil representou um marco no Direito de Família.

²⁶ Rui Ribeiro de Magalhães ressalta o empenho do Senador Nelson Carneiro: “Os ares do divórcio sopravam por todo o território nacional, e o Senador Nelson Carneiro foi o responsável pelo ressurgimento do tema. Naquela noite memorável o Congresso Nacional coroou de glória a incansável batalha travada pelo Senador Nelson Carneiro, aprovando a Emenda Constitucional n. 9, que introduziu o divórcio na legislação brasileira, quebrando a indissolubilidade do vínculo matrimonial.”. Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito de Família ...*, p. 115.

²⁷ Como registrou Rosana Fachin: “Com a introdução no país da Lei do Divórcio, apesar de diversos setores da sociedade, especialmente a Igreja, se manterem contrários a essa inovação, foi possível registrar uma mudança no curso das relações familiares na medida em que se propiciou o reconhecimento jurídico de inúmeras uniões de pessoas “desquitadas”, até então impossibilitadas de contrair novos casamentos. Esse marco histórico no Direito de Família contribuiu, portanto, para que um grande número de pessoas que viviam em uniões não formalizadas, sujeitas a uma certa censura social, fizessem sua opção.” Rosana Amara Girardi Fachin, *Em Busca da Família do Novo Milênio*, p. 79.

Washington de Barros Monteiro, com sua conclamação, retrata bem os opositores ao divórcio:²⁸

Contudo, mantenho o que afirmei nas edições anteriores deste livro. Estou persuadido de que preciso será combater o divórcio, porque ele é contrário à ordem natural e ao bem da família. Nada comprova que ele torne a sociedade mais feliz.

Nesse mesmo viés, outro marco comemorado, como apontado por Rosana Amara Girardi Fachin²⁹, é a Constituição Federal de 1988. Consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana; reconheceu novas entidades familiares (expressamente a união estável e a família monoparental), estendendo-lhes a especial proteção do Estado anteriormente destinado exclusivamente à família matrimonializada; reduziu os prazos da conversão da separação em divórcio para um ano, e para o pedido do divórcio direto para dois anos a partir da separação de fato, através do art.226, §6º.

Com a nova Constituição, os seguintes princípios informadores da família apontados por Orlando Gomes³⁰ foram albergados: da paridade dos cônjuges; da igualdade de todos os filhos; da *ratio* (fundamento) do casamento e da vida conjugal, esta determina que o novo fundamento é a afeição entre os cônjuges e “a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”.

Ocorreu, então, a publicização do Direito de Família. Como bem observou Paulo Lôbo:³¹

É tão notável a influência do Estado na família que se cogitou da substituição da autoridade paterna pela estatal. Há um certo exagero nessa perspectiva. O sentido de intervenção que o Estado social assumiu foi antes de proteção do espaço familiar, de sua garantia, mais do que sua substituição. Até porque a afetividade não é subsumível à impessoalidade da *res publica*.

Gustavo Tepedino ressalta que:³²

²⁸ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil: Direito de Família, p. 224.

²⁹ “A longa evolução social e legislativa experimentada pelo Direito de Família passou por diversos momentos relevantes, no curso do século XX, assinalando-se a dissolubilidade do vínculo matrimonial como o grande marco histórico. A partir daí, supera-se o conceito único de família matrimonializada e principia-se um caminho plural cujo ápice será encontrado na Constituição de 1988. Os princípios constitucionais do Direito de Família, assinalando um novo tempo, são normas que vinculam o aplicador e se sobrepõem às regras ordinárias, cabendo, sob esse juízo de supremacia, solver eventuais dilemas de constitucionalidade, diretamente (no caso concreto) ou abstratamente (atacando a lei específica)”. Rosana Amara Girardi Fachin, Em Busca da Família do Novo Milênio, p. 77.

³⁰ Orlando Gomes, Direito de Família, p. 21,23.

³¹ Paulo Lôbo, Famílias, pp. 4-5

³² Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil, p. 328.

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importante papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.

No ano seguinte, foi editada a Lei nº 7.841/89 a fim de revogar os arts. 38, que só permitia o divórcio uma única vez, e art. 40, § 1º, que determinava o divórcio direto fundado em culpa, da Lei do Divórcio. A seguir, a Lei nº 8.408/92 retificou os prazos da Lei do Divórcio, para compatibilização com o art. 226, § 6º da Constituição Federal.

Uma análise mais detida do Código Civil de 2002, quanto ao Direito de Família, leva à conclusão que o mesmo somente compilou as leis já existentes. Apesar disso, revogou o conteúdo material da Lei do Divórcio, restando vigente desta os dispositivos de ordem processual.

Outro avanço, agora visando à desburocratização e à celeridade procedimental, foram os comandos da recente Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, ao facultar a separação e o divórcio consensuais em tabelionato, perante o notário, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes e decorridos os prazos legais necessários.

A família patriarcal, numerosa, foi gradativamente, ao longo dos séculos, reduzindo-se. A família preponderante hoje é aquela constituída pelo homem, a mulher e os filhos gerados a partir dessa união. Esse formato, entretanto, não exclui outros arranjos sociais, reconhecidos pela legislação brasileira como entidades familiares.

A família não é mais célula do Estado, e sim da sociedade civil, finda sua função política. Também caiu a função religiosa de perpetuação do culto domiciliar. O mesmo se diz da função econômica, pois não é ela mais unidade produtiva. Por sua vez, a função de reprodução também não goza mais do status de outrora, a verificar pelo número de casais sem filhos, por livre escolha, realização profissional, ou infertilidade.³³

³³ Paulo Lôbo, Famílias, pp. 2-3

Essa nova conformação familiar é o resultado de todas as mudanças ocorridas na sociedade, em especial as dos últimos tempos. Rosana Fachin³⁴ atribui à atividade profissional feminina, à industrialização e à urbanização o remodelamento da família na sociedade de massas contemporânea. Não há como negar que essas causas estão umbilicalmente atreladas à expansão da atividade capitalista no mundo.

Não é diferente o entendimento de José Lamartine Corrêa de Oliveira³⁵, ao constatar que o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear atual resulta de “profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina)”.

A repersonalização, ou despatrimonialização, do Direito³⁶ revela um novo papel destinado à família. Esta se transforma em um instrumento voltado ao desenvolvimento da personalidade dos seus indivíduos tendo por essência o afeto³⁷. É a família eudemonista, que busca a felicidade, solidariedade, respeito mútuo, compreensão entre seus integrantes, mas também na relação com as outras entidades familiares, em oposição à vetusta visão patrimonialista original do núcleo familiar que se limitava à formação de um patrimônio comum, à procriação e à educação dos filhos. Este é o pensamento de Sérgio Gischkow Pereira.³⁸

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais. (...) A maior solidariedade e fraternidade na família repercutem em uma coletividade mais solidária. Renunciar à solidariedade, em nome de um pensamento econômico brutalmente concorrencial e predador, que sacraliza o enriquecimento patrimonial e o consumismo

³⁴ “A família do século XX foi marcada pela insurgência da atividade profissional da mulher, que se intensificou a partir do movimento feminista da década de sessenta e pelo ímpeto “modernista” da sociedade brasileira, decorrente do aumento da industrialização e da urbanização. Rosana Amara Girardi Fachin, Em Busca da Família do Novo Milênio, p. 54.

³⁵ José Lamartine Corrêa de Oliveira, Curso de Direito de Família, p. 12.

³⁶ Conforme Paulo Lôbo, “a repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo proprietário. A repersonalização, posta, nesses termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar, no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro”. Paulo Lôbo, Famílias, pp.15-16.

³⁷ “Nesta linha, a família, neste final de século, ganha um novo contorno, passando a ser o centro de realização da pessoa, uma comunhão de afeto, o seu fim último de vida em sociedade.” Rosana Amara Girardi Fachin, Em Busca da Família do Novo Milênio, p. 131.

³⁸ Sérgio Gischkow Pereira, Direito de Família ..., p.18.

desenfreado – que passam a ser fins em si mesmo – levará à deterioração e destruição dos laços sociais, com aumento da pobreza, desemprego e violência.

Orlando Gomes³⁹ faz uma análise familiar sob o aspecto do desenvolvimento econômico, conforme classificação da socióloga italiana Laura Balbo. Na primeira fase, pré-industrial, o papel da família consistia na atividade produtiva, com a participação de todos os membros, sob a chefia autocrática, no próprio lar. Na fase seguinte, a da revolução industrial, a produção passou a ser nas fábricas, e nos primeiros tempos não havia possibilidade do desenvolvimento familiar em decorrência da longa jornada de trabalho, inclusive de mulheres e menores. Na terceira e última fase, a do capitalismo avançado, a família caracteriza-se pela ampliação das tarefas de satisfação das necessidades dos seus membros, função de consumo, sendo que, muitas das prestações que eram próprias das famílias passaram a ser realizadas por terceiros.

Quanto à natureza da família, há três teorias: a tradicional, para a qual a família é um núcleo ou grupo social; a da subjetividade jurídica, da qual é uma variante a teoria da pessoa jurídica; e a do ordenamento autônomo, pela qual a família emitiria seu próprio direito. Nenhum ordenamento considera a família organização social com ordenamento autônomo. Tampouco grupo personificado, embora haja normas esparsas nesse sentido; como em matéria previdenciária que cria uma união de pessoas sob a dependência do titular do direito previdenciário, ou aquelas que regulamentam os financiamentos dos sistemas financeiros de habitação, ao perquirir a renda familiar como critério para a aprovação do cadastro. Assim, “todas as legislações continuam a ver na família aquele grupo social básico que a lei disciplina mediante a regulamentação da posição jurídica que, nele e para ele, assumem os seus membros.”⁴⁰

2.2. DAS ESPÉCIES DE ENTIDADES FAMILIARES

A realidade da família brasileira é retratada através dos dados divulgados anualmente pela “Síntese de Indicadores Sociais – Uma Análise das Condições Sociais de Vida da População Brasileira” publicada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de

³⁹ Orlando Gomes, Direito de Família, pp. 16-17

⁴⁰ Orlando Gomes, Direito de Família, pp. 11-12.

Geografia e Estatística) com base na PNAD (Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio).⁴¹

A Síntese de 2009, baseada nos dados de 2008, indica que a consanguinidade continua sendo o eixo principal de união de pessoas que convivem juntas. 88,1% dos arranjos são de pessoas com parentesco, 0,3% compõem os demais arranjos e 11,6% são unipessoais. Interessante observar que em 1998 as percentagens eram 91,3%, 0,3%, e 8,4% respectivamente, ou seja, os arranjos consangüíneos diminuem em decorrência do aumento dos unipessoais, fato mais destacado nas Regiões Metropolitanas de Porto Alegre e do Rio de Janeiro. Essa tendência acompanha o que vem ocorrendo nas cidades mais desenvolvidas do continente europeu.

Os arranjos consangüíneos estão assim distribuídos: casal com filhos representam 48,2% (em 1998 eram 55,8%), casal sem filhos são 16,6% (em 1998 eram 13,3%), mulher sem cônjuges com filhos são 17,2 (em 1998 eram 16,7) e outros tipos representam 6% (em 1998 eram 5%). Essa queda dos casais com filhos atribui-se à diminuição da taxa de fecundidade.

A taxa de urbanização cresceu de 79,6% em 1998 para 83,8% em 2008, e a taxa de fecundidade reduziu de 2,43 em 1998 para 1,89 filhos em média por mulher em 2008.

A Carta Magna quis, em seu art. 226, evidenciar a existência de outras espécies de entidades familiares em nosso país ao lado daquela fundada a partir do casamento: aquelas decorrentes de uma união estável, e as famílias constituídas por um dos pais e seus descendentes.

Paulo Lôbo cita as seguintes unidades de convivência encontradas na sociedade brasileira, explicitando que a relação não está esgotada.⁴²

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente estes;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos, ou apenas estes (união estável);

⁴¹ <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindic_sociais2009/indic_sociais2009.pdf>

⁴² Paulo Lôbo, Famílias, pp. 56-75.

- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos, ou apenas estes (entidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos (entidade anaparental);
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

O que se extrai de essência da intersecção das características dessas várias entidades familiares é: a afetividade como seu elemento fundante e seu próprio propósito; a estabilidade; e a convivência pública e ostensiva.

A doutrina dominante acata a existência somente dos três tipos expressamente abarcados pelo art. 226 da CF, o que compreende os itens de (a) a (f) da relação anterior, deixando os demais fora da relação de Direito de Família. Aos excluídos resta apenas a tentativa de comprovar a existência de sociedade de fato, seara obrigacional, para partilhar o patrimônio adquirido pelo esforço comum, é o teor da Súmula 380 do STF. A jurisprudência também tem sido comedida.

Aqueles que entendem não se tratar de *numerus clausus* vêm a análise atenta dos comandos emanados do próprio art. 226 como cláusula de inclusão das várias entidades familiares encontradas na realidade social brasileira, encontrando aí o princípio do pluralismo das entidades familiares.

Gustavo Tepedino enfatiza a partir do “exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a

milénar proteção da família como instituição, unidade de produção, e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada, à dignidade de seus membros”.⁴³

Destarte, excluir algumas entidades familiares da tutela jurídica afrontaria, em última análise, a dignidade da pessoa humana de seus integrantes, pois a “proteção da família é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana.”⁴⁴

Apesar de grande recalcitrância da doutrina e da jurisprudência, há vozes fortes admitindo a tutela das famílias homoafetivas em campo jurídico familiar, não obrigacional. Luiz Edson Fachin faz uma construção com fulcro no art. 5º da CF para explicitar o direito à orientação sexual.⁴⁵

Mais tormentosa ainda é a questão de famílias paralelas, seja um casamento e uma ou mais uniões estáveis, seja mais de uma união estável simultaneamente. A rejeição ao fato assenta-se principalmente no princípio da monogamia⁴⁶, e subsidiariamente à impossibilidade do Estado tutelar mais de uma família ao mesmo tempo⁴⁷.

Carlos Eduardo Pianovski lembra que a monogamia é uma regra destinada a impedir múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado, e não um princípio do direito estatal da família.⁴⁸

⁴³ Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 349

⁴⁴ Paulo Lôbo, *Famílias*, p. 62

⁴⁵ “Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º da CF 88), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (artigo 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.” Luiz Edson Fachin, *Direito de Família*, p. 121

⁴⁶ “De qualquer maneira, restaria uma dificuldade para que se admitisse o concubinato no ambiente do Direito de Família por conta da necessária compatibilização com o princípio da monogamia, acolhido implicitamente em nosso sistema pelo art. 1521 do CC.” Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das Famílias*, p. 389.

“Reconhece-se que o concubinato é questão sensível e difícil, ante os valores monogâmicos majoritários da sociedade brasileira, o que torna sempre controvertida qualquer solução jurídica.” Paulo Lôbo, *Famílias*, p. 166.

⁴⁷ “O concubinato, assim considerado aquele adúltero ou paralelo ao casamento ou a outra união estável, para manter-se a coerência no ordenamento jurídico brasileiro – já que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo -, poderá valer-se da teoria da sociedade de fato e, portanto, no campo obrigacional.” Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de Família ...*, p. 265

⁴⁸ Carlos Eduardo Pianovski, *Famílias Simultâneas e monogamia*, p. 200.

Maria Berenice Dias assevera que negar a existência de famílias paralelas é não ver a realidade, pois a omissão jurídica não as evita. Com isso, são cometidas enormes injustiças ao atentar contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes, e ofender o princípio da livre escolha da entidade familiar. Se a pluralidade for pública e ostensiva, não há deslealdade, mas a ação afronta à ética e à boa-fé ao desprezar os deveres familiares perante ambas as famílias. A invisibilidade jurídica beneficia aquele que participa das várias entidades familiares simultaneamente, ao permanecer com a titularidade patrimonial e ser desonerado dos alimentos para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro.⁴⁹

2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A situação de clausura, mero aspecto simbólico, em que se encontravam os princípios constitucionais, por força do individualismo e do liberalismo jurídicos que não toleram a intervenção estatal, mesmo que seja o Poder Judiciário, nas relações privadas, mais pronunciadamente na área econômica, modificou-se. Os grilhões não resistiram, e romperam diante das forças sociais, o que representou um dos maiores avanços do direito brasileiro, mormente a partir da CF 88, pois permitiu aos magistrados, através da sua mediação concretizadora, a realização principiológica constitucional.⁵⁰

Por estarem no topo da pirâmide legal, os princípios constitucionais se irradiam e devem ser observados em sede de Direito de Família. A doutrina não é uniforme na enumeração dos mesmos, mas há um núcleo que pode ser observado.

O primeiro e centro de gravidade dos demais, é o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado no art. 1º da CF 88 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Ao destacar a pessoa, quis o legislador máximo canalizar todos os institutos jurídicos à realização de sua personalidade. Como pondera Maria Berenice Dias “tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa

⁴⁹ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, pp. 48-49.

⁵⁰ Paulo Lôbo, Famílias, p. 34.

dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.”⁵¹ Por lógica, pelo seu caráter onipresente, também projeta seus efeitos sobre todo o complexo das relações privadas experimentados na sociedade, sob o risco, da sua não observância, de ruir todo o sistema constitucionalmente arquitetado.⁵²

O princípio da solidariedade encontra guarida no preâmbulo da CF 88 ao prever uma sociedade fraterna, bem como no art. 3º, I ao constituir como objetivo fundamental a construção de uma sociedade solidária. Trata-se de um dever mútuo entre os indivíduos, pois a existência depende da coexistência. Os comportamentos individuais devem se orientar para possibilitar a convivência social. Desdobra-se a solidariedade em fraternidade e reciprocidade.

O Estado não deve trazer para si a responsabilidade de prover todos os direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão. Usa, então, a solidariedade para gerar deveres recíprocos entre os integrantes da família, sendo esta uma técnica originária de proteção social. Como exemplo notório, aparece o direito a alimentos.

O princípio da igualdade está intimamente ligado à idéia de justiça, e prevê que a regra é a isonomia, contudo, o respeito à diferença deve prever desigualdades em variadas situações sociais de forma a estabelecer a igualdade material. No Direito de Família, o princípio provocou profundas transformações ao equiparar homem e mulher, entidades familiares, e as várias espécies de filiação previstas nas leis antigas.

O princípio da liberdade garante aos cidadãos o livre poder de constituição, realização e extinção de entidades familiares, mas sempre delimitado pelos demais princípios, em especial ao da igualdade.

A atribuição de valor jurídico ao afeto resultou no princípio da afetividade, que tal como a bússola a indicar o Norte, deve nortear as relações familiares. Privilegia

⁵¹ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 60.

⁵² Nessa direção, alerta Paulo Lôbo: “Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matrizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente”. Famílias, p. 38.

as considerações acerca da estabilidade das relações socioafetivas e da comunhão de vida sobre aquelas de caráter patrimonial ou biológico.

O princípio da convivência familiar está expresso na art. 227 da CF. É a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum.⁵³ Pode ser percebido no direito de visita do pai não guardião ao filho e dos avós aos netos.

Do mesmo dispositivo legal, ao realçar com absoluta prioridade o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar vários direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, surge o princípio do melhor interesse da criança. Tal tratamento diferenciado assenta-se na maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento⁵⁴, e responsáveis por um futuro mais fraterno da sociedade brasileira. Esse princípio deve ser ampliado para também privilegiar o idoso, como se infere do art. 230 da CF.

A assimilação desses princípios emanados da CF e das conformações das atuais entidades familiares é indispensável para a compreensão do posicionamento daqueles que pugnam pela possibilidade da coexistência paralela entre núcleos matrimonializados e não matrimonializados, como será visto em capítulo próprio.

⁵³ Paulo Lôbo, Famílias, p. 52.

⁵⁴ Maria Berenice Dias, Direito das Famílias, p. 65.

III. CASAMENTO

3.1 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

No ensinamento de Francisco Amaral⁵⁵, o sistema de Direito é construído a partir de elementos de natureza essencialmente técnica e formal. Cabe destacar os principais: as normas jurídicas públicas (as contidas nas leis, sentenças, atos administrativos) e privadas (quando nos contratos); os institutos são conjuntos de normas que disciplinam uma determinada relação jurídica (v.g. o casamento); as instituições, de natureza sociológica, são grupos sociais dotados de uma determinada ordem e uma organização interna, que se criam e se justificam por um fim comum (v.g. a família); os conceitos são construções mentais de objetos, indivíduos ou fenômenos (v.g. pessoa), produtos de uma atividade de abstração, e usados para o trabalho de elaboração jurídica; as categorias são os conceitos mais universais, os gêneros supremos.

Na tradição ocidental, a definição de casamento, extraído dos cânones da Igreja Católica Apostólica Romana, é o vínculo que une homem e mulher para a constituição de uma família legítima. Esse ato solene retirava a noção de pecado do contato sexual entre homem e mulher, agora unidos sob as bênçãos da Santa Igreja e livres para a reprodução. “Crescei-vos e multiplicai-vos”⁵⁶. Santo Agostinho assim definiu os bens do casamento: *proles, fides, sacramentum*. A prole representa o fim primordial do casamento, a fé é o dever mútuo entre os cônjuges, e o sacramento, instrumento da graça, faz da união conjugal um veículo para a santificação.⁵⁷

A natureza do casamento era de um contrato que não poderia ser distratado, pois o compromisso assumido pelo casal era diante da Igreja, perante o próprio Deus. Este contrato-sacramento tinha uma natureza divina, não passível de regulação pelo direito positivo dos homens. O que era unido por Deus não poderia ser separado pelos homens, conforme determinado por Cristo⁵⁸

Julgou, Clóvis Beviláqua, a seguinte definição como sendo a mais completa:⁵⁹

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e

⁵⁵ Francisco Amaral, *Direito Civil: Introdução*, pp. 7-8

⁵⁶ Gênesis, Capítulo 1, Versículo 28.

⁵⁷ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, p. 14

⁵⁸ Evangelho de São Mateus, capítulo 19, 1-9 e evangelho de São Marcos, capítulo 10, 9.

⁵⁹ Clóvis Beviláqua, *Direito da Família*, p. 34

comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Pontes de Miranda formulou sua definição de casamento nos seguintes termos:⁶⁰

O casamento é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Após discorrer sobre a definição, Pontes de Miranda acaba por sintetizá-la: “casamento é o contrato de direito de família que regula a vida em comum (não só a união sexual) entre o varão e a mulher”. Salaria que “basta a comunhão de vida no sentido espiritual e social”, pois o casamento do estéril é equivalente aos demais. Apesar de destacar que o casamento se faz por meio de um contrato especial, de direito de família, e ganha existência jurídica e efeitos civis pelo registro civil, lembra que esses efeitos “não são, de regra, contratuais, - resultam do instituto mesmo”. Ressalva que as definições de casamento são marcadas pela incerteza e temporariedade de todas as coisas sociais, pois servem para caracterizar seu tempo e lugar.

Sílvia Rodrigues define casamento como sendo “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”⁶¹

Washington de Barros Monteiro conceitua o matrimônio “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 os seus filhos”.⁶²

Percebe-se nas definições de Rodrigues e Monteiro o forte caráter de regularização da união sexual para procriação, e, como consequência direta, a criação dos filhos. Numa outra visão, desatrelada à questão da reprodução, José Lamartine Corrêa de Oliveira, entende ser o casamento “negócio jurídico de Direito

⁶⁰ Pontes de Miranda, Tratado de Direito de Família, p. 93-94

⁶¹ Sílvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, p. 19

⁶² Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, p. 11

de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial”.⁶³

O estudo da natureza jurídica do casamento principiou com a concepção clássica, individualista, proveniente do direito canônico, e acolhida pela Escola do Direito Natural. Para esta, trata-se, o casamento, de uma relação puramente contratual, estabelecida por acordo entre os cônjuges. Esse pensamento influenciou o Código de Napoleão e as demais legislações de maneira a discipliná-lo como negócio jurídico contratual.⁶⁴

Como conseqüência lógica, e contrária ao que se queria sustentar, a natureza contratual ensejava sua dissolução por um simples distrato, fruto do mútuo consentimento.

A idéia de reduzi-lo a mero contrato é refutada por Washington de Barros Monteiro, explicitando que adotar essa postura “será equipará-lo a uma venda ou uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades”. Defende ele a doutrina supra-individualista, “que vislumbra no casamento, um estado, o estado matrimonial, em que os nubentes ingressam. O casamento constitui assim uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.”⁶⁵

A terceira via, eclética, prega o matrimônio como tendo uma natureza de ato complexo, apresentando características tanto contratuais como institucionais.

Esse é o posicionamento de Sílvio Rodrigues ao sustentar que “o casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, a qual é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento contrato de direito de família.”⁶⁶

Somam-se a essas concepções, outras duas. A do ato-condição de Duguit, ao se configurar como uma declaração de vontade mediante a qual o indivíduo se coloca numa situação jurídica pessoal, a do estatuto jurídico do casamento, com

⁶³ José Lamartine Corrêa de Oliveira, Curso de Direito de Família, p. 125.

⁶⁴ Orlando Gomes, Direito de Família, p. 47

⁶⁵ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, p. 13.

os direitos e deveres inerentes à posição assumida. E a dos que vêm no casamento um acordo, negócio jurídico constituído a partir da convergência de interesses, soma de vontades, enquanto no contrato a constituição está fundada em interesses divergentes, síntese de vontades.

Sílvio de Salvo Venosa ensina que o casamento “amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos.” No seu todo extrínseco (vida em comum, direitos e deveres, assistência recíproca, educação da prole), entretanto, sobressalta uma “estrutura jurídica cogente predisposta”, uma instituição mais sociológica do que jurídica. Em suma, negócio complexo, pois o casamento-ato é um negócio jurídico, e o casamento-estado é uma instituição.⁶⁷

José Lamartine Corrêa de Oliveira afirma que no Brasil o casamento é negócio jurídico bilateral, o que destaca ser um ato de autonomia privada. Afasta o termo “contrato”, pois este, em regra, restringe-se aos negócios patrimoniais, mais especificamente, aos negócios jurídicos bilaterais de Direito das Obrigações. A autonomia de vontade se faz sentir na liberdade de casar-se ou não, de escolha do cônjuge, da opção pelo regime de bens, da determinação do domicílio do casal etc. A liberdade de casar-se, inclusive, como tendência da melhor doutrina, “corresponde a um direito fundamental do ser humano, pois que tutela interesse fundamental do homem.” Contemporaneamente, o casamento possui uma concepção “personalista, ou seja, um casamento a serviço do pleno desenvolvimento das potencialidades da personalidade humana.”⁶⁸

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a nova perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de dissolução consensual do casamento em cartório, portanto, sua formação e sua extinção atrelados ao alvídrio das partes, “é sinal indicativo da sua natureza negocial.”⁶⁹

3.2. DAS ESPÉCIES DE CASAMENTO

A doutrina cita as seguintes espécies de casamentos: civil, religioso com efeitos civis, nuncupativo, por procuração, putativo, consular.

⁶⁶ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil: Direito de Família*, p. 22

⁶⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito de Família*, pp. 25-26

⁶⁸ José Lamartine Corrêa de Oliveira, *Curso de Direito de Família*, pp. 126-129.

⁶⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 100

O casamento civil, instituído com a secularização do Estado, ato solene que é, realiza-se perante o oficial do Cartório do Registro Civil, sob a presidência do juiz de paz, e na presença de testemunhas. Regula-se pelo Código Civil, que trata da sua validade e seus efeitos, tanto na constituição quanto na dissolução.

A natureza civil do casamento está assentada no art. 1.512 do CC. O artigo prescreve a gratuidade da sua celebração, mas não do processo de habilitação. Este é oneroso, sendo gratuito apenas para as pessoas juridicamente pobres, comprovadas na forma prevista da Lei nº 1.060/50.

O casamento religioso com efeitos civis surgiu com a CF 1934. Na verdade, a norma buscava concentrar em um ato a costumeira prática de dois atos matrimoniais distintos: o religioso e o civil. O primeiro em homenagem à tradição da cerimônia religiosa com a autoridade eclesiástica e toda a pompa da qual se revestia a celebração. O casamento era registrado nos anais da sede da paróquia. O segundo em decorrência da passagem do Estado católico para o Estado laico, admitindo todas as modalidades de credo religioso, e a necessária transferência da cerimônia religiosa para a cerimônia civil.

Dessa forma, os nubentes poderiam deflagrar o processo com os proclamas e depois eles levariam a habilitação para a Igreja, onde seria celebrado o casamento religioso, e este produziria os efeitos civis necessários. O ministro religioso passou a ser competente para também celebrar a cerimônia civil.

A Lei nº 379/37 regulamentou o casamento religioso com efeitos civis. Desde a CF 1946 as duas espécies estão albergadas constitucionalmente. Hoje está regulamentado nos arts. 71 a 75 da Lei nº 6.015/73 e no art. 1.516 do CC., sendo previsto o casamento com prévia habilitação, perante o Oficial do Registro Civil, e o casamento com habilitação posterior. Neste caso, há o prazo de noventa dias a contar da celebração do casamento religioso, renovável com nova habilitação, para requerer o registro junto ao cartório expedidor da certidão.

O casamento nuncupativo ou *in extremis*, regrado nos arts. 1.540 e 1.541 do CC, é uma forma extraordinária prevista para os casos em que um dos nubentes está em iminente risco de morte, e tem por fundamento a legitimação dos filhos e a dignificação do companheiro. O único requisito é a presença de seis testemunhas que não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau, com os nubentes, dispensando as formalidades legais regulares. As testemunhas devem comparecer perante a autoridade judicial para confirmar o casamento, ou, caso o

enfermo convalesça, este sozinho pode ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro. Em qualquer hipótese, o assento de casamento terá seus efeitos retroagidos, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração.

O art. 1.542 especifica o casamento por procuração, cujo objetivo é permitir às pessoas casarem quando não puderem estar presentes por razões justificáveis. A outorga deve ser por instrumento público com poderes específicos para o casamento. A validade do documento é de noventa dias. Da mesma forma, só por instrumento público o mandato pode ser revogado. Se esta revogação não chegar ao conhecimento do mandatário, e o ato for celebrado, responde o mandante por perdas e danos. Trata-se de casamento anulável, exceto se sobrevier coabitação entre os cônjuges pela dicção do art. 1.550, V do CC. A questão do casamento de ambos os nubentes por procuração, ainda que sejam diversos os representantes, não é pacífica.

Conforme previsão do art. 1561 do CC, o casamento é putativo quando apesar de nulo ou anulável, for contraído de boa-fé por ao menos um dos cônjuges. Com relação aos filhos, os efeitos sempre subsistem. O mesmo vale para o cônjuge de boa-fé, para o qual os efeitos são válidos até a data da sentença anulatória, *ex nunc*; uma vez que sua pretensão de constituir família, em conformidade com a lei, deve ser considerada. Mas para aquele que agiu de má-fé o efeito da sentença é *extunc*, ou seja, os efeitos a ele não aproveita.⁷⁰

O art. 1.544 prevê o casamento de brasileiro no exterior perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, opção dada caso ele não queira se sujeitar à legislação local. Quando do retorno de um ou de ambos os cônjuges, o casamento deve ser registrado no prazo de cento e oitenta dias no cartório do respectivo domicílio, ou, na ausência, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

3.3 HABILITAÇÃO E CELEBRAÇÃO

Para a validade do casamento, negócio jurídico solene que é, há necessidade do atendimento, por parte dos nubentes, a pressupostos legais extremamente rígidos.

É bom destacar que, diferentemente do que ocorria em passado recente, o noivado não é tido mais como uma promessa de casamento, como uma obrigação que os noivos assumem em relação a executar a promessa de casar.

Estes atos preparatórios, que antecedem ao matrimônio, devem ser realizados pelas partes diante do oficial do Registro Civil. Consistem em: habilitação para o casamento, publicação dos editais, registro dos editais.

Este sistema é bastante antigo e é obedecido pela maioria das legislações, aquelas dos países onde predominou a Igreja Católica Apostólica Romana e as outras religiões desta decorrentes.

Na habilitação para o casamento os noivos, pretendentes ao matrimônio, vão se apresentar perante o Ofício de Registros Públicos com a finalidade de trazer à prova a sua capacidade matrimonial (arts. 1.517 a 1.520 CC), ou seja, o casal, além de possuir a capacidade civil, também não deve possuir qualquer impedimento legal que vede os nubentes de casar. Ambos devem instruir o requerimento com os seguintes documentos (art. 1.525 CC e Lei dos Registros Públicos): certidão de nascimento; declaração de estado civil; do domicílio, e da residência atual e de seus pais, se conhecidos; certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio; declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar.

Se os noivos não tiverem a capacidade legal, deve ser juntada a autorização de consentimento dos pais. O juiz pode suprir o consentimento dos pais, seja quando ocorrer divergência entre ambos, seja se ambos denegarem sem justa causa, ou apenas aquele que exerce o poder familiar de forma exclusiva.

O art. 1.520 do CC traz exceções para permitir o casamento de quem não tem a idade núbil, dezesseis anos. São elas: evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Não havendo impugnação por parte do Ministério Público, nem de terceiro, e constatado pelo oficial a ordem da documentação, a próxima etapa é a publicação dos editais. Caso haja, a habilitação deve ser submetida ao juiz. Trata-se dos proclamas – editais afixados no edifício onde se celebrará o casamento, postos a público. Pode-se publicar também na imprensa para que a publicidade da intenção

⁷⁰ Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito de Família, p. 121

dos noivos de casar alcance maior projeção. A importância é possibilitar que qualquer pessoa que conheça algum impedimento matrimonial, manifeste-se e traga-o a público. Esses proclamas também são publicados no Diário Oficial.

O edital fica exposto pelo prazo de quinze dias (art. 1.527 CC). Excepcionalmente, poderá haver a dispensa dos proclamas, na hipótese de um casamento de urgência.

No caso de viagem ou transferência, os noivos devem requerer ao juiz de família, por meio de petição, as razões da necessidade de urgência. Esta petição pode ser feita por procurador com poderes específicos. O juiz, verificando a existência de motivos plausíveis, dispensa o procedimento e os prazos do proclamas. Há vários outros motivos para isso, tal como noivo ou noiva em estado terminal.

Uma vez transcorrido o prazo, o fato imediatamente vai a registro. O oficial de registros públicos emite a certidão declarando que os noivos estão habilitados para casar, tendo essa habilitação validade de noventa dias (art.1.532 CC). Os noivos devem casar dentro deste prazo.

O casamento pode ser realizado por procuração quando as partes não podem estar presentes na cerimônia. No caso de transferência se discute muito se deve ser apressado o consentimento ou se deve haver o casamento por procuração. O bom senso diz que o juiz deverá verificar o caso concreto.

A celebração do casamento é gratuita conforme preceitua a CF no art. 226, §1º e o CC no art. 1.512, e está regradada entre os arts. 1.533 e 1.542 do CC.

De posse da certidão os contraentes, em petição, solicitam a designação de dia, hora e local da celebração do ato à autoridade que o presidirá. Normalmente os contraentes deixam assinado um formulário impresso no próprio Cartório de Registro Civil, encarregando-se o Oficial do preenchimento dos claros.⁷¹

Toda vez que a lei usar as expressões juiz, autoridade celebrante, presidente do ato ou autoridade competente para presidir o ato quando da celebração do casamento, refere-se ao juiz de paz. A competência está expressa no art. 98, II da CF 88.

O local da celebração, em geral, é o próprio cartório. Nada impede a escolha de outro, mas deve haver a anuência da autoridade. Pode ser uma Igreja; em alguns

⁷¹ Rui Ribeiro de Magalhães, Direito de Família no Novo Código Civil, p. 67

estados, há na Vara de Família uma sala dos casamentos; na residência de um dos contraentes.

Deverão estar presentes duas testemunhas pelo menos. São identificadas essas pessoas também como padrinhos. Podem ser parentes.

Existe uma característica importante do matrimônio a ser observada: sendo realizado em edifícios públicos não há problema, o acesso a qualquer pessoa é permitido. Mas sendo realizado em edifício particular, a legislação brasileira, bem como outras no Direito Comparado, exige que as portas fiquem abertas para que qualquer um tenha acesso e possa opor impedimentos.⁷² O número mínimo de testemunhas se eleva para quatro quando da realização em edifício particular.

Na cerimônia do casamento, a autoridade celebrante deve fazer a abertura da cerimônia declarando do que se trata. Por fim, após ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, determina a lei que o celebrante declare efetuado o casamento nos seguintes termos: “de acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”. Deixam de ser nubentes e passam a ser cônjuges. O assento de casamento vem pronto, basta a assinatura da autoridade, do oficial de registro, dos nubentes e das testemunhas. Se um dos nubentes não sabe ou não pode assinar devem ser quatro testemunhas.

Outro requisito extremamente relevante é a informação quanto ao regime de bens dos noivos que regerá a sociedade conjugal. Essa escolha deve ser feita durante o processo de habilitação mediante escritura pública do pacto antenupcial. No silêncio, reduz-se a termo a opção pelo regime da comunhão parcial.

A cerimônia será suspensa caso algum dos contraentes recuse a solene afirmação da sua vontade, declare que essa não é livre e espontânea, ou mostrar-se arrependido. O nubente que motivou a suspensão não pode se retratar no mesmo dia, apenas no dia seguinte pode voltar atrás no que falou.

⁷² Paulo Lobo, *Famílias*, p. 92.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem uma ponderação em relação à publicidade: “Ademais, a publicidade do ato deve ser entendida, hodiernamente, de forma mais racional e em harmonia com o caráter aberto e plural da sociedade. Essa publicidade exigida do casamento não tem, por certo, o desiderato de propiciar espetáculo, nem saciar a curiosidade alheia, mas, tão-somente, permitir a arguição de impedimentos – o que, aliás, é raríssimo, mais presente nos folhetins de novela

3.4 DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Os impedimentos são os limites ou restrições a serem observados de forma a contrair o casamento dentro de uma retidão, perfeita harmonia. O Código Civil de 2002, em boa hora, acabou por simplificar a matéria, sendo possível classificá-los em duas grandes categorias:⁷³

1) as causas impeditivas do casamento ou impedimentos absolutos (art.1.521 CC) que são vedações, proibições, obstando os nubentes a casarem sem a observância destes requisitos. Se desobedecidos estes requisitos, o casamento será inquinado de nulidade conforme teor do art. 1.548, II do CC, por afrontarem o interesse geral;

2) as causas suspensivas ou suspensões (art.1.523 CC) que não vão impedir os noivos de casarem. Se alguém aqui se enquadrar, a autoridade deve suspender a celebração, cabendo às partes interessadas suprir os eventuais problemas que impedem a consumação da celebração. Se consumada a celebração, os cônjuges infratores vão se sujeitar a uma determinada sanção civil, qual seja, a imposição do regime de separação obrigatória de bens (art. 1641, I CC), com a intenção de evitar a confusão patrimonial.

O impedimento, em sentido estrito, é a impossibilidade de alguém casar com determinada pessoa, ou seja, há uma relação pessoal. A incapacidade é ausência de aptidão genérica, é situação daquela pessoa. Pode ser relativa ou absoluta. Quando relativa, *v.g.* casamento de menor de 16 anos, há a possibilidade de ser suprida ou sanada judicialmente, se absoluta, *v.g.* casamento de pessoa casada, nada pode sanar.

Dos sete itens arrolados, o casamento de pessoas casadas trata-se de incapacidade absoluta em função do regime monogâmico. Outros cinco decorrem de vínculo biológico, por afinidade ou civil - decorrente de adoção. O principal objetivo é manter a moral das famílias, adicionalmente, para o biológico, que é um parentesco natural, acrescenta-se a possibilidade da prole apresentar doenças genéticas. Também o caráter moral motiva o último impedimento absoluto que obsta o cônjuge sobrevivente casar com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. O crime deve ser doloso como já pacificado.

do que na vida real. Por isso, é preciso entender com mais prudência e cautela a exigência de portas abertas de prédios particulares.” Direito das Famílias, p. 167.

O impedimento deve ser oposto no prazo da publicação dos editais, mas o caput do art. 1.522 do CC protraí-o para até o momento da celebração do casamento desde que a pessoa seja capaz. No momento em que houver a denúncia, a autoridade deverá interromper a celebração para investigar. Pelo parágrafo único do mesmo dispositivo legal, a mesma regra se aplica ao juiz e ao oficial de registro, bastando que declarem a existência do impedimento.

Mesmo assim, se realizado o casamento, sua decretação de nulidade pode ser requerida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público por meio de ação direta.

Quanto às causas suspensivas, assim que sejam supridas as deficiências encontradas, o casamento deve retomar o curso normal.

Os incisos I e III se reportam à necessidade da partilha dos bens no caso da dissolução de sociedade conjugal anterior, tanto para o divorciado, no interesse do ex-cônjuge, quanto para os viúvos, no interesse dos filhos. Necessário que o viúvo ou a viúva, com a morte do cônjuge, providencie a abertura do inventário. O prazo para esta é de trinta dias a contar do falecimento do cônjuge, segundo o Direito de Sucessões. Na prática, isto nem sempre acontece. Hoje é mais simples porque há a partilha de bens perante escritura pública diante de um tabelião.

O inciso II, mulher até após dez meses da viuvez ou da invalidade do casamento, mantém-se muito mais por uma antiga tradição, cujo intuito era evitar a *turbatio sanguinis*, em eventual nascimento de filho nesse período. Algo totalmente obsoleto, pois há formas científicas com bastante precisão, não obstante o exame do ADN não ser absoluto, pois apresenta uma margem de erro, mas, mais do que isso, pode haver misturas ou trocas durante a manipulação do material genético, ou mesmo o laudo ser forjado etc.

O inciso IV refere-se ao tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Visa proteger os menores ou incapazes da cobiça dos seus representantes legais.

Os nubentes podem pedir dispensa ao juiz de família da aplicação das causas previstas desde que provem a ausência de prejuízo aos terceiros

⁷³ Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito de Família, pp. 63-64

interessados (herdeiros, ex-cônjuge e pessoa tutelada ou curatelada), ou, no caso do inciso II, a mulher deve provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez.

Por fim, o art. 1.524 do CC menciona as pessoas que podem argüir a suspensão. Estão limitadas aos parentes em linha reta e aos colaterais em segundo grau de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins. Deve ser aventada durante o processo de habilitação, e a forma é a escrita e com as provas do fato alegado (art. 1.529 CC).

3.5 EFEITOS DO CASAMENTO

Os efeitos do casamento estão regrados entre os arts.1.565 e 1.570 do CC 2002. Foram divididos em espécies: as relações de natureza pessoal e as relações de natureza patrimonial.

O fundamento geral se encontra no art. 1.565, que, em sintonia com a prescrição constitucional, concebe a igualdade entre homem e mulher na condução do casamento. Não há mais a figura do cabeça de casal, e sim há união objetivando uma vida em comum, ter uma realização pessoal em conjunto. Os direitos e deveres são comuns.

Dessa maneira, desenvolverão laços afetivos e filhos em conjunto e tentarão produzir um patrimônio em conjunto. Comandarão em conjunto o destino que a família deve tomar, iniciando com o planejamento familiar, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, e o uso do sobrenome do outro, tanto por um quanto pelo outro.

O artigo seguinte prescreve os deveres comuns aos cônjuges: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

O matrimônio, uma vez constituído, dará origem à sociedade conjugal, cria-se verdadeira sociedade pela união de caminhos, de esforços.

A fidelidade recíproca é aspecto antigo, muito estudado na época do Direito Canônico, revestia-se da preocupação da legitimidade dos filhos, do marido ter certeza de que os filhos nascidos da sua mulher são seus: *mater semper certus est, pater semper incertus est*. Havia, também, a idéia da exclusividade das relações sexuais. Hoje o significado é muito mais voltado à questão da transparência, pois ao se escolher uma pessoa para conviver, deve-se dividir tudo. O Código principia por

ela por lhe reputar o caráter de “essência matrimonial, expressão máxima da monogamia, dever de ordem moral que os cônjuges devem observar em nome do equilíbrio e da constância da sociedade conjugal, motivo pelo qual a lei também o exige.”⁷⁴

A vida em comum no domicílio conjugal era entendida como o dever de coabitação. Na ideologia, na política matrimonial, cada um morar no seu apartamento não se coaduna. Inerente à coabitação, havia correlatamente o débito conjugal, categoria jurídica cujas origens estão no Direito Canônico, que é “o dever de um cônjuge de ceder à vontade do par e atender ao desejo sexual do outro.”⁷⁵ Havia a obrigação do marido de prestar a relação sexual com a mulher, e esta tinha o direito de a querer. O débito conjugal de um deles era causa de separação judicial. Quando se verificava a impotência *couendi* – impossibilidade da prestação sexual – podia-se requerer a anulação do casamento.

Paulatinamente, no Direito do século XX, houve um abrandamento desse preceito canônico que era considerado em grau absoluto. Excepcionalmente, poderia se admitir pessoas que vivessem em casas diferentes. Não se pode obrigar pessoas a conviverem na mesma casa. Não é a relação sexual que justifica o casamento. Há uma relativização deste dever de coabitação, inclusive o próprio art. 1.569 do CC é de grande inteligência: o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

A mútua assistência pode ser entendida como a cumplicidade dos cônjuges. Nela está compreendido “o amparo recíproco nos momentos difíceis da vida, quer sejam de natureza econômica, quer sejam causados por enfermidades de toda espécie. O casamento pressupõe não só a união corpórea, mas também a comunhão espiritual, a repartição das alegrias e das tristezas, de maneira que nesses momentos um deve assistir ao outro, emprestando o seu concurso para aliviar a carga aflitiva, e não contribuir para que ela se agrave ainda mais.”⁷⁶ Trata-se

⁷⁴ Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 108-109

⁷⁵ Maria Berenice Dias, *Manual de Direito de Famílias*, p. 242

⁷⁶ Rui Ribeiro de Magalhães, *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 110

de “forma específica de materialização da solidariedade social (e familiar) abraçada como princípio da República pelo art 3º da *Lex Fundamentalis*.”⁷⁷

Como desdobramento deste, e indispensável ao cotidiano do casal há o respeito e consideração mútuos, como regras do trato social.

O dever de guarda, sustento e educação dos filhos é o mínimo moral que se espera dos pais. Não parece ser decorrente do casamento, mas sim do exercício de uma paternidade ou maternidade com responsabilidade. Aos direitos de exercer a sua sexualidade, cabem aos pais o dever de amparar e cuidar da sua prole em prol de uma sociedade melhor.

3.6 REGIME DE BENS

Como decorrência natural da comunhão de vida entre marido e mulher, surge também uma comunhão de interesses econômicos, tais como propriedade dos bens, administração patrimonial, gozo e disponibilidade dos direitos patrimoniais e a responsabilidade por dívidas. Não há, portanto, casamento sem regime de bens.

De acordo com Orlando Gomes o regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis a sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges. Esse estatuto compreende as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre a sociedade conjugal e terceiros.⁷⁸

Como lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o regime de bens não contempla todas as relações econômicas oriundas do matrimônio, portanto, trata-se de “um estatuto econômico-base ou um estatuto mínimo das relações patrimoniais que decorrem do casamento, ressalvados determinados efeitos econômicos.” Citam a título ilustrativo das ressalvas a obrigação alimentícia, o usufruto e a administração de bens de filhos menores e a sucessão hereditária.⁷⁹

Submetem-se essas relações econômicas a três princípios básicos: variedade de regimes; liberdade de estipulação por pacto antenupcial; mutabilidade motivada condicionada à chancela judicial.⁸⁰

⁷⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das Famílias*, p. 194

⁷⁸ Orlando Gomes, *Direito de Família*, p. 165.

⁷⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Famílias*, p. 212

⁸⁰ Art. 1.639 CC. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

O CC 2002 disponibiliza aos futuros cônjuges quatro regimes de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação e comunhão de aquestos. Os aquestos são os bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

A escolha se dá por um pacto antenupcial, é livre e assentada na autonomia privada. Logo, podem ser misturadas disposições de espécies diversas, sempre respeitando a boa fé, mas não é permitido regular relações pessoais entre os cônjuges.

Trata-se de um negócio jurídico formal, e com a sua execução temporal bem definida: durante o procedimento de habilitação para o casamento.

Pode ser alterada, a teor do art. 1.639 § 2º CC, contudo, mediante processo judicial provocado por pedido motivado do casal.

A ausência do referido pacto, ou seja, o silêncio das partes enseja a incidência supletiva legal do regime de comunhão parcial, como expresso no art. 1640 CC.

Há casos, entretanto, que a lei obriga a aplicação do regime de separação de bens. Esses casos estão arrolados no art. 1.641 do CC: casamento de pessoa com causa suspensiva da celebração; casamento de maior de sessenta anos e casamento de pessoa mediante suprimento judicial. Disso resulta uma subdivisão do regime de separação de bens em separação obrigatória e separação convencional.

Na comunhão universal, os bens passados, presentes e futuros se comunicam. Há um único acervo patrimonial, o comum, esse absolutismo é mitigado por conta do art. 1.668 do CC. Em sentido diametralmente oposto, na separação, os bens passados, presentes e futuros não se comunicam, o que se evidencia são as relações de afeto. Há dois patrimônios: o do marido, e o da esposa. O que é comum ao casal, diz respeito à divisão das despesas com a manutenção da família.⁸¹

Na comunhão parcial formam-se três patrimônios: um do marido, outro da esposa, e o terceiro comum. Comunicam-se os bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento (art. 1.658 do CC). Compõem os patrimônios individuais os bens arrolados pelo art. 1.659 do CC, com destaque ao inciso I: os bens

§ 2o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Art. 1.653 CC. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

anteriores ao enlace, e os posteriores, na constância do casamento, por doação ou herança, e os sub-rogados em seu lugar. Importante informar que a boa prática aconselha quando da elaboração das minutas contratuais deixar expressa a condição de bem sub-rogado pela disposição de outro particular.⁸²

A administração do patrimônio comum compete ao casal, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade e por força dos artigos 1.663 e 1.670 do CC 2002, não apenas ao varão como apontava o CC 1916.

O regime de participação final nos aquestos configura uma combinação da separação convencional e da comunhão parcial dos bens. Como está claro no art. 1.672 do CC, durante a constância do casamento cada consorte possui patrimônio próprio, entretanto, quando da dissolução da sociedade conjugal, surgem os aquestos que serão divididos ao meio pelo casal.

É bom destacar que a jurisprudência, Súmula 377 do STF, considera comuns os bens adquiridos na constância do casamento sob a égide do regime de separação obrigatória.

Portanto, a comunhão dos aquestos, em qualquer regime de bens exceto a separação convencional, é automática, não exige prova. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald delimitam bem a situação ao reconhecerem “uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de colaboração conjunta pela aquisição onerosa de bens (decorrentes de compra e venda, por exemplo) na constância do casamento. Ou seja, presume-se que, durante a convivência, um esposo auxilia o outro na aquisição de bens, ainda que psicológica ou moralmente, não apenas economicamente. Assim, todos os bens adquiridos durante o matrimônio são frutos de ajuda mútua, não comportando a alegação de falta de esforço comum.”⁸³

Dessarte, quando da dissolução da sociedade conjugal, e em decorrência da existência de um acervo patrimonial comum, surgirá aos cônjuges o direito à

⁸¹ Luiz Edson Fachin, *Direito de Família ...*, pp. 184-194.

⁸² Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

⁸³ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 257.

meação, este assegurado pelos artigos 1.658, 1.667, 1.671, 1.672 do CC e pela Súmula 377 do STF. Por óbvio, não surge no regime de separação convencional.

De tudo o exposto quanto ao casamento, observa-se que sua formalidade é fator importante como meio probatório. No outro sentido, esse formalismo é prejudicial quando da dissolução do matrimônio, acarretando em várias separações de fato como será visto no capítulo seguinte.

IV. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

4.1 INTRODUÇÃO

A liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado. É o que diz Luiz Edson Fachin.⁸⁴

Por certo, todo projeto afetivo, dentre estes o casamento, tende, naturalmente, à permanência. No entanto, muito mais importante do que manter um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges (e, no final das contas, com a violação da própria dignidade deles) é o respeito às liberdades e garantias individuais.⁸⁵

Com a Emenda Constitucional nº 66 dando nova redação ao §6º do art. 266 da CF, a liberdade da dissolução voluntária do casamento no Brasil atingiu seu grau máximo. Destaca-se o emprego do adjetivo “voluntária”, ou seja, por ato dos cônjuges, pois a morte, seja real, presumida sem ausência ou presumida com ausência, é a outra causa para a dissolução, contudo, neste caso natural.⁸⁶ Quanto à morte presumida com ausência, no CC 1916 ela não repercutia na seara pessoal e familiar, apenas na patrimonial. Com a prescrição do CC, basta a decisão judicial declaratória da morte presumida do ausente, que restará reflexamente dissolvido seu casamento. A morte presumida sem ausência, para fins de dissolução, é equiparada à morte real.

Mesmo com a morte, ainda permanecem alguns efeitos conseqüenciais do casamento: o parentesco por afinidade em linha reta que, por sua vez, é um dos impedimentos matrimoniais; o direito à identidade pessoal permanecendo a usar o sobrenome de casado; a possibilidade de participar na relação sucessória e também ser titular do direito real de habitação. Quanto ao direito do usufruto vitalício, apesar de farta doutrinação não o reconhecer, há vozes dissonantes.

Foi uma longa jornada para a adoção do divórcio, sem dúvidas, como visto no Capítulo 1. Em apertada síntese: na antiguidade era admitido, sob determinadas condições; com o cristianismo se firmando no vasto Império Romano, seu uso foi sendo, aos poucos, repugnado; o Concílio de Trento, 1563, estabeleceu a

⁸⁴ Luiz Edson Fachin, *Direito de Família ...*, pp. 194-195.

⁸⁵ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das Famílias*, p. 275.

⁸⁶ CC Art. 1.571, § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

exclusividade da celebração do casamento pela Igreja Católica e o dogma da sua indissolubilidade, prevendo apenas a separação conjugal sem ruptura do vínculo; processo de secularização do casamento, passando à competência do Estado, sem interferência católica, ao mesmo tempo do início das codificações com o Código Napoleônico (códigos estes, totalmente eivados da lógica católica); no Brasil, a secularização do casamento veio com o advento da República, sem permitir o divórcio, apenas o desquite; em 1977, com a Emenda Constitucional e a Lei do Divórcio, este passou a ser admitido uma única vez e o desquite passou a ser denominado separação judicial; em 1988, a Constituição facilitou o uso do instituto; a Lei nº 11.441/07 trouxe a possibilidade extrajudicial da concessão do divórcio e da separação; por fim, a Emenda Constitucional, recém aprovada, promoveu nova revolução e debates acerca do fim do instituto da separação.

Etimologicamente divórcio advém de *divortium*, do verbo *divertere*, este significa separar.⁸⁷ Isto parece causar certa ambigüidade.

Não obstante parte expressiva da doutrina vislumbrar o fim do instituto da separação, esta será abordada, uma vez ainda presentes em nossa sociedade pessoas separadas. Também há juízes que entendem não estar extinta a separação. Em consulta à 1ª Vara de Família de Porto Alegre, o procedimento atualmente adotado às ações de separação é a intimação das partes para conversão em divórcio, caso as partes insistam na separação, prossegue-se com a causa. Na 5ª Vara de Família de Porto Alegre, caso as partes não acatem a conversão em divórcio, é concedida a separação de corpos. O mesmo questionamento foi feito ao núcleo de conciliação das Varas de Família de Curitiba. No mesmo sentido, as partes são chamadas para converter a ação de separação em ação de divórcio, o que até o momento obteve total aceitação. Mesmo porque o único que entende ainda ser possível o pedido de separação é o juiz da 4ª. Vara de Família.

O nosso ordenamento, portanto, adotava o sistema dual para a dissolução voluntária do casamento, ou seja, deve haver uma separação judicial⁸⁸, mesmo que seja cautelar de corpos, passagem anterior e necessária ao divórcio. Como exceção, há o divórcio direto, neste caso, a etapa que antecede o pedido é uma separação de

⁸⁷ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, p. 225

⁸⁸ A separação judicial tem origem canônica (*separatio quoad thorum et mensa*). Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, p. 203.

fato, o que em última análise, não deixa de ser uma separação condicionada a um decurso temporal. A vantagem do divórcio direto é a redução do trâmite legal a um único processo judicial, e, conseqüentemente, o custo final para o casal. Em qualquer das hipóteses, o tempo mínimo para se concretizar a ruptura é de um ano, o que nos períodos atuais parece ser muito. Com a Emenda Constitucional nº 66 o tema foi completamente alterado como será visto oportunamente.

A dualidade se deve aos dois fenômenos jurídicos imediatos produzidos pelo casamento. O primeiro deles é a sociedade conjugal compreendida como “a comunidade formada pelo marido, mulher, filhos e patrimônio, é a parte do casamento que se exterioriza.”⁸⁹. O segundo é o vínculo matrimonial, este é o liame jurídico, invisível, que une tão somente marido e esposa. Para o segundo, conforme o art. 1.571, §1º CC, sua ruptura se dá pela morte ou pelo divórcio, para o primeiro, em conformidade com o caput do mesmo artigo, além das duas causas citadas, adicionam-se a separação judicial e a nulidade ou anulação do casamento.⁹⁰

A invalidação do casamento, seja pela anulação seja pela nulidade matrimonial, não causa a sua dissolução, mas sim a sua desconstituição. As partes, portanto, regressam ao *status quo* anterior, ou seja, cada qual retorna ao estado civil que era detentor antes do casamento invalidado.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dividem em causas terminativas, aquelas que atacam a sociedade conjugal e põem fim aos deveres recíprocos e ao regime de bens, e causas dissolutivas, aquelas que também aniquilam a relação jurídica dos consortes.⁹¹

Com a separação judicial, portanto, dissolve-se a sociedade conjugal com conseqüências quanto aos seus aspectos pessoais e patrimoniais. Seus efeitos são: a separação de corpos e a extinção dos demais deveres conjugais; a extinção do regime de bens e sua partilha, esta podendo não ser igualitária, e mesmo ficar para momento posterior; a definição quanto à manutenção do uso do nome de casado ou retorno ao de solteiro; a estipulação do modo de exercício do poder familiar sobre os filhos (guarda exclusiva e direito de visitas ou guarda compartilhada), permanecendo os direitos e deveres derivados desse poder; a determinação dos alimentos em favor

⁸⁹ Rui Ribeiro de Magalhães, Direito de ..., p. 113

⁹⁰ Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.

⁹¹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito das Famílias, p. 280-281.

dos filhos, e também entre os cônjuges, sendo que no último caso pode haver solicitação posterior pelo cônjuge necessitado desde que não haja renunciado ao direito.

Com relação à alteração do nome é possível ser feita em momento posterior, conforme previsto no art. 109 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), por meio de petição dirigida ao juiz da vara de registros públicos. Por outro lado, a manutenção está condicionada ao exposto no art. 1.578 do CC, ou seja, ausência de culpa pela dissolução daquele que deseja permanecer com o sobrenome do outro cônjuge, ou, sendo culpado, se a alteração não acarretar: evidente prejuízo para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; dano grave reconhecido na decisão judicial. Expressiva parcela da doutrina entende ser inconstitucional esse dispositivo, pois o nome integra a identidade da pessoa, que é direito fundamental.

A partir da efetivação do divórcio, além da dissolução da sociedade conjugal, rompe-se o vínculo matrimonial, e abrem-se as portas para celebração de novas núpcias.

O arcabouço jurídico do divórcio e da separação no Brasil compreende os seguintes diplomas legais: Lei nº 6.515/77 no que tange aos dispositivos de natureza processual, pois o direito material está derogado pelo novo CC; a CF 88; o CC 2002; o CPC; a Lei nº 11.441/07 que introduziu a forma extrajudicial.

4.2 SEPARAÇÃO CONSENSUAL E LITIGIOSA

Sem dúvida, a forma menos dolorosa para terminar uma relação conjugal deve estar fundada em um diálogo franco, e concessões de ambas as partes. Quando um não quer, dois não brigam, diz o ditado popular. Da mesma forma, numa relação, ou ambos estão satisfeitos ou nenhum. Faltando a cumplicidade, o projeto de vida em comum, o benefício cessa para o casal, e a razão deve imperar para que a melhor solução quanto à dissolução seja tomada.

O consenso, nesse cenário, representa uma melhor compreensão dos fatos por parte do casal, que também é um reflexo do maior amadurecimento da sociedade. Objetivamente, as estatísticas do PNAD/IBGE⁹² indicam esse fato. No

⁹² Estatísticas do Registro Civil 2008, PNAD/IBGE
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/rc2008.pdf>

ano de 2008 do total de 88.250 separações judiciais concedidas em primeira instância, 63.673 foram consensuais, o que representa setenta e dois por cento do total. Com relação aos divórcios, do total de 150.387, 94.810 foram consensuais, portanto sessenta e três por cento. Os números dizem por si só a evolução dos costumes.

Para Orlando Gomes, a separação consensual “é negócio jurídico bilateral, que tem como fim precípua legalizar a conveniência dos cônjuges de viverem separados, estabelecidas e reguladas as conseqüências da dissolução da sociedade conjugal, tanto na ordem pessoal como na patrimonial. É fonte de direitos e obrigações unitariamente entrosados numa situação jurídica indivisível e inalterável, no conteúdo, pela vontades das partes.”⁹³

Da leitura do art. 1.574 do CC⁹⁴ são extraídos os requisitos legais para a separação consensual: um ano de casados e que a convenção preserve suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, essa análise da preservação dos interesses é a denominada “cláusula de dureza”. Caso não se verifiquem os requisitos no caso concreto, pode o juiz deixar de homologar.

O decurso de um ano de casamento “trata-se de um período de prova; o legislador aguarda um prazo inicial do casamento para acomodação e compreensão da vida em comum, não permitindo que um açoitamento possa jogar por terra o matrimônio nos primeiros meses ou anos de convivência.”⁹⁵

Quanto à preservação dos interesses de um dos cônjuges tem-se duvidado da sua validade perante os valores constitucionais, pois afronta à garantia de autonomia e liberdade. Quando presentes interesses de menores e incapazes, alguns com amparo na questão de direitos indisponíveis, entendem possível a negativa do juiz, outros, mesmo nessa hipótese, preferem que haja homologação do acordo separatório com o respectivo afastamento das cláusulas abusivas para discussão na via adequada.

Portanto, a separação consensual é uma convenção, na qual as partes expressam pessoalmente perante o juiz sua vontade de não mais quererem permanecer unidos, e regulam sobre as questões patrimoniais e pessoais, sem que,

⁹³ Orlando Gomes, Direito de Família, p.209.

⁹⁴ Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

para isso, declinem as razões ou motivos que levaram ao rompimento. É um procedimento especial de jurisdição voluntária, regrado do art. 1.120 ao 1.124 do CPC, cabendo ao magistrado homologá-lo ou não, sem espaços para discutir culpa.

Não havendo o consenso, resta a separação litigiosa a ser decidida pelo juiz em processo ordinário. Cabe a um dos cônjuges o papel processual de autor imputando ao outro, o réu, uma das circunstâncias previstas nos arts. 1.572 e 1.573 do CC.⁹⁶ A doutrina classifica essas circunstâncias em três espécies: falência, remédio e sanção. As duas primeiras de índole objetiva e a terceira de índole subjetiva.

A separação remédio está expressa no art. 1.572, § 2º do CC. É objetiva, pois deve haver um laudo pericial de especialista atestando a gravidade da doença mental, a sua cura improvável após dois anos do surgimento, e esta ser posterior ao casamento. Pelo prazo, o mais aconselhável seria requerer o divórcio direto. De qualquer forma, parece colidir com o princípio da solidariedade familiar.

A outra forma objetiva, a separação falência, encontra previsão legal no art. 1.572, § 1º. Seu fundamento é a separação de fato com ruptura da convivência afetiva superior a um ano e sem possibilidade de restabelecimento. A causa é irrelevante, não havendo necessidade de desgastes maiores com a investigação de culpas. É a que se compatibiliza com os princípios constitucionais. Findo o afeto, termina o projeto de vida em comum, deve-se poupar energias para a reconstrução,

⁹⁵ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito de Família, p. 159.

⁹⁶ Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

redirecionamento de valores, correção de rumos e não para expor intimidades e agravar um relacionamento que pode perdurar, com outro formato, em função de prole comum ou outros parentes por afinidade.

Restou a separação sanção, de natureza subjetiva, prevista no caput do art. 1.572 do CC, com demais causas arroladas no art. 1.573 do CC.

Pela leitura das causas autorizadas da ação de separação, percebe-se tranquilamente que todas elas poderiam ser substituídas pela impossibilidade ou insuportabilidade da vida em comum, constituindo esta verdadeira cláusula aberta ao convencimento judicial.

A possibilidade de reconvenção, com o réu imputando culpa ao autor, tende a piorar ainda mais a discussão, protraindo a fase instrutória.

Parece muito oportuna a colocação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal ao afirmar que “a insuportabilidade da vida conjugal tem de ser aferida, fundamentalmente, pelo próprio cônjuge, ofendido pela violação do dever conjugal. Por isso, o simples ajuizamento da ação de separação sanção implica uma presunção (a nosso ver, absoluta) de impossibilidade de continuar a vida em comum. O que o juiz poderá averiguar é a existência, ou não, do fato.”⁹⁷

Maria Berenice Dias ressalta a dificuldade em responsabilizar apenas um dos cônjuges pelo fim do vínculo afetivo, e a indevida intromissão do Estado na intimidade da vida das pessoas ao buscar identificar o culpado. Arremata afirmando a visível inconstitucionalidade pela violação ao direito à privacidade e à intimidade, que a identificação de culpados impõe, constituindo afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁹⁸

O reconhecimento da culpa conduz a três consequências: em sede sucessória (art. 1.830 CC) que será visto a seguir; a possibilidade de perda de uso do nome de casado (art. 1.578 CC); a alteração da natureza dos alimentos a serem prestados ao cônjuge culpado (art. 1.704, parágrafo único CC)

Em qualquer momento o que era litigioso pode se converter em consensual, e vice-versa.

A reconciliação jurídica significa uma retomada do estado anterior ao da separação através de ato regular em juízo. Ou seja, os então separados retornam ao

⁹⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das Famílias*, p. 321.

⁹⁸ Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, p. 284.

estado de casados restabelecendo a sociedade conjugal. Está prevista no art.1.577 do Código Civil de 2002.

Se a reconciliação fática do casal ocorrer após o divórcio, para restabelecer ao estado de casados deverão celebrar um novo casamento. Caso não o façam, atenderão aos pressupostos para caracterização de união estável.

4.3 DIVÓRCIO LITIGIOSO E CONSENSUAL

O divórcio encontra guarida constitucional no art. 226, § 6º⁹⁹, que o estabelece de duas maneiras: o divórcio direto e o divórcio por conversão. No primeiro modelo deve transcorrer mais de dois anos da separação de fato do casal, para o segundo, a motivação é o lapso temporal superior a um ano cujo termo inicial é o trânsito em julgado da sentença da separação judicial ou da decisão judicial da separação de corpos. Cabe destacar, portanto, que em ambas as modalidades a causa determinante é objetiva, verifica-se o transcurso temporal a partir de alguma espécie de separação.

A exemplo do visto quanto à separação, em ambas as espécies de divórcio há possibilidade do processo judicial revestir-se da forma consensual ou da litigiosa. De forma diversa do exposto em sede de separação, entretanto, no divórcio litigioso não há que se perquirir a culpa dos cônjuges pelo fim do relacionamento. Não há imputação de responsabilidades aos consortes. É o fim do amor, do afeto, e basta.

O divórcio direto consensual funda-se no comum acordo dos cônjuges quanto aos aspectos pessoais e patrimoniais da relação, a saber: a guarda e proteção dos filhos, bem como o direito de visita; a manutenção do sobrenome do outro cônjuge; os alimentos devidos reciprocamente e para a prole comum; a partilha dos bens, que pode ser feita posteriormente.¹⁰⁰

Basta aos cônjuges, no pedido dirigido ao Judiciário, declararem a separação de fato há mais de dois anos, a comprovação é presumida, pois não se exige qualquer outra alegação para se fundamentar. A figura do curador do vínculo matrimonial, motivada pela regra da indissolubilidade, não existe mais.

⁹⁹ Art. 226, § 6º CF - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

¹⁰⁰ Art. 1.581 CC. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Portanto, cabe ao juiz homologar o pedido, desde que convencido da veracidade da alegação do transcurso de dois anos da separação de fato. Caso contrário, os cônjuges devem apresentar provas.

Não cabe ao juiz a prerrogativa da “cláusula de dureza” expressa no art. 1.574 do CC. Logo, não julga se a convenção preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, mas sim verifica a presença dos requisitos legais indispensáveis: casamento, separação de fato por mais de dois anos e acordos quanto aos aspectos pessoais e patrimoniais.¹⁰¹

Também não haverá tentativa de conciliação, pois não se aplica o formato da separação judicial consensual por analogia, uma vez silentes a CF88, o CC2002 e o CPC. Preserva-se o princípio da liberdade dos cônjuges ao escolherem pela dissolução do casamento.

O divórcio direto é litigioso quando não há acordo quanto aos aspectos pessoais e patrimoniais da relação, transferindo-se ao juiz a árdua tarefa de decidir acerca das divergências. Outra hipótese é a discordância de um dos cônjuges quanto à ocorrência da separação de fato por mais de dois anos.

Um cônjuge promove contra o outro o pedido de divórcio comprovando a existência do casamento e o decurso do prazo de dois anos de separação de fato. Cabe ao outro contestar o lapso temporal legal superior a dois anos.

Nessa situação é cabível a tentativa conciliatória promovida pelo juiz na audiência prévia, como previsto para todo processo ordinário de jurisdição contenciosa, além da possibilidade da recomendação de um mediador familiar com o fito de esclarecer ao casal as vantagens de um rito consensual. Não havendo acordo, decidirá o juiz acerca das questões decorrentes do divórcio e as acidentais, tais como a cautelar de separação de corpos e do domicílio conjugal.

Rompe-se o vínculo matrimonial com o trânsito em julgado da sentença, e está será registrada no respectivo registro de casamento.

O divórcio por conversão¹⁰² apresenta causa objetiva facilmente verificável, pois é o decurso de um ano da decisão de separação de corpos ou do trânsito em

¹⁰¹ Paulo Lobo, Famílias, p. 129

¹⁰² Art. 1.580 CC. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1o A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

julgado da sentença de separação judicial¹⁰³. Como já houve intervenção judicial anterior, quando da separação, as decisões anteriormente resolvidas não são alvo de revisão e a prova é meramente documental.

Também se apresenta nas formas consensual e litigiosa (quando um dos cônjuges não participa do pedido). O juiz verifica apenas o transcurso do tempo para decretar o divórcio e a respectiva anotação no registro público.

Vale ressaltar que a partilha dos bens decorre do divórcio, mas aquela é dispensável para este, podendo a mesma ser realizada a qualquer tempo. Quando o divórcio for litigioso, pode a parte requerer ao juiz a exclusão dela da sentença de divórcio. Também pode o juiz optar pelo regime de condomínio dos bens comuns caso persista o impasse (TJSP – Ap. 313.280-4/9-00, 2004).

Regra geral, a ação é personalíssima, exigindo-se a presença dos cônjuges nos processos de separação e divórcio. Problema surge quando uma das partes está incapacitada. Curial lembrar que a incapacidade deve ser reconhecida judicialmente através do processo de interdição, nomeando-se curador ao incapaz ou curatelado, passando aquele a representar este. Pelo art. 1.775 do CC, legalmente o cônjuge é o curador do seu par. Os arts. 1.576, Parágrafo Único e 1.582 compatibilizam a questão, ou seja, permitem a representação do cônjuge interdito pelo curador, mas caso este seja o outro consorte, substitui-o pelo ascendente ou pelo irmão.

Questão interessante ocorre quando um dos consortes falece no decorrer de uma ação de separação ou mesmo de divórcio. A morte operará a dissolução do casamento anteriormente à decisão judicial, portanto esta seria inócua, e o processo é extinto sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI) por perda do objeto da demanda. Com isso, o estado civil do cônjuge supérstite passa a ser viúvo, por outro lado, a morte de um dos cônjuges após o trânsito em julgado do divórcio, não altera a condição de divorciado do consorte sobrevivente.

¹⁰³ EMENTA: DIVÓRCIO. CONVERSÃO. PRAZO LEGAL. UNIÃO ESTÁVEL. 1. Presente o lapso temporal exigido pela lei, é cabível a conversão da separação judicial em divórcio. Inteligência do art. 1.580 do CCB. 2. O fato dos ex-cônjuges continuarem a morar sob o mesmo teto não impede a dissolução do vínculo matrimonial, eis que a sociedade conjugal restou extinta com a separação judicial. 3. A eventual ocorrência de uma união estável deverá ser reconhecida e dissolvida em ação própria. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70009118233, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/08/2004)

4.4 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAIS (LEI nº 11.441/07)

Por óbvio, qualquer processo demanda um tempo excessivo para aqueles casais que não suportam mais a convivência e que desejam de comum acordo romper a relação, pois a decisão já está amadurecida.

Por outro lado, o Poder Judiciário está repleto de processos que poderiam ser dirimidos de uma forma extrajudicial. Atualmente, há uma grande tendência mundial da desjudicialização de processos.¹⁰⁴

Para satisfazer ambas as assertivas acima, buscou-se um meio para tornar mais célere a separação e o divórcio consensuais, tornando-os um ato corriqueiro da vida civil e sem a intervenção estatal, tal qual o casamento. Esse foi o intuito da promulgação da Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007, que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. No caso da separação e do divórcio foi inserido o art. 1.124-A no CPC.¹⁰⁵

Facilitou sobremaneira aos casais cujo relacionamento está arruinado. Cumpridos os requisitos da inexistência de filhos menores ou incapazes, e dos prazos legais; basta o par se dirigir ao tabelionato e realizar a separação ou o divórcio através de escritura pública. Esta deve conter o avençado acerca da descrição e partilha dos bens comuns, da pensão alimentícia, e do retorno aos nomes de solteiro ou não. A assistência de advogado às partes é necessária à formalidade do ato, podendo, como é habitual em causas consensuais, serem assistidos por advogado comum.

¹⁰⁴ “O movimento mundial de acesso à justiça tende para a desjudicialização crescente de resolução dos conflitos, pois a justiça oficial não consegue mais atender às demandas individuais e sociais. Ao mesmo tempo buscam-se soluções que levem à simplificação, redução e desburocratização de processos e procedimentos. Cresce a compreensão que o acesso à justiça não se dá apenas perante o Poder Judiciário formal. Se é assim para os conflitos litigiosos, com maior razão se impõe quando as próprias partes estão de acordo em resolvê-los”. Paulo Lobo, *Famílias*, p. 144

¹⁰⁵ Art.1124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato normal.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

A escritura pública não depende da chancela judicial, e deve ser averbada no cartório onde foi registrado o casamento. Ela também é instrumento hábil para o registro de imóveis, produzindo o mesmo efeito da sentença de divórcio ou de separação judicial.

Dessa forma, a lei busca igualar o tratamento deferido ao casamento àquele destinado à separação e ao divórcio. Sendo as pessoas livres para contrair o casamento, um ato de autonomia privada, sem intervenção estatal, parece justo atribuir o mesmo formato à separação e ao divórcio, claro, em situações nas quais não estão envolvidos direitos indisponíveis, como é o caso bem previsto pela lei quando da existência de filhos menores e incapazes.

As estatísticas do PNAD/IBGE¹⁰⁶ indicam, objetivamente, a aceitação dessa nova modalidade. Em 2007, foram realizados 11.710 separações e 28.164 divórcios nesse novo formato. Em 2008, tivemos 14.623 separações, representando um aumento de 25 por cento, e 37.703 divórcios, o que equivale a um aumento de 34 por cento.

Ressalte-se que a leitura dos dados de 2007 deve ser feita com reservas, pois a lei passou a vigorar em 05 de janeiro de 2007, data da sua publicação, motivo de críticas ao não ter observado o período de *vacatio legis*, dada a relevância da matéria. O Conselho Nacional de Justiça, então, editou a Resolução nº 35 de 24 de abril de 2007 a fim de sanar as dúvidas surgidas e de disciplinar a aplicação da lei.

Uma divergência doutrinária surgiu quanto à obrigatoriedade da partilha de bens constar na escritura pública, apesar da expressa determinação legal. Aqueles que defendem a possibilidade de não constar, remetendo a partilha a um momento posterior a exemplo do que ocorre pela via judicial, entendem bastar o consenso acerca da separação ou do divórcio, pois o objetivo da lei é simplificar a forma. Em uma consulta telefônica feita em 31 de agosto de 2010 a oito cartórios de Curitiba (Laporte, Leão, Volpi, Giovanetti, Boqueirão, Marquês, 3º Tabelionato, 9º Tabelionato) apenas um deles, o 3º Tabelionato, exige a partilha na escritura pública.

¹⁰⁶ Estatísticas do Registro Civil 2007 e 2008, PNAD/IBGE
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/rc2008.pdf>
http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf

A lei silenciou quanto à possibilidade da reconciliação extrajudicial, contudo, parece lógico que a recomposição do casal também possa ser feita dessa forma, em decorrência da própria proteção especial destinada à família pelo Estado.

4.5 SEPARAÇÃO DE FATO

A sociedade atual já assimilou a separação de fato, aceitando-a como conduta normal, diferentemente da repulsa de épocas passadas.

O direito brasileiro está sedimentando entendimento em torno de conceber a separação de fato como a ruptura da convivência familiar fundada na afetividade, e não mais como a separação de corpos. Trata-se do fim da convivência afetiva, e não do fim da coabitação, pois pode haver um sem o outro, principalmente por motivos de razão econômica, familiar ou social.¹⁰⁷

Na mesma esteira, Maria Berenice Dias afirma que com a separação de fato cessam os efeitos do casamento, inclusive inexistente o dever de fidelidade, faltando apenas a chancela estatal.¹⁰⁸ Cita ainda que esse é o momento para verificação dos bens a serem partilhados qualquer que seja o regime adotado, invocando inclusive uma norma do próprio CC, a parte final do art. 1.683¹⁰⁹, que deve ser aplicada aos demais regimes. Por fim, ressalta que parte da jurisprudência apenas admite o fim do regime de bens com a ultimação da partilha, independentemente de haver separação judicial ou de fato, pois só a ultimação da partilha tem o condão de acabar com o estado de indivisão patrimonial decorrente do regime de bens – a chamada mancomunhão.

Também esse é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal invocando o enriquecimento sem causa e o princípio da confiança.¹¹⁰

¹⁰⁷ Paulo Lôbo, Famílias, p. 129

¹⁰⁸ “Não obstante o rompimento da sociedade conjugal se dê mediante a separação e o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe fim ao matrimônio. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união. Quando cessa a **convivência**, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Não há mais sequer o dever de **fidelidade**, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade que os separados de fato podem constituir **união estável**. Só há proibição de casar. O fim da vida em comum leva à cessação do regime de bens, independentemente do regime adotado, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial.” Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 272.

¹⁰⁹ Art. 1.683 do CC. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.

¹¹⁰ “Assim, apesar da nefasta redação dos arts. 1.575, 1.576 e 1.642, V, do CC estabelecendo que a comunhão de bens somente cessa com a separação ou o divórcio, vem se reconhecendo que a separação de fato rompe o regime de bens, em tese digna de aplausos. Sem dúvida, atenta

Além do reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes da separação de fato em sede pretoriana¹¹¹, também podem ser percebidos na própria legislação: admissão de constituição de união estável (CC art. 1723); permissão do divórcio direto (CF art. 226, § 6º e CC art. 1.582, § 2º) e da separação judicial (CC art. 1.572, § 1º); previsão do direito de permanecer no imóvel e dar prosseguimento automático ao contrato de locação – sub-rogação (Lei nº 8.245 art. 12).

José Lamartine Correa de Oliveira ensina que a separação de fato caracteriza-se pelo elemento objetivo, a interrupção efetiva da comunhão de vida (comunhão afetiva e material), e o elemento subjetivo, a intenção de não retornar a comunhão de vida conjugal por pelo menos um dos cônjuges. Pela ausência do elemento subjetivo é que não existe separação de fato quando os cônjuges não vivem juntos por motivos de trabalho, doença, prisão etc, apesar de estar presente a presunção do desejo de não manter a relação.¹¹²

4.6 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66

A Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 alegrou os setores mais avançados da doutrina nacional. Ela trouxe nova redação ao § 6º do art. 226 da CF 88 e extinguiu os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou de mais de dois anos de separação de fato para a concessão do divórcio. Eis o texto: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

diretamente contra a boa-fé objetiva dividir o patrimônio adquirido após a ruptura fática da conjugalidade, o que propiciaria, sem dúvida, o enriquecimento sem causa daquele que não participou da aquisição – coibido pelo art. 884 do Estatuto Civilista. É que, a toda evidência, o fundamento da comunhão de bens é a colaboração recíproca, a convivência, entre o casal. Cuida-se de típico efeito da vida em comum. Por isso, cessada a convivência, não devem ser partilhados os bens adquiridos posteriormente, efetivando o princípio da confiança, norte nas relações patrimoniais.” Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, *Direito das Famílias*, p. 344.

¹¹¹ “a cônjuge-uirago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ “ (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 32.218/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU 3.9.01, p.224, in RT 796:200). Na mesma orientação: “Divórcio. Partilha. Separação de Fato. Aquisição de acervo. Comunicação. Descabimento. A separação de fato, por erodir a arquitetura conjugal, acarreta o fim de deveres do casamento e, assim, do regime patrimonial. Assim, não se comunicam os bens havidos depois daquele desate matrimonial. Agravo desprovido.” (TJRS, Ac. 7ª Câmara. Cív. AgInstr. 70006067623, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.26.6.03). Ainda: “O conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica ao outro, não podendo, por isso, ser partilhado”. (STJ – AgRg no Ag 682230/ SP – Terceira Turma – Min. Rel. Vasco Della Giustina – j. 16.06.2009).

¹¹² José Lamartine Correa de Oliveira, *Curso de Direito de Família*, pp. 467-468.

Como se observa, não há mais discussão sobre o lapso temporal para o pedido de divórcio, seja consensual ou litigioso, tampouco necessidade de passagem por uma separação.

Aliás, boa parte da doutrina entende que a partir dessa alteração a separação é “letra morta” e desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, caberá ao juiz, de ofício, extinguir os processos de separação judicial por carência de ação, ante a superveniência de impossibilidade jurídica do pedido, ou converter a demanda de separação em divórcio. Também não será mais possível realizar a separação consensual extrajudicial em cartório, tão somente o divórcio consensual.

Maria Berenice Dias em recente artigo publicado em sua página da “Internet”, apesar de admitir inúmeras posições e interpretações antagônicas, defende a eliminação do instituto da separação e a derrogação de todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referentes. Segundo ela, aqueles que sustentam a permanência do instituto se amparam em três razões nada convincentes: o uso do termo “pode” na redação do parágrafo; a identificação de um culpado para quantificação dos alimentos; e, em caso de reconciliação, a necessidade de novo casamento obrigaria a partilha dos bens do casamento anterior ou o uso do regime de separação obrigatória (1.523,III e 1.641,I CC). Cabe aos juízes a conversão da ação de separação em ação de divórcio.¹¹³

Inclusive, a própria justificativa apresentada à PEC do divórcio informa ser artificial a distinção entre sociedade conjugal e o casamento e, por isso, não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial.

No mesmo sentido, José Fernando Simão, em artigo publicado em 24 de julho de 2010, afirma estar banida do sistema a separação de direito, tanto a judicial quanto a extrajudicial. Cita que os artigos 27,I; 1.571,III; 1.572; 1.573; 1.574; 1.575;1.576; 1.576 e 1.578 estão extirpados do sistema, e os artigos 10, 25, 792, 793, 980, 1.562, 1.571,§2º, 1.580, 1.583, 1.584, 1.597, 1.632, 1.683, 1.775 e 1.830 deverão ter os termos “separação judicial” ou “separado judicialmente” retirados de sua redação, mas continuarão a produzir seus efeitos quanto aos demais aspectos. As ações de separação judicial devem ser extintas sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica superveniente de pedido, salvo se já houver sentença prolatada. Se houver medida cautelar de separação de corpos com concessão de

¹¹³ Maria Berenice Dias, EC 66/10 – e agora?, [http://www.mariaberenedias.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora\(1\).pdf](http://www.mariaberenedias.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora(1).pdf)

liminar, há possibilidade em conversão para ação de divórcio. Quanto à discussão de culpa, só é cabível em ação autônoma de alimentos para quantificação dos mesmos, ou ação de indenização por danos morais, materiais ou estéticos.¹¹⁴

Quanto ao art. 1.704, no entanto silenciou. Este prevê alimentos entre cônjuges separados judicialmente, mas não entre divorciados. Paulo Lôbo lembra que “a doutrina resiste em admitir a obrigação a alimentos ao ex-cônjuge, após a ruptura do casamento, justamente porque o dever de assistência se extingue”.¹¹⁵

O que ocorreu, contudo, é a independência total dos institutos, que possuem consequências jurídicas distintas, como já pontuado. Se a intenção do casal for apenas terminar a sociedade conjugal, mantendo o vínculo e a possibilidade de futura reconciliação, optarão pela separação, caso seja a dissolução do enlace matrimonial, pelo divórcio.

O reflexo das alterações no divórcio sobre a separação judicial está no fim das exigências temporais como pressuposto processual, não na sua eliminação, pois quem pode o mais (o divórcio), pode o menos (a separação).

No estágio atual da população brasileira, considerar o fim da separação é o mesmo que impor ao cidadão a ruptura plena do liame matrimonial, obstando o direito de reconciliação. Por outro lado, considerar sua transformação é homenagear a liberdade individual e a autonomia da vontade, e respeitar um costume da população brasileira.

O mais sensato seria fazer, com base nos dados coletados pelo PNAD/IBGE após o transcurso de um determinado período de tempo, cinco anos por exemplo, uma avaliação da conveniência da permanência do instituto ou não. Quanto aos processos de separação em tramitação quando da publicação da Emenda, deve-se oportunizar às partes a escolha pelo seu seguimento normal, ou sua conversão em divórcio.

O legislativo federal deve realizar, o mais brevemente possível, os correspondentes ajustes na legislação infraconstitucional, para reduzir o número de interpretações possíveis.

Essa incerteza também é observada entre os cartórios. Uma consulta telefônica feita, em 31 de agosto de 2010, a oito cartórios de Curitiba (Laporte, Leão,

¹¹⁴ José Fernando Simão, A Pec do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família, <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/07/ainda-pec-do-divorcio-artigo-do-coautor.html>

Volpi, Giovanetti, Boqueirão, Marques, 3º Tabelionato, 9º Tabelionato) questionando da possibilidade da lavratura da escritura pública de separação extrajudicial apresentou o seguinte resultado: metade deles, os quatro primeiros relacionados anteriormente, realizava apenas o divórcio extrajudicial, e a outra metade ambos. O que foi consenso é a desconsideração do requisito temporal para qualquer situação. A funcionária do Leão informou haver uma consulta encaminhada pela ANOREG-PR (Associação dos Notários e Registradores do Paraná) ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) sobre o tema, mas até aquela data não havia resposta.

¹¹⁵ Paulo Lôbo, *Famílias*, p. 345

V. UNIÃO ESTÁVEL

5.1 PANORAMA HISTÓRICO

O legislador nacional relutou em reconhecer vínculos afetivos exteriores ao casamento, seja por conservadorismo seja para evitar desprestígio ao instituto secular. É intrínseco, entretanto, ao ser humano envidar esforços em busca da felicidade. Logo, apesar dos óbices legais, sempre existiram tais relações extramatrimoniais, chamadas genericamente até então de concubinato.

De acordo com Belmiro Pedro Welter, em 1999 o percentual aproximado da população brasileira que vivia em união estável representava sessenta e cinco por cento (65%).¹¹⁶

O Código Civil de 1916, de forma a coibi-lo, vedava à concubina doações, a instituição de seguro e a oportunidade de ser beneficiada por testamento.

Como nenhum juiz pode alegar falta de lei e deixar de julgar, com o desamparo dos concubinos quando da morte ou da separação de seu par, demandas chegaram ao poder Judiciário. Data da década de sessenta os primeiros julgados a alavancar a construção de uma doutrina nacional concubinária.¹¹⁷

Os magistrados, apenas voltados aos efeitos patrimoniais da relação, concediam uma indenização por serviços domésticos às mulheres que não exerciam atividade remunerada e sem outra fonte de renda. O fundamento da sentença estava assentado na inadmissibilidade do enriquecimento ilícito (art. 884 do Código Civil). O homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento.¹¹⁸

O próximo passo foi o reconhecimento da existência de sociedade de fato, ou seja, através de uma construção em seara obrigacional, contornava-se o que o direito de família omitia. Dessa forma, os bens adquiridos no período da união seriam alvo de divisão desde que cada consorte (pela construção: “sócios”)

¹¹⁶ Belmiro Pedro Welter, Estatuto da União Estável, p. 18. Mais preciso e citando a fonte, eis a informação de Rodrigo da Cunha Pereira: “Uma pesquisa do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, a partir de dados do IBGE, mostra que as uniões estão cada vez não-oficializadas. Na faixa etária entre 45 e 55, 13,3% das uniões são informais; na idade entre 35 e 44, 18,6%; entre 25 e 34 anos de idade, o percentual das uniões não oficializadas é de 31,3%. Esse percentual chega a 49,1% nos casais entre 15 e 24 anos de idade.” Concubinato e União Estável, p. 47

¹¹⁷ Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, p. 263

¹¹⁸ Silvio Rodrigues, Direito Civil: direito de família, p.263

comprovasse sua real participação financeira para a constituição patrimonial. Tal entendimento resultou na Súmula 380 do STF.¹¹⁹

Na verdade, traços iniciais legislativos da aceitação da união estável são encontrados na seara previdenciária e tributária.¹²⁰

A lei de acidentes de trabalho (Decreto-lei nº 7.036/44, art. 21, parágrafo único) permitiu à companheira o benefício de perceber indenização pela morte do companheiro em acidente de trabalho ou de trânsito¹²¹, desde que ela estivesse incluída como beneficiária, e ele não fosse casado, ou, se casado, a esposa não tivesse direito ao benefício. O direito foi mantido pela Lei nº 6.367/76 que revogou a anterior. Em matéria previdenciária foram cada vez mais numerosas as concessões (Lei nº 4.297/63 revogada pela Lei nº 5.698/71; Lei nº 6.194/74 com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.441/92, que previu a equiparação do companheiro ao marido; Lei nº 8.212/91 art. 12,VII, com redação dada pela Lei nº 8.398/92; Lei nº 8.213/91 art. 16,I com redação conferida pela Lei nº 9.032/95; CF 88 art. 201,V).¹²²

Em sede tributária, foi concedido o abatimento como dependente da pessoa com quem se convivesse por no mínimo cinco anos, existindo impedimento matrimonial. (art. 44 Lei nº 4.242/63 e art. 3º, § 1º da Lei nº 4.862/65).

À companheira se possibilitou a adoção do patronímico do companheiro, se nenhum dos consortes tivesse vínculo matrimonial e preenchido o requisito de cinco anos de vida em comum ou da existência de filhos. É o que estatuiu a Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.017/73) no art. 57 §§ 2º e 3º, com redação dada pela Lei nº 6.216/75.

Por fim, cabe destacar que a legislação do inquilinato, Lei nº 8.245/91 nos arts. 11 e 12, permitiu ao companheiro que resida no imóvel sua permanência na condição de locatário, nas hipóteses de morte deste, dissolução da sociedade de fato ou união estável.

Essas concessões legislativas também encontravam opositores, nas palavras de Washington de Barros Monteiro:¹²³

Presentemente, porém, por toda parte, nota-se generalizada condescendência em relação ao concubinato. Os que assim se mostram

¹¹⁹ Súmula 380 do STF: 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.

¹²⁰ Rui Ribeiro Magalhães, Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro, p. 279.

¹²¹ Súmula 35 do STF: Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

¹²² Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil: Direito de Família, p. 22.

¹²³ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil: Direito de Família, pp 19-20

indulgentes, a pretexto de que se trata de fato freqüente, sobretudo nas classes populares, concorrem indiretamente para a desagregação da família legítima. Primeiro, foi a tolerância com o adultério, depois, a maior facilidade para a obtenção do divórcio. Procura-se outorgar, assim, ao concubinato melhor tratamento jurídico, esquecidos seus defensores de que estender o braço protetor aos concubinos, será, sem dúvida, afetar ou comprometer a estabilidade e a dignidade da família legítima. Inegável, todavia, a generalização do fato social, que terminou por ser reconhecido juridicamente, embora sem definição precisa dos deveres correspondentes aos direitos introduzidos.

Os costumes evoluíram, e a sociedade passou a aceitar as relações extramatrimoniais. A Assembléia Nacional Constituinte foi sensível à voz do povo, e a CF 88 estendeu o conceito de família, passando a tutelar outros relacionamentos além daqueles constituídos pelo casamento. Em seu art. 226, § 3º considerou a união estável uma entidade familiar e digna de proteção do Estado.¹²⁴

Como assevera Maria Berenice Dias:¹²⁵

Até o advento da Constituição Federal de 1988, para o legislador ordinário, as relações entre homens e mulheres só existiam dentro do casamento, havendo um severo repúdio ao reconhecimento de quaisquer vínculos outros não chancelados pelo matrimônio.

Apesar da nítida postura da lei pátria de proteger com exclusividade as relações afetivas fruto do casamento, não conseguiu represar uma nova textura social decorrente de relacionamentos surgidos à margem da figura nominada inclusive como uma instituição.

Fazendo uma análise socioeconômica da realidade brasileira, Luiz Edson Fachin traça com sua habitual percuciência:¹²⁶

Pois bem: não casar é um ato de liberdade para os “livres”, os que têm patrimônio, contratam e testam, e aí sim, gozando desse discernimento econômico, social e cultural, não casar é uma opção por não se matrimonializar. Elitista e equivocada a crítica segundo a qual a nova legislação é exageradamente concessiva. Deixar ao sabor destas circunstâncias a regulação destas relações é sustentar que prevaleça a opressão do mais forte (econômica e culturalmente) sobre o mais fraco. No reverso da crítica ácida à intervenção do Estado, o paradoxal elogio de uma sociedade patriarcal e da predominância dos interesses da linhagem masculina.

Com a entrada em vigor da CF88, considerável parte da doutrina vislumbrou o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata quanto à união estável,

¹²⁴ CF88 Art. 226 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹²⁵ Maria Berenice Dias, O Direito Sucessório na União Estável.

¹²⁶ Luiz Edson Fachin, Direito de família, elemento críticos ..., p. 97.

no entanto, ainda citando Maria Berenice Dias, a jurisprudência permaneceu aplicando a Súmula 380 do STF.¹²⁷

Para assegurar a aplicabilidade do novo instituto, em 1994 a Lei nº 8.971 regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Garantiu-lhes o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus*, e, caso este não possuísse descendentes ou ascendentes, a exemplo do cônjuge sobrevivente, seria destinatário do total da herança (art. 2º). No art. 1º assegurou os alimentos ao companheiro, desde que essa união contasse ao menos cinco anos de duração, ou resultasse o nascimento de prole comum, além de excluir os separados de fato de sua caracterização.¹²⁸

A Lei nº 9278/96 foi mais abrangente ao regular o art. 226, § 3º da CF88. Em seu art. 1º reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Dessarte, espancou de uma vez as duas restrições da lei anterior: abarcou a separação de fato, e não precisou o prazo de convivência. Adicionalmente previu: a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos na constância da convivência a título oneroso são fruto do trabalho e da colaboração comum (art. 5º); o direito real de habitação (art. 7º) e a competência do juízo da Vara de Família para a matéria relativa à união estável.

É curial destacar que a doutrina classificava o concubinato em duas espécies: o concubinato puro, caracterizado por pessoas que poderiam casar, mas não o faziam; e o concubinato impuro, subdividido em adúltero e incestuoso. Com a CF88 o concubinato puro, ascendeu ao *status* de entidade familiar, e passou a ser denominado como união estável. Agora, concubinato refere-se tão somente às

¹²⁷ “A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu, pois restou sem reflexos na **jurisprudência**. Apesar de a doutrina de maior expressão ter visto o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não se podendo mais falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A relação concubinária, com a denominação legal de união estável, permaneceu sendo tratada no âmbito do **direito das obrigações**. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas **varas cíveis**, não sendo redistribuídas às varas de família. Nada foi alterado, como se não tivesse existido a transformação do que antes era considerado um fato espúrio em uma relação jurídica. Também em matéria sucessória não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens. Tímidas as mudanças ocorridas e as raras exceções foram decisões isoladas.” Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 156.

¹²⁸ Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na

espécies do concubinato impuro, logo, trata-se da relação de fato entre homem e mulher que estão impedidos de casar, salvo se casados mas separados de fato ou judicialmente. A título exemplificativo cita-se a relação entre irmãos ou entre um casado e uma solteira.

Não se pode olvidar, entretanto, que há produção de efeitos jurídicos entre os concubinos, não no Direito de Família, mas no campo obrigacional como já era o entendimento jurisprudencial. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 6.960/02 pretende alterar o art. 1.727 do CC¹²⁹, prevendo a aplicação das regras do contrato de sociedade no caso de se comprovar a sociedade de fato no concubinato.¹³⁰ Para isso, deve haver comprovação da colaboração recíproca e da aquisição patrimonial.¹³¹ Não se provando, cabe a indenização pelos serviços prestados (responsabilidade civil).¹³²

5.2 ABORDAGEM PELO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil 2002 regulou a união estável. Entre seus arts. 1.723 e 1.726 foram abordados os elementos, os impedimentos, os deveres e o regime das relações patrimoniais da união estável.

O legislador quis evidenciar a caracterização da existência de união estável mesmo quando o companheiro esteja separado apenas de fato. Esse é o teor do art. 1723, § 1º:¹³³

Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

¹²⁹ Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

¹³⁰ “Concubinato – Sociedade de fato – Direito das Obrigações. Segundo entendimento pretoriano, ‘a sociedade de fato entre concubinos, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, é irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio exatamente aquele que o pratica” (STJ, REsp 229.069-SP, 2005)

¹³¹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, pp. 388 e 389.

¹³² “Concubinato – Pedido de indenização por serviços prestados, à partilha do patrimônio e a alimentos. Não é razoável deixar ao desamparo a companheira de mais de uma dezena de anos, o que representa locupletamento à custa do afeto e da dedicação alheia, sendo cabível estimar-se indenização correspondente ao tempo de convivência. Todavia, quanto ao alegado direito à partilha e a alimentos, ausente prova de que, durante relação, bens patrimoniais foram adquiridos pelos conviventes em comunhão de vontades e conjugações de esforços, bem como em relação à existência de uma dependência econômica da autora da demanda para com o demandado, não há como reconhecê-los.” (TJRS, Ap. 70011093481, 2005).

¹³³ Art. 1723 § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Além do capítulo próprio, há referência ao instituto em outros dispositivos: o vínculo da afinidade entre cada um dos companheiros e os parentes do outro é considerado no art. 1.595; o poder familiar dos companheiros é admitido no art. 1.631, as relações entre pais e filhos não se alteram quando da dissolução da união estável (art. 1.632), tão pouco se um ou ambos os companheiros constituírem nova entidade familiar (art. 1.636); no art. 1.694 está previsto o direito a alimentos; assegura-se a instituição de bem de família no art. 1.711; no art. 1.775 estabelece que o companheiro é de direito o curador do outro, quando interdito; e, finalmente, trata do direito sucessório no art. 1.790.

A inclusão do instituto no livro do direito das famílias foi no seu final, antecedendo a tutela e a curatela. O motivo para essa localização é que seu reconhecimento constitucional ocorreu quando o Código estava em elaboração. Distanciar a união estável do casamento dessa forma, porém, revela resistência do legislador em equiparar aquela a este. Ambos são merecedores da mesma especial tutela do Estado, como é o comando emanado em sede constitucional.¹³⁴

Além disso, o CC2002 não inseriu o convivente na ordem de sucessão hereditária (art. 1.829), oportunizando-lhe apenas direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na constância da união (art. 1790). O companheiro sobrevivente não foi beneficiado com a garantia da quarta parte da herança quando concorrer com os filhos comuns (art. 1.832), mínimo assegurado ao cônjuge supérstite, tampouco lembrado no dispositivo (art. 1831) que concede o direito real de habitação apenas ao cônjuge. Quanto ao direito real de habitação, este é garantido pela Lei nº 9.278/96, pois ela não foi revogada pelo CC2002 como pugnam alguns doutrinadores, conforme defendido por Maria Berenice Dias.¹³⁵

Para Paulo Lôbo o Código Civil, ao sistematizar toda a matéria, revogou a legislação anterior. Comenta que a preferência pelo casamento do legislador fez com que nem sempre haja tratamento isonômico para as duas entidades, e taxa como inadmissível a inserção da união estável após as relações de direito patrimonial. Acrescenta que o melhor seria distribuir as matérias, de acordo com sua natureza, entre os direitos pessoais e os patrimoniais, a exemplo do casamento.¹³⁶

¹³⁴ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 158.

¹³⁵ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 169.

¹³⁶ Paulo Lôbo, Famílias, p. 150.

No entendimento de Maria Berenice Dias quando a lei trata de forma diferente a união estável ¹³⁷ em relação ao casamento, é de se ter tais referências como não escritas. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, devem tais omissões ser tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais. Igualmente, em todo texto em que é citado cônjuge, é necessário ler-se cônjuge ou companheiro. Assim, como os cônjuges, os companheiros têm acesso ao planejamento familiar (art. 1.565, § 2º).

As vedações aos concubinos expressas no Código Civil de 1916 encontraram guarida na nova codificação civil. São elas: receber doação (art. 550 e 1.642, V); ser beneficiário de seguro de vida (art. 793); receber herança ou legado, em testamento (art. 1.801, III), receber alimentos (art. 1.708). Evidentemente, não se aplicam tais proibições aos companheiros.¹³⁸

5.3 TERMINOLOGIA E ESTADO CIVIL

Não há uniformidade de tratamento dispensado àqueles que convivem em união estável. A CF88, o CC2002 e a Lei nº 8.971/94 denominam-os companheiros; a Lei nº 9.278/96 conviventes; cabendo ao ECA designá-los concubinos.

Como exposto alhures, o termo concubino deve ser usado apenas para designar aqueles que convivem em uma relação na qual a doutrina havia convencionado em chamar concubinato impuro (relação de fato entre homem e mulher impedidos de casar, seja um deles ou ambos).

Quanto a companheiros ou conviventes, não há uma maior diferenciação pela doutrina nacional.

Sem sombra de dúvidas, quem convive em união estável não é solteiro, separado, divorciado, viúvo, nem casado, por exclusão, é um estado civil autônomo.

Tal qualificação resulta: a) da tutela constitucional e civilista que atribuíram reputação própria; b) do vínculo dos companheiros com a entidade familiar; c) da

¹³⁷ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 159

¹³⁸ “Doação. Aquisição de imóvel em nome da companheira por homem casado, após, entretanto, o rompimento da vida conjugal deste. Distinção entre concubina e companheira. Não incidem as normas do Código Civil, quando ocorrida a doação após o rompimento da vida em comum entre o finado doador e sua mulher; quando, enfim, já se haviam findadas as relações patrimoniais decorrentes do casamento. Precedentes do STJ quanto à distinção entre ‘concubina’ e ‘companheira’”. STJ, AC. 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 18.4.95, DJU 19.6.95.

relação de parentesco por afinidade com os parentes do companheiro que gera impedimentos para outra união com estes; d) da proteção dos interesses de terceiros ao celebrarem atos com um dos companheiros, em função do regime de bens de comunhão parcial desde o início da união.¹³⁹

5.4 CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Paulo Lôbo segue a doutrina brasileira classificando os fatos jurídicos, tendo por critério a manifestação da vontade, em três tipos: fatos jurídicos em sentido estrito ou involuntários, nos quais não existe vontade ou é desconsiderada; atos-fatos jurídicos ou atos reais, para os quais a vontade está em sua gênese, contudo o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante; atos jurídicos em sentido amplo ou voluntários (divididos em atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos), nos quais a vontade é seu elemento nuclear. Portanto, o casamento pertence ao conjunto dos atos jurídicos formais e complexos, enquanto a união estável ao dos atos-fatos jurídicos. Para que esta produza efeitos jurídicos, é suficiente, tão somente sua configuração fática. Dessa forma, incidem as normas constitucionais e legais cogentes e supletivas sobre a relação fática, e esta, passa a relação jurídica.¹⁴⁰

Os elementos caracterizadores da união estável podem ser obtidos do cotejo do art. 226 da CF88 com o art. 1.723 do CC2002. Resulta dessa investigação os seus elementos essenciais: diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, continuidade e ausência de impedimentos matrimoniais. A esses elementos objetivos, junta-se o elemento essencial, subjetivo e fundamento para a caracterização dessa entidade familiar que é o objetivo de constituição de família (*animus familiae*), ou seja, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (*convivência more uxório*).¹⁴¹ Traduz-se em uma comunhão de vida e de interesses.

A estabilidade dá idéia de uma relação que pretende ser duradoura, se protrair no tempo, afastando os relacionamentos fugazes e transitórios. Apesar de o fator tempo ser importante, não deve ser visto de maneira rígida, como prescrevia a Lei nº 8.971/94. Cabe trazer à colação: "Por fim, oportuno mencionar que inexistente prazo mínimo legalmente exigido para que um relacionamento seja reconhecido

¹³⁹ Paulo Lobo, Famílias, pp. 150-151.

¹⁴⁰ Paulo Lobo, Famílias, p. 152

como estável. E assim o é pois o legislador, ao prevê-la, afirmou que seria 'reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família' (art. 1.723 do CC), sem, todavia, exigir a comprovação de qualquer lapso temporal mínimo para sua configuração."¹⁴² Vale ressaltar que o próprio nascimento de prole pode relativizar o lapso temporal.

A convivência sob o mesmo teto não é requisito da união estável, mantendo válido o teor da Súmula 382 do STF.¹⁴³ A realidade atual aponta várias situações dessa natureza, para fins de exemplo, em decorrência dos compromissos profissionais. A jurisprudência tem reiteradamente dispensado a coabitação.¹⁴⁴

A continuidade é um complemento da estabilidade. Pressupõe ausência de interrupções e sobressaltos. Não é qualquer ruptura que abala o vínculo afetivo, mas aquela que quebra a convivência e a intenção de continuar relacionado com a outra pessoa.

A publicidade revela a notoriedade da união, afastando a idéia de relação clandestina, velada. O casal apresenta-se como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado.

Uma vez que os impedimentos matrimoniais são proibições para a celebração do casamento, por certo, incidem igualmente para não caracterizar um relacionamento como união estável, pois esta tem o condão de ser convertida naquele. Destaca-se que não há óbice no caso de separação judicial ou de fato. Quanto às causas suspensivas, por força do art. 1.723, § 2º, não interferem para a configuração de união estável. Há um paradoxo aqui: no casamento as causas suspensivas tem o poder de tornar obrigatório o regime de separação total (CC art.

¹⁴¹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 392

¹⁴² Apelação Cível n. 2010.008565-2, de São José TJSJ Relator: Des. Edson Ubaldo. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONVIVENTE JÁ FALECIDO. CASAL QUE CONVIVEU MARITALMENTE DURANTE APROXIMADAMENTE SEIS ANOS. UNIÃO AFETIVA EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

¹⁴³ Súmula 382: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

¹⁴⁴ "Não exige a lei específica (Lei 9.278/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a união estável. Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado." (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 474962/SP, rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 01/03/2004)

1641, I) enquanto que na união estável não há limitação alguma, e limitar direitos cabe expressamente à lei.

Há que se considerar que no caso concreto, razões de ordem moral e social podem conduzir à caracterização da união estável mesmo diante de traços tênues ou ausência de algum dos requisitos.¹⁴⁵

Esses contornos para a questão trouxeram um desconforto para aqueles que mantêm relação de namoro, pois a distinção nem sempre é fácil. Em algumas situações, a transformação do namoro em relação estável não é nem percebida em decorrência da adoção de deveres ínsitos à entidade familiar, tais como lealdade, respeito, assistência material e moral, advento de prole.

Isto posto, criou-se um mecanismo para obstar a caracterização de união estável entre namorados, a celebração de um contrato de namoro, no qual as partes manifestam seu propósito de não viver em união estável. Apesar de válido, não atinge o fim desejado, pois a caracterização desta decorre de elementos fáticos.

Esse sentimento de desconfiança não faz sentido, pois os fatos devem ser ponderados adequadamente. O namoro continua residindo na área da liberdade subjetiva, sem gerar direitos e deveres, e deve continuar como etapa natural para a posterior constituição de uma entidade familiar.

Por fim:¹⁴⁶

“cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gera irresponsabilidades e enseja o enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso. Nega-se divisão de patrimônio, nega-se obrigação alimentar, nega-se direito sucessório. Com isso, nada mais se estará fazendo do que incentivar o surgimento desse tipo de relacionamento. Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, simplesmente, não advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, acaba sendo privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado.”

¹⁴⁵ Sílvio de Salvo Venosa, Direito civil: direito de família, p. 40.

¹⁴⁶ Maria Berenice Dias, Manual de direito das famílias, pp. 163-164.

Essa observação de Maria Berenice Dias demanda uma apreciação mais crítica por parte da doutrina, e será retomada quando da discussão acerca do paralelismo de entidades familiares.

5.5 DOS DIREITOS E DEVERES DA UNIÃO ESTÁVEL

Parte da doutrina enxerga uma hierarquia entre as entidades familiares reconhecidas pela CF88. Alguns se baseiam no próprio enunciado do artigo da Lei Maior que reconhece a união estável como entidade familiar ao estabelecer que a lei facilitará sua conversão em casamento, evidenciando aí uma importância maior a este instituto, rebaixando aquele a um plano inferior ou como rito de passagem. Outros, a exemplo de Maria Helena Diniz, professam que o regime do casamento, pelo seu grau de formalismo e, conseqüentes obrigações assumidas, deve, por outro lado, assegurar mais garantias.¹⁴⁷

Em sentido oposto, expressiva parcela da doutrina nacional pugna pela total falta de hierarquia, concedendo tratamento igualitário entre as entidades familiares.

Por todos Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal¹⁴⁸:

Outrossim, o exame da disciplina jurídica da união estável – assim como de qualquer outra entidade familiar- há de se realizar, necessariamente, à luz do balizamento constitucional, dependendo, sempre, do atendimento ao seu elemento finalístico. ...

Isto porque toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará negar proteção à pessoa humana – violando a ratio constitucional. ...

A ciência jurídica não pode ignorar a realidade social! Já é tempo de afastar do Direito, especialmente do Direito de Família (que é marcado pelo sentimento humano), a hipocrisia que tanto lhe impregnou, para reconhecer o afeto como grande mola propulsora das relações (inclusive jurídicas) familiares. Por isso, tratar desigualmente a união estável seria retirar proteção de alguém pelo simples fato de ter optado por formar uma família sem as solenidades do casamento (que, aliás, exige consideráveis despesas financeiras, obstando o acesso à maior parcela de nossa população).

De maneira a complementar o sentido de igualdade, Belmiro Pedro Welter prega que o único traço distintivo entre a união estável e o casamento é com relação

¹⁴⁷ “se as pessoas vivem em união estável, o fazem para escapar das obrigações matrimoniais. Deveria o Estado, então, atribuir-lhes os mesmos efeitos do casamento?”, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 346.

¹⁴⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Direito das Famílias, pp. 376-378.

à prova, à medida em que, no primeiro ela é pré-constituída (certidão de casamento), mas na união estável, pode ser pré ou pós-constituída.¹⁴⁹

Pelo princípio da igualdade jurídica entre filhos, defere-se o mesmo dever de guarda, sustento e educação dos filhos da família matrimonializada às uniões estáveis. Trata-se do poder familiar regulado nos arts. 1.630 e seguintes do CC e no art. 22 do ECA.

Os deveres recíprocos entre os conviventes, também previsto no art. 1.724 do CC, são de lealdade, respeito e assistência. Para os cônjuges (art. 1.566 CC), cotejando as duas entidades familiares, acrescentam-se os de fidelidade recíproca e vida em comum, no domicílio conjugal. Para Paulo Lôbo, além dos deveres para com os filhos, o único dever recíproco que interessa juridicamente, pois todos os demais dizem respeito à vida privada dos cônjuges ou dos conviventes, é a assistência. Compreendida aí, nos seus aspectos moral (direito pessoal) e material (direito patrimonial). Este, inclusive, pode se projetar após a dissolução da união estável através dos alimentos (art. 1.694 do CC).

Para os direitos pessoais são aplicadas as mesmas regras sobre o poder familiar, a filiação, o reconhecimento dos filhos, adoção, relações de parentesco.

É natural que qualquer pessoa estabeleça relações jurídicas econômicas, sejam reais ou obrigacionais, para sua subsistência. Não é diferente nas entidades familiares. Os conviventes devem prover o sustento do lar, respondendo por despesas comuns para a manutenção de seus componentes e, dentro do possível, adquirir patrimônio de forma a melhorar as condições econômicas.

Para garantir vida digna à família é reconhecida a impenhorabilidade do bem que lhe serve de residência.

Destacam-se os seguintes direitos patrimoniais assegurados aos conviventes: meação, alimentos, herança (limitados aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, questiona-se a constitucionalidade dessa limitação), inventariança, direito real de habitação, benefícios previdenciários, dependência para fins tributários.

¹⁴⁹ “Então, a única diferença que se pode aceitar entre casamento e união estável é quanto à prova. No casamento, ela é pré-constituída (certidão de casamento); na união estável, a prova pode ser pré ou pós-constituída. Será pré-constituída, quando os companheiros formatarem escritura pública de pacto patrimonial, no início da convivência, na qual escolherão qual o regime de bens que regerá a entidade familiar. Será pós-constituída, quando os companheiros silenciarem quanto ao regime de bens e ao início da entidade familiar, cuja prova poderá ser produzida durante a união estável ou quando de sua dissolução.” Belmiro Pedro Welter, Estatuto da União Estável, p. 23

5.6 POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA E PUTATIVA

Não há regras tratando da possibilidade de uniões estáveis paralelas. No entanto, partindo da premissa de que a união estável é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora de estado de casado, o qual, por consequência, tem como referência o casamento, e este no direito brasileiro é uno e monogâmico, conclui-se pela não possibilidade.¹⁵⁰

Por analogia, o segundo relacionamento teria aparência de concubinato.

O STJ decidiu que “mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo” (REsp. 789.293-RJ, 2006). O Tribunal de origem admitiu a união estável putativa, “em que a companheira posterior desconheça a existência da união anterior”.

Ensina Paulo Lôbo de que as causas de invalidade do casamento (nulidade e anulabilidade) não podem ser aplicáveis à união estável, pois esta não é ato jurídico, mas sim atos-fatos. Logo, a união estável existe ou não juridicamente, produz efeitos ou não os produz, mas não é válida ou inválida.

Levando isso em consideração, parece não ser possível acatar a possibilidade de união estável putativa, como o fez o STJ no caso anteriormente citado.

Maria Berenice Dias¹⁵¹ defende a possibilidade de vínculos paralelos, pois a lei não prevê fidelidade, tampouco coabitação. Também acata a possibilidade de união estável putativa, tal qual a figura do casamento putativo (CC 1.561), desde que haja boa-fé de um ou de ambos os conviventes.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵² compartilham da mesma opinião da possibilidade de união estável putativa sob os mesmos argumentos. Entretanto, quanto ao paralelismo, apenas no caso da segunda ser putativa.

¹⁵⁰ Paulo Lôbo, Famílias, p. 154.

¹⁵¹ Maria Berenice Dias, Manual de direito das famílias, p. 164

5.7 TERMO INICIAL E TERMO FINAL DA UNIÃO ESTÁVEL

Por não ser público como o casamento, a determinação do início da união estável não é algo simples, apesar de ser fundamental para demarcar o momento a partir do qual passam a ser exigíveis os deveres dos conviventes quanto aos aspectos pessoais e patrimoniais.

Um marco importante para delimitar o início da convivência seria a coabitação. Como meio probatório podem ser admitidos: a aquisição de imóvel para moradia; a aquisição de móveis para a moradia; o contrato de aluguel do imóvel; o testemunho de amigos, vizinhos, colegas de trabalho; o pagamento de contas do casal; a correspondência recebida no endereço comum. O nascimento de prole pode ser a causa da convivência ou posterior a ela.¹⁵³

Na hipótese de residências distintas, correspondências, fotos e documentos de viagens, a assunção por um dos companheiros das despesas do outro podem determinar o momento a partir do qual os conviventes passaram a se apresentar como se casados fossem perante suas relações sociais.

Perplexidade causa a questão da união estável surgida a partir da separação de fato de ao menos um dos companheiros, pois há de se perquirir dois marcos temporais. O primeiro é aquele que determina a separação de fato, e o outro o do início da união estável.

Nada impede, aliás aconselha, os conviventes regularem da forma avençada as questões patrimoniais através da elaboração de contrato escrito (“contrato de convivência”), conforme disposto no art. 1.725 do CC. Apesar de não ser tal instrumento ato criador da união estável, não há como negar que representa forte indício de sua existência. Não havendo, o mesmo artigo prescreve o regime de comunhão parcial de bens.

Pode se revestir de escrito particular ou de escritura pública, ser levado ou não a inscrição, registro ou averbação. Para ter eficácia *erga omnes* deve ser averbado.

A extinção também termina sem qualquer ato jurídico, tão somente em decorrência da ruptura da convivência *more uxório*. Nessa separação de fato não há, de forma alguma, investigação acerca da culpa de algum dos conviventes.

¹⁵² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 398.

¹⁵³ Paulo Lôbo, *Famílias*, p. 156

A exemplo das relações matrimonializadas, a dissolução pode ser de forma amigável ou litigiosa. Caso seja amigável, pode ser exteriorizada, se for do desejo dos conviventes, em instrumento particular (“dissolução amigável de união estável”) contendo disposições acerca do pagamento de alimentos, da guarda dos filhos e respectivo direito de convivência, da partilha dos bens comuns; dispensa instrumento público ou homologação judicial.

Obviamente, caso contrário, havendo litígio entre as partes, deve-se socorrer judicialmente com o pedido de dissolução cumulado com pedido incidental de declaração da existência da relação jurídica de união estável.

Nada obsta o pedido de separação de corpos, de forma cautelar ou no curso do processo de dissolução, quando a convivência comum estiver insuportável, principalmente com eminente perigo à segurança pessoal. Pelo princípio da igualdade entre as entidades familiares, possível admitir cabíveis demais medidas comuns ao processo de separação judicial litigiosa dos cônjuges.

VI. SUCESSÃO

6.1 CONCEITOS GERAIS

Mors omnia solvit, a morte dissolve tudo, é o que diziam os romanos. Com a morte da pessoa cessa sua capacidade jurídica. Ou seja, conforme Francisco Amaral, “a existência da pessoa natural e sua capacidade jurídica terminam com a morte (art 6º do CC).” Para o sepultamento é indispensável a certidão de óbito que comprova a morte. Com esta, há efeitos jurídicos nas relações das quais participava o falecido, extinguindo as intransmissíveis (as de personalidade, as de família, uso, habitação e outras), modificando as transmissíveis, como o são a maioria das patrimoniais, que passam aos herdeiros, impedindo a formação de outras, e criando algumas (tal como o seguro de vida).¹⁵⁴

Inicialmente, cabe destacar o conceito da palavra sucessão delineado pelo dicionário da língua portuguesa Houaiss como:

ato ou efeito de suceder(-se); sucedimento 1 sequência, série de pessoas, de fatos ou de coisas que se sucedem sem interrupção ou com pequeno intervalo <s. de reis> <s. de ocorrências> <s. de idéias> 2 ato ou efeito de prosseguir, prosseguimento, seguimento, continuação <a s. do tempo> 3 transmissão de direito ou de bens operada pelas vias legais, entre pessoa falecida e um ou mais sobreviventes; herança <direito de s.> 4 transmissão de direitos ou encargos, em seguida à morte, de acordo com certas regras ou leis especiais <a s. do reino> 5 p.met. conjunto dos herdeiros ou descendentes; prole <morreu sem s.> [...] s. a título universal JUR m.q. SUCESSÃO HEREDITÁRIA • s. hereditária JUR transmissão de bens e direitos de pessoa falecida a seus herdeiros; sucessão a título universal, sucessão universal • s. inter vivos JUR transmissão de direitos que acontece entre vivos, em decorrência de ato ou contrato voluntário entre os indivíduos • s. legítima JUR 1 aquela que procede de disposição legal; sucessão por força da lei 2 conjunto de normas que têm de ser levadas em conta quando do deferimento da herança aos herdeiros • s. mista JUR a sucessão em que há herdeiros legítimos e herdeiros testamentários • s. por força da lei JUR m.q. SUCESSÃO LEGÍTIMA • s. provisória JUR aquela que é aberta em decorrência de sentença que declara a ausência da pessoa, cujos bens e direitos, com algumas restrições, são transmitidos aos herdeiros necessários • s. testamentária JUR 1 aquela que, por meio de testamento, procede de disposição de última vontade 2 conjunto de normas que regulam cada forma de sucessão • s. universal JUR m.q. SUCESSÃO HEREDITÁRIA [...]155

A partir do significado lato do vocábulo sucessão, vislumbra-se que esta pode dar-se tanto por *causa mortis* quanto por ato *inter vivos*. Em que pese tal extensão, o presente trabalho trata tão-somente do direito das sucessões.

Mas e o que versa o direito das sucessões? Nas palavras do autor Sílvio de

¹⁵⁴ Francisco Amaral, Direito Civil: Introdução, p. 225.

Salvo Venosa trata “de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte”.¹⁵⁶

Em resumo, o termo sucessão abarca tanto as transmissões por ato entre vivos, quanto em razão da morte. Porém o direito sucessório compreende o direito hereditário.

Desde os tempos remotos, os povos, subentendendo-se os gregos ou os romanos, já substituíam seus mortos, não somente patrimonialmente, como ocorre no direito atual, mas também sob os aspectos religiosos e políticos. Era condição necessária para ser herdeiro a continuação dos cultos religiosos familiares. Assim, os filhos homens assumiam a condição de sacerdotes, sendo sucessores da religião familiar, venerando seus ancestrais mortos, na casa familiar onde esses eram enterrados, prestando-lhes oferendas fúnebres e sacrifícios sobre os túmulos. Esse direito era exclusivo dos homens para manter o poder familiar e impedir a divisão do patrimônio.¹⁵⁷ A continuidade do culto familiar, independente da adoração geral da sociedade, era tão importante que aquele que não tivesse sucessor, não teria continuidade religiosa e se extinguiria o lar. Em decorrência disso a adoção e o testamento eram institutos sobremaneira essenciais, já que somente por intermédio dos mesmos se impedia o perecimento da religião e, conseqüentemente, do lar.¹⁵⁸

Roma, ainda, se diferenciava, pois a sucessão também assumia aspectos políticos, tendo em vista que o filho escolhido em testamento sucedia o pai de família, passando a ser o chefe do grupo familiar.¹⁵⁹

A morte, fato jurídico que é, decreta a abertura da sucessão, transmitindo-se, desde logo, a herança aos herdeiros legítimos e testamentários, é o que prescreve o art. 1.784 do CC. Ou seja, a titularidade patrimonial dos bens pertencentes ao falecido transfere-se aos seus sucessores. Em tempo, o direito à herança é previsto constitucionalmente no art. 5º, XXX.

Consequência lógica desse artigo é trazida pelo seguinte, art. 1.785, o qual dispõe que a sucessão será aberta no foro do último domicílio do falecido. O CPC, em seu art. 96, corrobora tal entendimento para os casos em que o domicílio do *de cuius* é certo. Contudo, há situações de incerteza, devendo-se, então, analisar as exceções trazidas no seu parágrafo único, incisos I e II¹⁶⁰, quais sejam:

Parágrafo único. É, porém, competente o foro:

I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;

¹⁵⁵ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p. 2631.

¹⁵⁶ Sílvio de Salvo Venosa, Direito civil: direito das sucessões, p. 15-16.

¹⁵⁷ Eduardo de Oliveira Leite, Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões, p. 25-26.

¹⁵⁸ Sílvio de Salvo Venosa, Direito civil: direito das sucessões, p. 16-17.

¹⁵⁹ Eduardo de Oliveira Leite, Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões, p. 26.

¹⁶⁰ Mario Roberto Carvalho de Faria, Direito das sucessões: teoria e prática, p. 1.

II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.

Portanto, para uma melhor compreensão de competência de foro para abertura da sucessão faz-se necessário o estudo conjunto de ambos os dispositivos legais.

O direito pátrio prevê dois modos de sucessão, sendo elas, a legítima e a testamentária, conforme prevê o art. 1.786 do CC.

A sucessão legítima ou *ab intestato* é a que decorre da lei. É quando o *de cuius* não deixa disposição de última vontade, ou ainda que teste, o testamento é tido caduco ou inválido (art. 1.788 do CC). Por outro lado, a sucessão testamentária é a que advém da vontade do *de cuius* quanto à cota disponível de bens (ou seja, o que não pertence à legítima).¹⁶¹ O testamento pode contemplar a totalidade da herança, desde que não haja legítima.

Primeiramente, destaca-se a definição de herança que, nas palavras do professor Eduardo de Oliveira Leite: “é uma universalidade de direito até a partilha”.¹⁶²

Outrossim, o artigo 1.791 do CC, reza que: a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. E em seu parágrafo único corrobora que: até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

O art. 1.798 do CC determina a regra geral de quem pode herdar, a saber: legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. A norma contida nesse artigo é mais abrangente que a do Código anterior, pois além de abranger a sucessão legítima, antes somente a testamentária, ainda são capazes de suceder os nascituros, ainda que potencialmente, pois, somente a partir do nascimento. Aponta-se que pessoas jurídicas, tanto de direito público quanto privado, também estão no rol de legitimados a sucederem.¹⁶³

¹⁶¹ Eduardo de Oliveira Leite, Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões, p. 37-38.

¹⁶² Eduardo de Oliveira Leite, Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões, p. 56.

¹⁶³ Eduardo de Oliveira Leite. Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões, p. 68-70.

Vencido isso, passa-se aos conceitos quanto aos herdeiros, ressaltando que uma mesma pessoa pode ocupar mais de uma acepção a seguir, tudo conforme o autor Luis Humberto Nunes Quezado.¹⁶⁴

Herdeiros legítimos são os definidos em lei. Como o próprio nome diz, ligam-se à sucessão legítima. Registra-se que a vocação hereditária é a capacidade para suceder, ou seja, possui vocação hereditária quem tem legitimidade para entrar na sucessão na qualidade de herdeiro.

Possuem uma ordem, quanto ao cônjuge, estabelecida no art. 1.829 do CC¹⁶⁵. No inciso I dá prioridade aos descendentes, contudo, concorrem com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Essas exceções também levantam divergências doutrinárias, conforme Venosa parece que a intenção do legislador foi proteger o cônjuge sobrevivente na hipótese deste não ter direito a bens pela não aplicação da meação. Para ele, o próprio texto é confuso.¹⁶⁶ No inciso II contempla os descendentes, mas, também em concorrência com o cônjuge. Por fim, em caso de inexistência de ascendentes e descendentes, defere exclusivamente ao cônjuge sobrevivente, e na falta deste, aos colaterais. Com relação ao companheiro, a ordem está contida no art. 1.790 do CC.

Os herdeiros necessários têm essa qualidade por se tratarem de alguns dos parentes próximos do *de cujus*, determinados pelo art. 1.845, do mesmo diploma legal, sendo os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Muito se discute da ausência da companheira na previsão legal.

A lei confere-lhes a legítima, que não pode ser subtraída por testamento, conforme art. 1.789 do CC. No mesmo sentido o art. 1.846 diz pertencer aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo

¹⁶⁴ Luís Humberto Nunes Quezado, Manual de direitos sucessórios.

¹⁶⁵ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

¹⁶⁶ Sílvio de Salvo Venosa. Direito Civil: Direito das Sucessões. p. 108.

a legítima. Os herdeiros necessários, portanto, não podem ser afastados pelo arbítrio do autor da herança; salvo caso de deserção (art. 1.961).

Outrossim, os herdeiros testamentários têm seu quinhão definido pelo testamento e dentro da cota disponível.

Finalmente, os legatários são os que recebem um legado, consistente em uma coisa certa e determinada, ou seja, uma transmissão *causa mortis* a título singular.

Verifica-se que a transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários ocorre de imediato, independente da aceitação e até mesmo do conhecimento da situação por estes. Essa transmissão instantânea advém do direito francês, mais propriamente dito, do instituto conhecido como *saisine*.¹⁶⁷ Nesse sentido, o art. 1.804, da lei civilista pátria, preceitua que: aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Essa aceitação pode ser expressa ou tácita conforme art. 1.805. A primeira verifica-se quando o herdeiro declara expressamente nos autos de inventário que aceita a herança deixada pelo *de cuius*. A segunda, mais comum, ocorre quando se pratica atos compatíveis com a qualidade de herdeiro, como é o caso de se habilitar nos autos de inventário. Em contrapartida, a renúncia deve, obrigatoriamente, ser expressa, conforme mandamento do art. 1.806 do CC. Podendo ser por instrumento público ou termo judicial.¹⁶⁸

É bom destacar o enunciado do art. 1.808 do CC: não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo. Também o do art. 1.812: são irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.

Existem duas formas de um herdeiro ser excluído da sucessão.

A primeira, prevista em lei, art. 1.814¹⁶⁹ e seguintes, do Código Civil, denominada de indignidade, que nas palavras do professor Mario Roberto Carvalho de Faria: “é a pena civil aplicada ao herdeiro acusado de atos criminosos ou reprováveis contra o *de cuius*, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou

¹⁶⁷ Mario Roberto Carvalho de Faria, Direito das sucessões: teoria e prática, p. 55.

¹⁶⁸ Mario Roberto Carvalho de Faria, Direito das sucessões: teoria e prática, p. 56.

¹⁶⁹ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

descendente.¹⁷⁰

A segunda, a deserdação, conforme o mesmo professor: “é o ato através do qual alguém, apontando como causa um dos motivos descritos na lei, afasta de sua sucessão um herdeiro necessário, através de testamento.”¹⁷¹ Ressalta-se que, conforme o art. 1.962, do Código Civil, as causas de indignação são as mesmas para a deserdação, ou seja, aquelas previstas no artigo 1.814, além das previstas nos artigos 1.962¹⁷² e 1.963¹⁷³.

Tendo em vista que ambas têm a mesma finalidade, faz-se mister a demonstração das diferenças feitas pelo professor Eduardo de Oliveira Leite. A primeira, a indignidade, é própria da sucessão legítima, tem sua previsão na lei e os motivos da exclusão podem dar-se antes ou depois da morte do *de cuius*. Enquanto, a segunda, a deserdação, é própria da sucessão testamentária, depende não de lei, mas da vontade do *de cuius*, e por consequência os motivos da exclusão só podem ser anteriores à morte do testador.¹⁷⁴

6.2 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Cabe, primeiramente, um breve histórico da situação do cônjuge no ordenamento legal pátrio trazido pelo autor João Gabriel Villela Machado. Tem-se que durante o regramento das Ordenações Filipinas (século XIX e início do século XX), a ordem de vocação hereditária era: 1º) descendentes; 2º) ascendentes; 3º) colaterais até o décimo grau; 4º) cônjuge; e 5º) Fisco. Assim, destaca-se que os colaterais até o décimo grau estavam posicionados anteriormente aos cônjuges, dificultando na prática a sucessão pelo cônjuge. No entanto, com o advento da Lei nº 1.839/1907, conhecida como lei Feliciano Pena, a situação do cônjuge tem uma melhora considerável, pois passa a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação, ou seja, antecedendo aos colaterais. Ainda, sob a vigência do Código Civil de 1916

¹⁷⁰ Mario Roberto Carvalho de Faria, Direito das sucessões: teoria e prática, p. 81.

¹⁷¹ Mario Roberto Carvalho de Faria, Direito das sucessões: teoria e prática, p. 84.

¹⁷² Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

¹⁷³ Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

¹⁷⁴ Eduardo de Oliveira Leite, Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões, p. 104-105.

(art. 1.603), o cônjuge continuou posicionado em terceiro lugar, e esse só seria chamado a suceder se, ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal (art. 1.611), ou seja, não poderia estar separado judicialmente. Ainda, o cônjuge não era considerado um herdeiro necessário, permitindo que o *de cuius* testasse seu patrimônio em favor de terceiros. A maior alteração ao Código Civil de 1916 veio com a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a qual instituiu o usufruto vidual e o direito real de habitação, com objetivo de amparar a mulher para que não ficasse desabrigada após a morte de seu marido. No entanto, a grande mudança adveio com o Código Civil de 2002, art. 1.829, no qual o cônjuge passa a ser herdeiro necessário e em concorrência com os descendentes, exceto se casado sob os regimes da comunhão universal de bens, separação obrigatória (legal) de bens ou comunhão parcial de bens, e o falecido não houver deixado patrimônio particular, e em concorrência com os ascendentes. Dessa forma, passando a ter direito à legítima.¹⁷⁵

Conforme dispõe a Súmula 377 do STF: no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Assim, tal cônjuge já seria meeiro em relação aos bens adquiridos em comum, não sendo, portanto, justa a sua concorrência com os demais sucessores.

Os requisitos para a participação do cônjuge à herança estão previstos no art. 1830¹⁷⁶ do CC: não estar separado judicialmente, tampouco separado de fato há mais de dois anos, ou, caso esteja, deve haver prova de ausência de culpa do sobrevivente pela impossibilidade da convivência.

Para Mario Roberto Carvalho de Faria¹⁷⁷ o legislador inovou ao propiciar “a exclusão do cônjuge se estiver separado de fato há mais de dois anos e for culpado da separação”. Continua seu raciocínio afirmando que cabe ao consorte apenas provar que é casado, cabendo aos demais sucessores “fazer a prova para excluir o cônjuge da sucessão”, por analogia aos casos da exclusão de herdeiro por indignidade e por deserdação. Os fatos devem ser apreciados em ação própria da competência da Vara de Órfãos e Sucessões, enquanto “os autos do inventário permanecerão parados, aguardando o desfecho da ação”.

A quem cabe o ônus da prova não é pacífico na jurisprudência. Na apelação 543.700.4/0-00 da 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, o relator, Des. Paulo

¹⁷⁵ João Gabriel Villela Machado, Uma análise do controvertido art. 1830 do CC/02, sob um cotejamento civil-constitucional.

¹⁷⁶ Art. 1.830 CC. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Eduardo Razuk, proferiu voto prescrevendo que “o ônus da prova da culpa é dos terceiros interessados, na espécie os colaterais, irmãos do falecido, que têm de provar que a ruptura da vida conjugal se deu por culpa do cônjuge, em ação própria. Visto que *legem habemus*, divagações de *lege ferenda* não podem ser consideradas para o caso concreto.” O revisor, Des. Vicentini Barroso, acompanhou o voto do relator quanto ao ônus da prova de culpa, apesar “dos inequívocos equívocos do legislador na elaboração do preceito”, restringindo sua análise “aos termos da lei existente (*de lege lata*). O Des. Guimarães e Souza, voto vencido, entendeu ser da viúva o ônus da prova, “porque a condição dela de herdeira é exceção à ordem de vocação hereditária, eis que só passa a ostentar essa condição se separada há mais de dois anos, e que essa separação resultou da impossibilidade de convivência com o autor da herança, sem que tenha havido, culpa de sua parte”.

Ressalta-se que muitos doutrinadores não concordam com a inclusão da separação de fato como mais um fato de suprimir da vocação hereditária o cônjuge supérstite e muito menos com a possibilidade de discussão de culpa, no âmbito do processo de inventário.¹⁷⁸

O art. 1.845, como já visto e seguindo uma tendência universal dos povos ocidentais, inovou ao considerá-lo, ao lado dos descendentes e ascendentes do *de cujus*, herdeiro necessário.

Por fim, vislumbra-se que o usufruto vidual não foi assegurado no ordenamento atual, em contrapartida o instituto do direito real de habitação foi revigorado em seu art. 1.831: ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.¹⁷⁹

Novamente, um breve histórico, agora, da situação dos companheiros no ordenamento pátrio. Em virtude de o Brasil ser um país inegavelmente religioso, os direitos dos casais que não contraíam casamento eram restritos, já que o casamento era considerado o único meio legítimo para a formação da família. A partir do advento da união estável pela CF/88 (art. 226, § 3º) a jurisprudência começou a

¹⁷⁷ Mario Roberto Carvalho de Faria, *Direito das Sucessões*, p. 127-128

¹⁷⁸ João Gabriel Villela Machado, *Uma análise do controvertido art. 1830 do CC/02, sob um cotejamento civil-constitucional*.

¹⁷⁹ João Gabriel Villela Machado, *Uma análise do controvertido art. 1830 do CC/02, sob um cotejamento civil-constitucional*.

reconhecer direitos referentes à sucessão *causa mortis* àqueles que viviam como companheiros. Em sede infraconstitucional, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 vieram outorgar de fato direitos sucessórios aos companheiros. Essa última estabeleceu um regime de bens semelhante ao da comunhão parcial de bens, passando os companheiros a serem meeiros dos bens adquiridos durante o relacionamento, tendo em vista que tais são considerados como havidos do esforço comum do casal convivente.¹⁸⁰

Com a promulgação do Código Civil de 2002, conforme expõe Sílvia Venosa¹⁸¹, ainda deixou-se a desejar as alterações introduzidas na disciplina jurídica da sucessão do companheiro. Primeiramente, a manutenção em parte das Leis de 1994 e 1996. Em segundo lugar o único artigo que dispõe sobre o direito sucessório dos companheiros (art. 1.790) está deslocado, pois entre as disposições gerais e não em conjunto com a ordem de vocação hereditária. Parece que o legislador queria “evitar críticas sociais”, e para tanto colocou o companheiro como “participante” e não herdeiro, não o posicionando “definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária”.

Parece ser unânime na doutrina o repúdio à dicção do art. 1790.¹⁸² Sílvia Rodrigues,¹⁸³ peremptoriamente, afirma que o novo Código Civil “regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão”.¹⁸⁴

Parte da jurisprudência também caminha nessa direção. No Agravo de Instrumento nº 990.10156613-3 da 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, o relator, Des. Elliot Akel, em seu voto de 21 de setembro de 2010, admitiu “tormentoso é o

¹⁸⁰ João Gabriel Villela Machado, Uma análise do controvertido art. 1830 do CC/02, sob um cotejamento civil-constitucional.

¹⁸¹ Sílvia de Salvo Venosa, Direito civil: direito das sucessões, p. 118-123.

¹⁸² Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

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

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

¹⁸³ Sílvia Rodrigues, Direito Civil: Direito das Sucessões, p. 119

tema, mas a melhor doutrina, como a jurisprudência mais sensível, vêm se orientando no sentido da equiparação” da situação da companheira à do cônjuge supérstite. Considerou inaplicável o art. 1.790 do CC ao caso concreto, considerando adequado o uso “das normas que disciplinam a sucessão do cônjuge sobrevivente, estipuladas no art. 1.829, I do CC.”

Na Apelação Cível nº 2007.017209-6 da 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, 28 de novembro de 2007, a relatora, Des^a. Salete Silva Sommariva, afastou a aplicação do art. 1º da Lei nº 6.858/80 e o art. 1.790 do CC, por inconstitucional, e determinou a seguinte partilha dos créditos trabalhistas (considerados bem comum da união estável) não recebidos em vida pelo empregado com fulcro, por analogia, no art. 1.829, I do CC: cinquenta por cento do total líquido para a companheira a título de meação, a outra metade do total líquido distribuído na fração de um sétimo para cada descendente (dois com a companheira e cinco da união anterior). Observou ainda “que o legislador de 2002 ao tratar do direito sucessório, não conferiu tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges, o que até então havia e era recepcionado pelas leis e decisões dos Tribunais.”

No mesmo sentido:

UNIÃO ESTÁVEL Reconhecimento e dissolução. Companheiro falecido. Sucessão. Inconstitucionalidade do art 1790 II do CC/02. Falecido o companheiro deixando apenas um filho, sua companheira herda em concorrência com este, nos bens adquiridos a título gratuito. Interpretação sistemática da atual ordem constitucional. Art 1829 I, CC/02 c/c 226 CF. Bem imóvel adquirido na constância da sociedade de fato deve ser partilhado. Recursos desprovidos. (TJSP - Apelação Cível nº 520.626.4/3-00, Des. Teixeira Leite, j. 26/11/2009).

DIREITO DE SUCESSÃO - INVENTARIANTE - DEVER DE CONSERVAÇÃO DOS BENS - AUSÊNCIA DE PROVAS DE DEPRECIÇÃO DO PATRIMÔNIO - UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA PELOS HERDEIROS - APLICAÇÃO DO ART. 1725 DO CC - REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPANHEIRA À CÔNJUGE - DIREITO À MEAÇÃO DOS BENS - AUSÊNCIA DE BENS NÃO ONEROSOS - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. - Nos moldes do art. 991 e 992 do CPC, é dever do inventariante zelar pelos bens do espólio, devendo promover, sempre que necessário, todas as diligências para manutenção do patrimônio, evitando sua desvalorização e depreciação. - Reconhecida a união estável pelos herdeiros, a companheira equiparada constitucionalmente a cônjuge, participa do inventário na condição de meeira do de cujus, nos bens adquiridos na constância da união a título oneroso. - Se há somente bens onerosos, a companheira concorrerá no inventário na condição de meeira, sendo que a cumulação de meeira e herdeira somente ocorre na hipótese de concorrência de bens comuns e particulares. (TJMG - Apelação Cível nº

¹⁸⁴ No mesmo sentido Zeno Veloso: “O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”. Zeno Veloso, Do Direito Sucessório dos Companheiros, p. 285

1.0596.04.018852-3/001, Des^a. Sandra Fonseca, j. 05/07/2010)

Em sentido contrário:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Leo Lima, Redator para Acórdão: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/11/2009.)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS SUCESSÓRIOS.

1. Para partilha dos bens adquiridos na constância da união estável (união entre o homem e a mulher como entidade familiar), por ser presumido, há dispensa da prova do esforço comum, diz o acórdão embargado.
2. Os acórdãos apontados como paradigmas, por outro lado, versam essencialmente hipóteses de casamento (modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família), conduzindo ao não conhecimento dos embargos, dado que as situações versadas são diversas.
3. A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária.
4. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável.
5. Embargos de divergência não conhecidos". (STJ, EREsp 736.627/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25.06.2008, DJe 01.07.2008)

O *caput* do art. 1.790 restringe a participação do companheiro na sucessão do outro somente sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Tal restrição não imperava na Lei nº 8971/94, em que o companheiro poderia herdar a integralidade do acervo quando não existisse descendente ou ascendente. Nesses termos, para Silvio Rodrigues o comando do *caput* vincula os parágrafos, incisos e alíneas, pois são desdobramentos daquele no sentido de desenvolver, restringir ou explicitar a regra principal.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito das Sucessões, p. 118

Zeno Veloso critica a limitação da participação à herança do companheiro aos bens onerosos. Por um lado, pode o mesmo ficar sem bem algum, desde que nenhum bem seja adquirido na vigência da união não matrimonializada. Pelo outro, o companheiro pode ter vantagens quando comparado ao cônjuge sobrevivente, uma vez que sobre o bem oneroso adquirido na vigência da união estável já possui direito à meação e, cumulativamente, à herança.¹⁸⁶

Quanto à possibilidade de equiparar o companheiro ao cônjuge na condição de herdeiro necessário, nada é citado por Sílvio Rodrigues, tampouco por Zeno Veloso. Subentende-se, portanto, que ambos não o consideram pela legislação atualmente vigente. A expressão “o companheiro participará da sucessão” é lida de forma diametralmente oposta por Mário Roberto Carvalho de Faria¹⁸⁷ em um dos extremos, e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁸⁸ no outro. Mário afirma que o legislador não quis, “de forma, alguma, impor os companheiros como herdeiros necessários”, tampouco a CF 88 equiparou a união estável ao casamento. Cristiano e Nelson defendem ser “evidente a sua imperatividade, não dando margem à vontade da parte para a sua exclusão pelo autor da herança. Equivale a dizer, o referido dispositivo codificado assegura que o companheiro vai participar e não que ele poderá participar.” Desprezam o silêncio do art. 1.845 do CC, além de corroborar esse entendimento a “norma constitucional que garante ao companheiro especial proteção do Estado.”

Os incisos I e II determinam que o companheiro supérstite, quando existir somente filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente à que, legalmente, for atribuída a estes filhos e quando existir descendentes só do *de cuius* (filhos ou netos exclusivos) ao direito à metade do que couber a cada um destes descendentes. Partindo-se do pressuposto constitucional de que não pode haver desigualdade entre os filhos, pergunta-se: como seria possível destinar à companheira, ao mesmo tempo, uma quota equivalente à dos filhos comuns, pelo inciso I, e outra representativa da metade daquelas destinadas aos filhos havidos na constância do casamento, em conformidade com o inciso II.

O inciso III prescreve a divisão em um terço para o companheiro e dois terços aos parentes sucessíveis. Estes são os ascendentes e os colaterais até o quarto

¹⁸⁶ Zeno Veloso, *Do Direito Sucessório dos Companheiros*, pp. 287-288

¹⁸⁷ Mário Roberto Carvalho de Faria, *Direito das sucessões: teoria e prática*, p. 154.

¹⁸⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das Famílias*, p. 408.

grau – previsão do art. 1.839 do CC, como leciona Sílvio Rodrigues.¹⁸⁹ Mesmo acatando o legalismo, o mestre não vê razão para a concorrência do colateral, pois o companheiro é que compõe o núcleo familiar e, o correto, seria colocá-lo “à frente dos colaterais.”

Na ausência dos anteriores, o inciso IV destina a totalidade da herança ao companheiro. Nova inquietude surge aqui, para alguns a totalidade refere-se apenas aos bens onerosos, sendo o restante devolvido ao Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal (art. 1.844 do CC).¹⁹⁰ Para outros, a totalidade abarca realmente toda a herança. Esse é o entendimento de Mário Roberto Carvalho de Faria¹⁹¹ ao deitar maior critério na análise desse mesmo artigo (“não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro nem parente algum sucessível”).

Outro ponto nebuloso para Venosa, é que o art. 1.725 permite aos conviventes firmarem contrato escrito estabelecendo regras diversas aos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável, e na falta deste, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens. Assim, os conviventes contratando outro sistema patrimonial, será que esse regime prevaleceria no direito sucessório? O legislador deveria ter se pronunciado, mas foi omissivo, e assim a resposta deveria ser negativa, tendo em vista que o contrato não segue as mesmas regras de forma e registro de um pacto antenupcial. O principal, entretanto, é conciliar a aplicação do art. 1.660, bens aplicáveis à comunhão parcial, com o imperativo da comunicação dos bens adquiridos onerosamente.

Inegavelmente, silenciou o Código acerca da hipótese de existência concomitante de filhos exclusivos e comuns, e a doutrina, conforme Maria Helena Diniz¹⁹², apresenta as seguintes soluções:

- 1) considerar tais filhos como comuns, dando ao companheiro supérstite quota equivalente à deles;
- 2) identificar os referidos descendentes como exclusivos do *de cujus*, conferindo ao companheiro supérstite a metade do que caberia a cada um deles;

¹⁸⁹ Sílvio Rodrigues, Direito Civil: Direito das Sucessões, p. 118

¹⁹⁰ Zeno Veloso, Do Direito Sucessório dos Companheiros, pp. 287-289

¹⁹¹ Mário Roberto Carvalho de Faria, Direito das sucessões: teoria e prática, p. 153.

¹⁹² Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões, p. 133-135.

3) conferir ao companheiro sobrevivente uma quota(em concorrência com filhos comuns) e meia(em concorrência com descendentes exclusivos do autor da herança);

4) subdividir, proporcionalmente, a herança conforme o número de descendente de cada grupo em concorrência com o convivente.

A nobre doutrinadora paulista defende a segunda solução, taxando-a como mais justa e adequada aos ditames constitucionais e legais, vez que aplica os arts. 4º e 5º da LICC e o princípio constitucional da igualdade dos filhos (CF, art. 227, §6º). Prioriza, portanto, o vínculo da filiação do autor da herança em detrimento daquele existente com o companheiro sobrevivente - terá direito à metade do que couber a cada um dos descendentes do *de cuius*.

Ocorre uma situação paradoxal quando o artigo 1.790 do CC possibilita o direito sucessório à companheira, e o art. 1.830, contempla a cônjuge quando preenchidos seus requisitos. Isto significa que, além dos filhos do *de cuius*, participarão na herança a ex-cônjuge e a companheira.

Aqui começa uma das mais tormentosas questões na sucessão, pois, como há diferentes regras quanto às proporções cabíveis quando da concorrência dos descendentes com o cônjuge, e daqueles com a companheira na partilha dos bens remanescentes, qualquer tentativa que se faça no sentido de dividi-los resulta na quebra dos mal redigidos dispositivos dos arts. 1.790 e 1.829.

Zeno Veloso é preciso em sua ponderação:¹⁹³

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Não bastasse esse imbróglio todo, a dicção do art. 1.801,IV traz uma perplexidade grande ao prever a não nomeação como herdeiro tampouco legatário do concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos. É oportuno repetir que findo o projeto afetivo, e com a separação fática do casal, o art. 1.723, § 1º prevê a possibilidade do estabelecimento de novo relacionamento para os cônjuges com outros parceiros por

¹⁹³ Zeno Veloso, Do Direito Sucessório dos Companheiros, p. 294

meio do reconhecimento da união estável. Portanto, o termo concubino para esse caso está completamente equivocado, em flagrante desrespeito ao rigor técnico. Novamente traz à cena a discussão da culpa pela separação quando da morte do testador. Por fim, cria flagrante antinomia ao delimitar o prazo de cinco anos de separação fática.

VII. CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE E O CONVIVENTE SUPÉRSTITES

7.1 CONCORRÊNCIA SEM SEPARAÇÃO DE FATO

Com fulcro nas considerações até aqui expostas, fundamentais para a compreensão do problema, passemos à análise da possibilidade da concorrência entre o cônjuge e o convivente supérstites. Percebe-se que a tarefa não é simples, haja vista acaloradas discussões doutrinárias, uns mais progressistas outros mais tradicionalistas, redações confusas, e tantas antinomias. Indispensável, nesse cenário, o uso dos princípios constitucionais e do senso de justiça, portanto da equidade, para mitigar os rigores da lei e compatibilizar os conflitos normativos.

Cabe, prefacialmente, realçar a diferença entre o direito à meação e o direito sucessório, que apesar de próximos, pois ambos determinam a divisão, e transferência da titularidade patrimonial, não se confundem. O primeiro, com origem na seara familiar, decorre do regime de bens, da comunhão de vida do casal, seja em função do casamento ou da união estável, para a construção do patrimônio comum da entidade familiar. Claro que está circunscrito aos termos do pacto antenupcial ou aos do contrato de convivência, que definirão quais bens serão afetados e em quais proporções se darão suas divisões quando da dissolução da sociedade conjugal, portanto, não necessariamente metade a cada um do par. O segundo decorre da morte da pessoa, e da necessidade da transferência de titularidade de seu patrimônio aos herdeiros, seja pela vontade do *de cuius*, seja pela prescrição legal.

Observa-se que pela meação retifica-se, se em nome do cônjuge ou do companheiro, ou ratifica-se, se em nome próprio, a titularidade sobre patrimônio próprio que estava em regime de condomínio, indivisível, por conta da vida em comum com outra pessoa, lastreada numa relação afetiva, por seu turno, pela sucessão é possível a aquisição de titularidade sobre bem alheio por ocorrência da morte, melhor dizendo, a transferência de titularidade dos bens do *de cuius* aos seus herdeiros.

Curial não olvidar que a morte é fato jurídico suficiente para promover tanto a meação, uma vez que faz findar a sociedade conjugal – na verdade vai além ao, também, dissolver o vínculo matrimonial, quanto a abertura da sucessão, pois é a própria razão da existência do Direito Sucessório. Dessa conexão, é mister extrair

que a apuração, a definição dos bens a serem inventariados, passa pela etapa anterior e necessária da retirada da parcela patrimonial destinada ao cônjuge ou companheiro, relativa à meação.

Há duas possibilidades a serem consideradas quanto ao casamento: uma delas é a existência da separação de fato do casal, e a outra, por exclusão e seu complemento, é a ausência da separação de fato, ou seja, relações simultâneas com uma pessoa pertencente aos dois arranjos sociais. Frisa-se, que mesmo havendo uma separação de fato, é possível afirmar, em última análise, que formalmente há uma simultaneidade familiar.

Em ambos os cenários, deve-se resolver, por partes, os intrincados e concomitantes liames jurídico-patrimoniais que o fazem assumir, em determinados momentos, a dramaticidade dos paradoxos insolúveis.

A primeira questão a ser espancada é estabelecer se há uma ou duas meações a serem realizadas em função da dissolução das sociedades conjugais. Caso se considere ocorrência de casamento simultâneo à união estável seriam duas meações, instituto próprio do Direito de Família. Se o casamento for concomitante a um concubinato, parece apropriado pensar em uma meação e uma dissolução de sociedade de fato, campo obrigacional, investigando-se provas para certificar a participação na formação do patrimônio comum. Em segundo lugar, é necessário definir um critério para o estabelecimento destas meações. O que é de suma importância a ser apurado aqui são datas de início e término das relações, e delimitar os bens comuns pertencentes aos distintos núcleos familiares, com base nos regimes de bens adotados pelo pacto antenupcial e pelo contrato de convivência, ou, na falta desses, pela suplementação legal: regime de comunhão parcial. Isso posto, procede-se à respectiva partilha dos bens nas correspondentes proporções. Finalmente, seguidos os itens precedentes, é obtido o montante de bens e obrigações particulares que compõem o acervo patrimonial do *de cuius*. Resta a tarefa de atribuir quem participará da partilha da herança e em quais proporções.

Partindo do pressuposto de que não houve separação de fato, depara-se com a situação jurídica da existência de um casamento e um concubinato (art. 1.727 do CC). A análise compulsória para essa hipótese é se o concubinato pode ser

considerado uma entidade familiar, e, portanto, haveria famílias simultâneas com relações concomitantes de conjugalidade, e sobreposição de regime de bens.¹⁹⁴

Como bem lembrou Rodrigo da Cunha Pereira, apesar de os civilistas sempre abordarem o “tema concubinato, metodologicamente, na parte de Direito de Família,” curiosamente, para não dizer paradoxalmente, o instituto não era considerado como família pela maioria dos doutrinadores e dos tribunais até o advento do art. 226 da CF 88. Alguns resistiram, mesmo após esta, e deferiam ao instituto tratamento do Direito das Obrigações. Pela inércia, é natural resistir “às mudanças e inovações. É muito mais cômodo permanecer no velho para não ter de refletir e repensar as novas questões que se apresentam em nossa vida.”¹⁹⁵ Nesse raciocínio, concubinato quer significar tão-somente o que a doutrina chamava concubinato puro, que hoje é denominado união estável. De qualquer forma, a reflexão deve ser renovada para os casos de concubinato impuro.

Em artigo publicado na página do IBDFAM, diga-se de passagem citado no REsp 1157273/RN pela relatora Exma. Sra. Ministra do STJ Nancy Andrighi, Laura de Toledo Ponzoni¹⁹⁶ analisa a possibilidade do reconhecimento jurídico de famílias simultâneas baseadas em várias uniões estáveis. Cita ela a existência de três correntes doutrinárias:

_ a primeira corrente, representada por Maria Helena Diniz, rejeita o reconhecimento de qualquer uma das uniões estáveis nessas circunstâncias, tendo por fundamentos os deveres de fidelidade ou de lealdade, além do princípio da monogamia, permitindo, apenas, indenização por danos materiais e morais ao se caracterizar abuso de direito, e por desrespeito à boa-fé objetiva;

_ a segunda corrente, majoritária, apóia-se na boa-fé e no emprego por analogia do regramento do casamento putativo, resguardando os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável, sem prejuízo dos danos morais para aquele que pensava integrar uma entidade familiar de acordo com os ditames legais. No entanto, se este tinha ciência da situação fática de impedimento

¹⁹⁴ “A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém se colocar concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum. Dentre as possibilidades de configuração de simultaneidade, avulta como alvo de maiores controvérsias aquela que se institui mediante duas ou mais relações concomitantes de conjugalidade – aqui tomada tanto em sua concepção formal matrimonializada quanto em sua conformação como situação de fato.” Carlos Eduardo Pianovski, *Famílias Simultâneas e Monogamia*, pp. 193-194.

¹⁹⁵ Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e União Estável*, pp. 127 e 128

¹⁹⁶ Laura de Toledo Ponzoni, *Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato*.

legal, não se aproveitaria da união estável putativa, tampouco teria assegurada indenização por ele também pautar sua conduta pela má-fé. Esse entendimento, segundo Laura, teria o inconveniente de igualar união estável ao casamento, ao usar a analogia do casamento putativo, além da necessidade de buscar provas para ordenar cronologicamente o início das relações, permitindo, dessa forma, determinar qual é a relação que constitui real união estável, e quais são uniões putativas;

_ a terceira corrente, capitaneada por Maria Berenice Dias, pugna por reconhecer todas as uniões concomitantes como entidades familiares independentemente de boa-fé, para isso, ignora a fidelidade como fator essencial à união estável e a própria monogamia, por outro lado, evita o privilégio do infiel ao garantir efeitos jurídicos próprios da área familiar.

Transpondo o estudo exposto para o tema em discussão, ou seja, casamento e concubinato, das três hipóteses acima restam as duas últimas, pois o formalismo do qual se reveste o casamento, considerando-o válido para fins da análise, é motivo suficiente para desprezar, de plano, a primeira corrente.

A análise da segunda corrente, ou seja, considerando a boa-fé do concubino não casado, membro não comum às duas entidades familiares, conduziria a uma simultaneidade entre casamento e união estável putativa. Com isso, todos os efeitos jurídicos decorrentes dessa entidade familiar devem ser considerados em prol do concubino, ou melhor, companheiro (pois o rigor técnico assim impõe) que desconhecia o enlace matrimonial de seu par.

Uma vez que o casamento putativo gera efeitos até a data da sentença anulatória (art. 1.561 CC), com a morte do companheiro, por analogia, cabe àquele supérstite todos os direitos relativos à meação e à sucessão. Silvio Venosa informa que a decisão tem eficácia *ex nunc*. Para ele, independentemente da “causa de pedir que motivou a anulação”, uma vez presente a boa-fé, “a sociedade conjugal dissolve-se, como se tivesse ocorrido a morte de um dos cônjuges, partilhando-se os bens.”¹⁹⁷

A não aceitação do concubinato como entidade familiar, como visto, repousa no princípio da monogamia e na ofensa ao dever de fidelidade.

¹⁹⁷ Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito de Família, p. 121.

Em instigante artigo, Carlos Eduardo Pianovski¹⁹⁸ informa ser a monogamia¹⁹⁹ tão somente uma regra para proibir mais de uma relação matrimonializada, constituída sob a chancela prévia do Estado, e não um princípio jurídico impondo um “dever-ser” a todas as relações familiares, inclusive aquelas situações familiares de fato, por afrontar a liberdade que deve prevalecer nesse campo de extrema importância para a formação da subjetividade e desenvolvimento da personalidade. A censura, portanto, deve se limitar ao juízo de reprovação social movido por uma moral média. Adicionalmente, a poligamia não é tolerada quando a dignidade da pessoa humana não for respeitada, exigindo a reprovabilidade jurídica nas circunstâncias em que ao menos um dos cônjuges/companheiros construa uma vida afetiva fundada no engano, na perfídia.

Divide ele o concubinato em duas espécies cuja classificação remete à ciência do fato pelo cônjuge exclusivo: o de má-fé, quando os concubinos ocultam; e o de boa-fé, quando é ostensivo a todos. Reputa-os como entidades familiares, e para o segundo admite o regime de comunhão parcial de bens, por analogia ao regime supletivo aplicável à união estável, destinando ao primeiro apenas efeitos obrigacionais – regime da sociedade de fato - para vedar o enriquecimento sem causa.

Pianovski²⁰⁰ vai além, e supondo casamento com comunhão parcial de bens paralelamente ao concubinato de boa-fé, informa as seguintes titularidades patrimoniais:

_ quando da existência apenas do casamento, os bens comuns integram apenas essa sociedade conjugal;

_ após a constituição do concubinato, e, conseqüentemente, início do paralelismo, o divisor de águas, os bens comuns em nome do cônjuge ou do concubino que não integram simultaneamente as duas famílias presumem-se pertencer exclusivamente às respectivas sociedades conjugais;

¹⁹⁸ Carlos Eduardo Pianovski, *Famílias Simultâneas e Monogamia*, pp. 193-194.

¹⁹⁹ No mesmo sentido, Marianna Chaves entende ser “completamente desarrazoado o juízo daqueles que consideram a monogamia como um princípio. É sim um vetor, mas de toda e qualquer relação fundada no afeto, e não apenas aquelas abarcadas pelos laços matrimoniais”. Marianna Chaves, *Famílias Paralelas*.

Em dissonância: “Ademais disto, só pode existir nos estreitos limites da monogamia a constituição de uma família, direcionando os cônjuges ou conviventes a sua união para a ética correspondência da mais absoluta fidelidade, de sentimentos, propósitos e atitudes e de valores, conferindo seriedade e harmonia à sua união, esta sim, capaz de gerar os típicos efeitos de uma relação livre e imaculada.” Rolf Madaleno, *A União (Ins)Estável (Relações Paralelas)*

²⁰⁰ Carlos Eduardo Pianovski, *Famílias Simultâneas e Monogamia*, pp. 218-219.

_ com o início do paralelismo, os bens comuns em nome do membro comum às duas famílias presumem-se dos três componentes, ou seja, os bens assim adquiridos estão sujeitos a uma *sui generis* meação de três partes. Como presunção que é, pode ser afastada por todo meio de prova em direito admitida.

Sua construção está fundamentada nas seguintes premissas²⁰¹:

_ uma relação conjugal somente será caracterizada como entidade familiar se apresentar alguns caracteres estruturais, destacando-se a ostensibilidade relativa à comunidade em que está inserida e a estabilidade;

_ constatadas duas entidades familiares em que há um membro em comum, opera-se a apreensão jurídica dessas realidades com fulcro nos princípios vetores do direito de família a seguir desenvolvidos;

_ a interpretação que maior efetividade oferece ao art. 226 da CF 88, em respeito ao “desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar”, é a “de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada”, é o princípio da família plural;

_ o princípio da liberdade informa que o Estado não pode impor aos cidadãos modelos pré-constituídos de família, pois esta é o “espaço privilegiado de formação de subjetividade;”

_ o princípio eudemonista coloca como centro da proteção jurídica da família cada um dos seus componentes, não mais um ente abstrato e transpessoal, para que possam “buscar sua felicidade por meio da convivência familiar”. Não é privilegiar o individualismo, mas sim as relações de coexistência entre os componentes da família, ou seja, esse princípio “deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro”;

_ o princípio da boa-fé vai determinar os limites da atribuição de eficácia jurídica quando da situação de simultaneidade, pois ele vai impor “deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial dos componentes da outra entidade familiar”. Há um dever de transparência ao dar ciência aos dois núcleos a existência paralela do outro, de forma a não frustrar expectativas da comunhão de vida instituída pela família aos integrantes de ambas.

²⁰¹ Carlos Eduardo Pianovski, *Famílias Simultâneas e Monogamia* pp. 200-213.

Em seu artigo, Marianna Chaves²⁰² descarta a manutenção do uso do termo “concubinato”, porque a relação apesar de tudo está fundada no afeto. A exemplo da união estável, também deve ser chamado de companheirismo, mesmo que queiram manter a “infeliz classificação de puro ou impuro, de má-fé ou boa-fé. A boa-fé, explica, é premiada pelo reconhecimento da entidade familiar por meio da união estável putativa, contudo, na realidade dos fatos, trata-se de uma exceção. A regra é a má-fé, e não a tutelar, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, abrindo “espaço para a ocorrência de toda sorte de injustiças”, tal como “o enriquecimento ilícito da família institucionalizada do concubino casado” e o “encorajamento da infidelidade conjugal”, pois nenhuma sanção patrimonial sofre o adúltero.

Desenvolve o tema taxando que “negar a existência das relações paralelas é simplesmente negar o inegável.” O princípio da liberdade às relações de família assegura a sua constante formação e reinvenção. Além do mais, “perquirir a boa-fé é tarefa complexa, além de haver o perigo de se cair no puro subjetivismo. A linha, a fronteira de onde a boa-fé passa a ser má é por demais tênue, podendo ser praticamente invisível, inalcançável, imperceptível. Desta maneira, indubitavelmente, o companheirismo, seja classificado como de boa ou má-fé, deve ser considerado entidade familiar. A decisão deve emergir em conformidade com a ética, em concordância com o direito justo e a dignidade da pessoa humana.”

A jurisprudência do TJ-RS vem reconhecendo a possibilidade de simultaneidade de casamento com união estável conforme se observa na Apelação Cível 70027512763 da 8ª Câmara Cível, e conseqüente divisão patrimonial. Em seu voto, o relator Des. Rui Portanova, sustentou que “se a partir do cotejo dos elementos específicos que o caso concreto apresenta, restarem evidenciados os requisitos caracterizadores da união estável (art. 1.723 do CC), considero o reconhecimento da segunda união, em concomitância ao casamento, ser a medida mais adequada à realidade e ao estágio atual de convivência entre as pessoas em nossa sociedade”. Adota a terminologia “união estável atípica”, mais adequada que o pejorativo concubinato, para os casos de relação não eventual entre duas pessoas que se amam e que vivem numa entidade familiar contínua e duradoura de forma paralela ao casamento de um dos companheiros.²⁰³

²⁰² Mariana Chaves, Famílias Paralelas

²⁰³ No mesmo diapasão: “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união

Com relação à divisão patrimonial, definiu-a nos seguintes termos: quando apenas do casamento, os bens adquiridos neste período são partilhados entre a esposa e a sucessão do *de cuius*; no período de união dúplice há uma “triação” dos bens adquiridos entre a esposa, a companheira e os herdeiros da sucessão do *de cuius*; por fim, após a separação de fato da esposa até o falecimento, os bens adquiridos neste período são metade da companheira e a outra metade destinada à sucessão do *de cuius*. O termo triação foi escolhido por representar uma divisão por três, ao existir duas uniões com um membro comum entre ambas, pois não pode haver divisão pelo “meio” que dá origem à palavra “meação” – quando presente apenas uma união. Assim, “tudo que o de cuius adquiriu com a esposa e com a companheira nesse período forma um patrimônio comum, a ser dividido entre os três (1/3 para a esposa, 1/3 para a companheira e 1/3 pertencente ao de cuius, que é a herança – espólio).”

Nesse diapasão, Paulo Lôbo²⁰⁴ lembra que “a fidelidade recíproca dos cônjuges sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Destinava-se, principalmente, ao controle da sexualidade feminina para evitar a *turbatio sanguinis*. Os valores atuais, de absoluta igualdade dos filhos de qualquer origem, e da entidade conjugal baseada em uma comunhão de afetos, companheirismo e colaboração recíproca, não reputam muita importância a esse dever. Mesmo porque sua verificação judicial se pauta pelo sacrifício da intimidade e da privacidade das pessoas.”

estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser reconhecida a sua existência, paralela ao casamento, com a conseqüente partilha de bens. Precedentes. Apelação parcialmente provida, por maioria.” (ApC N.º 70021968433, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/12/2007).

Mas, há divergentes no próprio TJRS: ALEGAÇÃO DE SER A SENTENÇA EXTRA PETITA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO DO FALECIDO. 1. A determinação, neste feito, do levantamento da restrição judicial ordenada nos autos da ação de anulação de partilha, em atendimento a pedido lá deduzido, decidiu questão que não integra o objeto da demanda em julgamento. Ocorre que a constrição se presta à proteção dos direitos dos herdeiros não contemplados no inventário, nenhuma repercussão tendo nela o julgamento de improcedência do pleito onde era postulado o reconhecimento da união estável. Daí porque se impõe seja mantida. Não se trata, entretanto, de julgamento extra petita, mas de mero equívoco, que pode ser nesta instância corrigido. 2. Não se pode reconhecer união estável simultaneamente à existência de casamento, se não restar cabalmente provada a alegada separação de fato. O direito familista vigente consagra a monogamia e não tolera a concomitância de entidades familiares. Não há falar, in casu, em união estável putativa, pois ausente a boa-fé da recorrente que conhecia a situação marital do de cuius.

NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (ApC N.º 70011513371, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/05/2005).

²⁰⁴ Paulo Lôbo, Famílias, p. 120

Rolf Madaleno, diametralmente oposto, descarta veementemente a possibilidade de admitir “uniões plúrimas” como única forma de preservar “os valores éticos, sociais, morais e religiosos da cultura ocidental, pois em contrário, permitir pequenas transgressões das regras de fidelidade e de exclusividade que o próprio legislador impõe seria subverter todos os valores que estruturam a estabilidade matrimonial e que dão estofa, consistência e credibilidade à entidade familiar, como base do sustento da sociedade.”²⁰⁵

Afastadas a monogomia, a fidelidade e a boa-fé, como pugna Maria Berenice Dias, restaria aberto o caminho para a admissão de todas as espécies de concubinato como albergadas pelo direito de família. Não tem sido esse o entendimento de nossas Cortes maiores.

No recurso extraordinário 397.762-8 discutiu-se o acórdão proferido pelo TJ-BA que reconheceu o direito ao recebimento de pensão previdenciária à ex-companheira (ex-concubina) ainda que o *de cuius* fosse casado. O TJ-BA acatou a idéia de união estável paralela a de um casamento em vigor. O *de cuius*, funcionário público, além dos onze filhos com a esposa, possuía outros nove com a companheira, com quem conviveu por trinta e sete anos.

O relator, Ministro Marco Aurélio, destacou em seu voto que o art. 226 da CF88 tem como objetivo maior a proteção do casamento. Admitiu que para a configuração de união estável não há imposição da monogamia, embora aconselhável para a paz entre o casal. Contudo, havendo casamento, este só deixa de ser obstáculo quando confirmada a separação de fato. No caso, classificou a relação paralela ao casamento como concubinária em consonância com o art. 1.727 do CC, portanto, indigna de merecer proteção do Estado, porque a conflitar, a mais não poder, com o direito posto, gerando, quando muito, apenas sociedade de fato. Repugnou a possibilidade de implementar uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais.

Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. Foi acompanhado pelos demais Ministros, exceto pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Este, em seu notável voto-vista de 03 de junho de 2008, vislumbrou que o capítulo VII do título VIII da CF

²⁰⁵ Rolf Madaleno, A União (In)Estável (Relações Paralelas)

possui como fio condutor o tratamento de modo protetivo dos temas família, criança, adolescente e idoso, de sorte a operar como imposição hermenêutica. Para ele a família é “a mais elementar comunidade ou o mais apropriado *locus* de desfrute dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, porquanto significativo de vida em comunhão (comunidade vem de comum unidade, é sempre bom remarcar).” Perante a CF, há casais em situação de companheirismo mas não concubinato, pois este implica discriminar os eventuais filhos do casal. Não importa se há impedimento ao casamento civil, ou tenham uma vida sentimental paralela, que só diz respeito aos respectivos agentes, cabe ao Direito reconhecer a união estável, pois esta “se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental”.

No STJ o então Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quando relator do recurso especial 789.293/RJ, reputou como sendo impossível a “existência de várias convivências com o objetivo de constituir família”, pois conduziria “à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes”. Seu voto foi acompanhado pela unanimidade.

Parece que apesar da forte resistência, há construções jurídicas já bem embasadas para acatar o concubinato como entidade familiar, com repercussão na seara familiar, não em sede obrigacional. Talvez uma pequena mudança infraconstitucional balizando melhor a questão de regime de bens, alimentos e sucessão seria o suficiente para reduzir o alvoroço, e, o mais importante, corrigir privações, distorções e discriminações sofridas pelos concubinos.

Retornando às questões postas, e admitindo-se paralelismo (casamento sem separação de fato e união estável) haveria duas meações quando da existência de patrimônio comum (seja pelo regime de comunhão universal, comunhão parcial ou separação obrigatória de bens). Não é inútil lembrar que pode haver apenas uma meação, ou nenhuma, a depender da existência do regime de separação de bens. O critério adotado por Pianovski acarretaria destinar ao cônjuge exclusivo as meações relativas aos bens adquiridos onerosamente antes do paralelismo, em nome deste após o paralelismo, cabendo uma “triação” para os bens adquiridos onerosamente em nome do membro comum após o paralelismo. Da “triação” também participaria o companheiro exclusivo, que adicionalmente seria meeiro dos bens adquiridos onerosamente em seu nome. O filtro do Des. Rui Portanova é mais simples: antes

do paralelismo, os bens adquiridos onerosamente são partilhados entre a esposa e a sucessão do *de cuius*; após, há uma “triação” entre a esposa, a companheira e os herdeiros da sucessão do *de cuius*. Uma vez concluídas as meações, todo o restante comporá a totalidade da herança. Compete agora definir os sucessores e a quais quinhões terão seus direitos assegurados, o que será investigado no próximo tópico.

O raciocínio seria semelhante caso invertesse a ordem do estabelecimento das entidades familiares: primeiro a constituição da união estável e, após, a família matrimonializada. Se não se admitir o paralelismo, o casamento se imporá sobre a união estável, que passaria, somente a contar da data do casamento, a constituir um concubinato.

Outro ponto polêmico a citar é, como visto no capítulo Separação e Divórcio, a morte do cônjuge durante o processo judicial de separação, ou mesmo de divórcio direto. Haverá a dissolução do casamento pela morte anteriormente à decisão judicial, sendo extinto o processo pela impossibilidade do pedido. Portanto alguns sustentam ainda permanecer intacta a legitimidade para suceder do cônjuge sobrevivente. Esse é o entendimento de Sílvia Rodrigues:²⁰⁶

A lei exigia, para afastar o cônjuge da sucessão, estivesse o casal desquitado ou divorciado. Assim, a despeito de separados de fato, cada qual vivendo em concubinato com terceiro, a mulher herdaria do marido e este dela se morrerem sem testamento e sem deixarem herdeiros necessários.A primeira parte do art. 1.830 segue o que já constava no art. 1.611 do CC 1916. Realmente, se o casal está separado judicialmente, se, ao tempo da morte do outro, já se encontrava dissolvida a sociedade conjugal, não há razão para que o cônjuge sobrevivente seja chamado à sucessão legítima.

Importante, no mesmo sentido, trazer à colação a observação de José Luiz Gavião de Almeida:²⁰⁷

Não se deve confundir os efeitos que a sentença de separação ou divórcio produzem em relação à partilha de bens com os decorrentes do afastamento do cônjuge da ordem de vocação hereditária. Se, para a partilha, há possibilidade de retroação dos efeitos da sentença, o mesmo não se há de entender em relação ao direito sucessório. A capacidade para suceder é a regra e, por isso, apenas excepcionalmente pode ser ela retirada, e isso se faz por expressa disposição legal. Não se pode perder de vista, entretanto, que essa possibilidade de retroação, estabelecida no art. 1.580 do novo Código, para efeito de permitir a conversão em divórcio, pode indicar os bens incluídos e os excluídos da comunhão e, com isso, alterar a massa de bens do sucedido. Mas não afeta a capacidade do cônjuge sobrevivente de participar da sucessão

²⁰⁶ Sílvia Rodrigues. Direito Civil: direito das sucessões. p. 110-115.

²⁰⁷ José Luiz Gavião de Almeida, Código Civil Comentado, pp. 214-215

hereditária. ... Sem sentença, há que se entender mantido o casamento e, por isso, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente é resguardado. ... a questão já foi objeto de análise dos Tribunais, onde se entendeu que, nesse caso, o cônjuge ainda não separado era considerado viúvo e, por isso, tinha garantido seu direito sucessório.

Por esse raciocínio, a decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos é suficiente para produzir efeitos e determinar o fim da comunicabilidade dos bens, portanto, cessando a partir de então a meação. No entanto, apenas o trânsito em julgado opera a dissolução matrimonial e estabelece o momento da extinção do direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Retornando às lições de Sílvio Rodrigues:

Ainda que o casal estivesse separado de fato há mais de dois anos quando ocorreu o óbito do hereditando, poderá o cônjuge sobrevivente ser chamado à sucessão se provar que a convivência conjugal se tornara impossível sem culpa dele, isto é, que o responsável pela separação de fato foi o de cujus. Dada a semelhança entre os assuntos, registre-se o entendimento doutrinário, com respaldo na jurisprudência, inclusive do STJ, de que o regime de comunhão entre os cônjuges cessa se há prolongada separação de fato do casal, estando desfeita a vida em comum, extinta a affectio societatis, não se comunicando os bens que um deles tiver adquirido, nesse tempo, sem qualquer esforço ou colaboração do outro, com quem não mais coabitava.

Portanto, a prolongada separação de fato (como visto em tópico próprio, há autores que não consideram o tempo, apenas a separação de fato) leva ao mesmo resultado da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

Se houver uma união estável constituída, acarretará, portanto, concorrência com o direito sucessório do companheiro sem haver paralelismo de entidades familiares, apenas formalmente. A abordagem para esse caso será vista a seguir.

7.2 CONCORRÊNCIA COM SEPARAÇÃO DE FATO

O término do casamento devido à separação de fato sem dúvida deveria ajudar a tornar mais destacados os contornos do tema em apreço, de forma a simplificá-lo, pois não haveria a discussão acerca do paralelismo de entidades familiares. Entretanto, não é o que acontece.

Considere que o falecido estivesse separado de fato do cônjuge há menos de dois anos, ou ainda, mesmo que o tempo seja superior a esse período, mas o cônjuge sobrevivente fosse considerado inocente (sem culpa pela ruptura da separação conjugal). Adicionalmente, após a separação de fato, o falecido viesse a

constituir união estável como previsto no art. 1.723 do CC, lembrando que o lapso temporal de convivência não é pré-estabelecido para constituição dessa entidade familiar. Por óbvio, não haveria famílias simultâneas, mas mesmo assim, com fulcro nos arts. 1.829, 1.830 e 1.790, do CC é possível falar em concorrência entre cônjuge e companheiro.

Para efeitos da presente análise, parte-se da premissa de inexistência de prole, ascendentes, e parentes sucessíveis do falecido, pois isso merece um trabalho específico. Cumpridos os requisitos do art. 1830 do CC, caberia ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 1.829, III, a totalidade da herança, o mesmo sendo destinado ao convivente, conforme o teor do art. 1.790, IV também do CC.

A invocação do inciso III do art. 1.790, que destina dois terços da herança ao parente, não é aplicável, pois cônjuge não é parente. Resta a norma do art. 1.838 que defere a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente em falta de ascendentes e descendentes. Esta, então, ratifica o art. 1.829, III e conflita com o art. 1.790, IV.

Conclui-se que a concorrência na herança tanto do cônjuge quanto do companheiro apresenta-se sem qualquer solução legislativa acerca de quais bens cabem a quem e qual o quinhão correspondente.

Para José Luiz Gavião de Almeida²⁰⁸ o direito sucessório do cônjuge não pode ser afastado, “porque não pode ser ele penalizado pela separação que não causou. Mas não parece justo excluir o novo companheiro de qualquer participação da herança, se já se constituiu união estável, duradoura e antiga.” Para compatibilizar essa “zona de conflito entre o cônjuge e seu companheiro” propõe a ampliação da expressão parentes sucessíveis do art. 1.790, III para abarcar “qualquer pessoa beneficiada pelas regras da sucessão legítima, ou seja, qualquer daquelas constantes da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829.” Ainda mais que o cônjuge “tem posição superior na ordem de vocação hereditária, da que goza o colateral”. Portanto, restaria ao companheiro um terço da herança e ao cônjuge, dois terços. Não há distinção dos bens, ou seja, parece que toda a herança apurada será partilhada nas proporções apontadas.

Venosa repudia a possibilidade de a herança do morto ser partilhada concomitantemente para o cônjuge e para o companheiro, porque a falta de clareza da inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária não o autoriza a

²⁰⁸ José Luiz Gavião de Almeida, Código Civil Comentado, pp. 214-217

concorrer na herança com o cônjuge, isso para as Leis de 1994 e 1996. No entanto, diante do CC2002, admite-se, em princípio, a exclusão do direito de herança do cônjuge em benefício do companheiro. Pondera, contudo, a ocorrência de meações simultâneas para bens distintos. Conforme ele, o art. 1.830 dá condição de herdeiro ao cônjuge, desde que lhe seja reconhecida legitimidade. Discussão acerca da culpa pela separação de fato e outras situações fáticas de “alta indagação” devem ser “versadas em ação autônoma”, com respectiva paralisação do inventário (art. 984 do CPC). Porém, tal dispositivo trouxe controvérsias quanto aos requisitos para a sucessão legítima. Nas suas palavras:²⁰⁹

Se ao tempo da morte estavam os cônjuges judicialmente separados, não há que se falar em sucessão do sobrevivente. O fato é objetivo e comprovase documentalmente. No entanto, também não haverá direito sucessório do supérstite se estava o casal separado de fato há mais de dois anos. Aqui já se abre margem a infundáveis discussões judiciais, porque pode o de cujus ter falecido em união estável, que pode ser reconhecida na separação de fato. A questão será então definir quem será herdeiro; o cônjuge ou o companheiro. Ainda, não bastasse esse aspecto, pode o cônjuge sobrevivente provar que a separação ocorreu porque a convivência se tornara impossível sem sua culpa. Neste ponto, poderão se abrir discussões muito mais profundas que o legislador poderia ter evitado. Aliás, esse dispositivo, em sua totalidade, será um pomo de discórdias, e terá muita importância o trabalho jurisprudencial.

Outra leitura do dispositivo é feita pela promotora Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira. Para ela o melhor entendimento seria que o cônjuge teria direito à herança dos bens que construíram juntos durante o casamento, entretanto, a partir do momento que se separaram e que um constituiu nova família os bens adquiridos desse momento em diante não se comunicam com os que eram da época de casado. Nas palavras da promotora:²¹⁰

...para conferir uma solução a esta lacuna e valendo-se, novamente, dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e aos princípios que norteiam a entidade familiar, há de se adotar como ponto divisor para se aplicar as regras de sucessão ao cônjuge e as ao convivente o início da união estável. Em outras palavras, as regras de sucessão pertinentes ao cônjuge incidirão nos bens adquiridos até o início da união estável e as pertinentes ao convivente durante o período da união estável. Deste modo, ao aplicar tal ponto divisor, resguarda-se com prudência e bom senso as entidades familiares, evitando-se conflitos e injustiças.

Rolf Madaleno²¹¹ repudia a participação do cônjuge separado de fato na herança. Comenta que a repartição dos bens depende da convivência conjugal

²⁰⁹ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Direito das Sucessões, p. 110.

²¹⁰ Ana Paula Ribeiro Rocha Oliveira, A sucessão na União Estável.

²¹¹ Rolf Madaleno, O novo direito sucessório brasileiro.

numa habitação co-partida, pois não há coerência em “postergar na ficção do tempo o que os cônjuges já encerraram no plano fático de suas relações. Corpos e espíritos separados não podem gerar comunicação patrimonial fundada apenas no registro meramente cartorial do casamento. Mola-mestra da comunicação dos bens é a convivência conjugal, sendo que a simples separação de fato desativa o regime patrimonial”.

Continua seu raciocínio expondo ser desarrazoado exigir dois longos anos de factual separação para que o cônjuge sobrevivente seja afastado da sucessão, uma vez extinto o casamento no plano fático não há nexos em mantê-lo no plano jurídico. Também andar na contramão da história a discussão pela culpa da separação, pois isso não refaz os vínculos, e, pior, “inventários não comportam instrução processual, obrigando herdeiros e meeiros a sustarem o inventário e litigarem em processo apartado e conexo, a inocência ou a culpa do defunto pela fática separação”.

Portanto, completa ele, “suprimida a vida em comum, este é o marco da incomunicabilidade dos bens e da exclusão da vocação hereditária do cônjuge que ficou viúvo tão somente no plano formal”.²¹²

Na mesma direção aponta Francisco José Cahali.²¹³ Critica a segunda parte da regra do art. 1.830 principalmente pelo caráter tumultuário ao levantar matéria, causa da separação do casal, totalmente estranha ao Direito das Sucessões. Sendo ele contrário à expressa previsão legal, retira a “condição de herdeiro do cônjuge separado de fato, independentemente do prazo da ruptura ou de sua causa, em qualquer situação (beneficiando ascendentes ou descendentes), mas especialmente se para a herança for convocado o companheiro sobrevivente.”

A jurisprudência não tem apontado nessa direção. O voto do Desembargador Octavio Helene, em 3 de março de 2009, quando do julgamento do AI 582.605.4/1-00 do TJ-SP tem o seguinte teor:

A conjugação dos artigos 1829 e 1830 do Código Civil traz o entendimento de que a concorrência do cônjuge na sucessão legítima subordina-se à condição de inexistência de separação judicial ou de fato há mais de dois anos, sem culpa do cônjuge supérstite. Na situação examinada, não restou comprovado o decurso do tempo da separação de fato, conforme v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Além disso, ainda que o casal não estivesse convivendo, por prazo superior a dois anos

²¹² Essa é a síntese para Cristiano e Nelson: “Outrossim, a separação de fato, independentemente de prazo, implica em perda do direito à herança, apesar da lamentável dicção do art. 1.830 da Lei Civil insinuar que o direito do cônjuge à sucessão do outro somente seria desfeito após dois anos de separação fática.” Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das Famílias*, p. 345

²¹³ Francisco Cahali, *Curso Avançado de Direito Civil*, pp. 221-222.

ou inferior, o cônjuge sobrevivente pode ser chamado à sucessão, se provar que não teve culpa na separação e, no caso, a culpa não ficou demonstrada.

Assim entendendo, dou provimento ao recurso para reconhecer à agravante o direito de sucessão quanto aos bens deixados em virtude do falecimento de J. B. de F.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, com viés legalista, entende cabível o chamamento à herança do cônjuge supérstite se pendente a homologação judicial do mútuo consentimento da separação consensual, ou o trânsito em julgado da sentença que decreta a dissolução da sociedade conjugal. Ressalta, no entanto, que o direito à herança é afastado caso haja “separação de fato superior a dois anos, com culpa concorrente ou exclusiva do sobrevivente, e desde que alegada em vida do finado, sob pena de se ter configurado a preclusão.”²¹⁴

Defende ela haver uma “dificuldade aparente” quando da concorrência dos descendentes, cônjuge separado de fato a menos de dois anos, ou mais tempo, sem culpa sua e convivente na participação efetiva da herança do *de cujus*. Ao problema, apresenta a seguinte solução:

_ os bens do *de cujus* anteriores ao estabelecimento da união estável, e os não onerosos dele na constância desta, cabem aos descendentes e ao cônjuge separado de fato. Não tocam a este, como regra, os bens nos quais já participa como meeiro, em atendimento ao mandamento do art. 1.829, I do CC;

_ os bens onerosos adquiridos durante a união estável devem ser partilhados pelo convivente e pelos descendentes, conforme prescreve o art. 1.790 caput, incisos I e II do CC. Para ela o cônjuge está excluído ao raciocinar que se ainda persistisse o casamento à data da morte, e sendo a aquisição da forma onerosa, estaria afastado da sucessão por força do art. 1.829, I do CC;

_ por derradeiro, aqueles bens adquiridos pelo falecido no intervalo entre a separação de fato e o início da união estável são destinados tão somente aos descendentes. E não havendo descendentes?

Outra parte da doutrina cita a possibilidade da concorrência, mas não entra no mérito de qual critério deve ser adotado quanto à divisão, conforme pode ser extraído das leituras de Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, e Caio Mário da Silva Pereira.

²¹⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Sobre a ordem de vocação hereditária ...

Portanto podemos encontrar várias correntes quanto ao direito sucessório: autorizar apenas a participação da companheira quando da morte do de cujus; reconhecer apenas legitimidade à esposa; visualizar a legitimidade concorrente do cônjuge e da companheira, com critérios distintos para a divisão. Estes critérios podem ser divididos em: dois terços para a esposa e um terço para a companheira de toda a herança; tendo como marco delimitador a separação de fato, os bens adquiridos anteriormente a ele pertencem ao direito sucessório do cônjuge, e os após, apenas ao da companheira; por fim, além do ponto divisor, acrescenta também ao direito da cônjuge os bens exclusivos do falecido exceto no interregno entre a separação de fato e a união estável.

Semelhante é a conclusão de João Gabriel Vilella Machado²¹⁵ em seu artigo, cujo intuito é “trazer as possíveis soluções que poderiam ser aplicadas pelo magistrado quando, diante da ocorrência fática da situação da concorrência entre cônjuge separado de fato e companheiro, e encontrar aquela que mais se coaduna com os preceitos defendidos na ordem jurídica brasileira, sobretudo os valores consagrados na Constituição de 1988.”

Destaca ele uma tríplice possibilidade de solução para a controvertida concorrência: atribuir direitos sucessórios somente à esposa; atribuição da herança somente à companheira; concorrência entre cônjuge e companheira.

Continua comentando ser a menos coerente aquela que reconhece apenas a esposa com direito sucessório. A base para essa corrente é o art. 1.830 em conjunto com o já revogado critério da necessidade da convivência por pelo menos cinco anos para caracterizar a união estável do casal.

Para a admissão da concorrência de ambos o fundamento, de um lado, é a “impossibilidade de impedir a participação sucessória do cônjuge à herança, visto que, apesar de rompidos os laços de afetividade, o cônjuge supérstite esteve em algum momento unido ao falecido por tal ligação e, neste ínterim, contribuiu para o aumento patrimonial, não podendo, assim, ficar totalmente desamparado em virtude do falecido ter estabelecido uma relação.” Pelo outro lado, a admissão simultânea do companheiro dá-se “em virtude da existência de uma relação apoiada no afeto, de caráter público, duradouro e contínuo, devidamente protegida pela Carta

²¹⁵ João Gabriel Vilella Machado, Uma análise do controvertido art. 1830 do CC/02, sob um cotejamento civil-constitucional.

Constitucional que lhe assegura direitos sucessórios.” Essa corrente é a “que mais encontra guarida nos manuais pátrios.”

Há duas formas de divisão do montante hereditário: dois terços para a esposa e um terço para a companheira conforme opinião de José de Almeida; mas outra parcela dos doutrinadores, entende ser justa a adoção de duas partes iguais, uma vez que a lei não reservou quinhão específico para cada uma delas.

Por fim, a terceira corrente, da qual ele professa, defende a exclusividade da companheira. Sua defesa baseia-se nos seguintes pilares: a relação afetiva como razão fundamental da família, o que já não existe quando da separação de fato do cônjuge; e a distribuição compulsória de parte da herança reside em atribuir “parcela do montante hereditário àqueles membros mais próximos da comunidade familiar em detrimento dos mais remotos. A herança decorre da relação de *affecto* entre os conviventes, protegida pela Constituição, tendo como objetivo a proteção da família.”

O liame afetivo com o autor da herança é o fator que atrai os sucessores na respectiva ordem de vocação hereditária.

Completa afirmando que o direito sucessório do companheiro não está limitado apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, mas é extensível a todo o patrimônio particular do falecido, “inclusive o que eventualmente seja proveniente de uma meação de um bem comum incorporado ao patrimônio dos cônjuges quando ainda se estava estabelecido o vínculo matrimonial.”

Não pode ser diferente, arremata, pois o atual Direito de Família acolhe a pluralidade da entidade familiar, e “a própria Carta Constitucional abandona a valorização do vínculo meramente formal, para dar lugar ao aspecto funcional da família, não há o que discutir sobre a existência, ou não, de hierarquia entre casamento e união estável.”

A complexidade do problema investigado torna-se ainda maior quando da existência de filhos comuns do *de cujus* com o cônjuge, e também com a companheira como visto perfunctoriamente no capítulo apropriado.

Diante da “babel”, realmente faz-se sentir a necessidade de uma melhor sistematização quanto aos critérios a serem adotados pelo Direito das Sucessões.

VIII. CONCLUSÃO

Para se tentar compreender qualquer assunto relacionado ao Direito de Família é obrigatório enfrentar as mutações sociais enfrentadas nas últimas décadas e as possibilidades inauguradas com a CF 88.

Constituição analítica que é, esta operou verdadeira revolução na seara familiar. A compreensão e releitura das categorias e institutos nesse campo só são possíveis, na sua ampla dimensão, através da apreensão axiológica e principiológica constitucional. É como ir a um cinema assistir a um filme em três dimensões sem utilizar o óculos apropriado. Visualiza-se todo o conteúdo, no entanto, não é captada toda a riqueza dos detalhes.

O foco da família atual volta-se tanto para a igualdade entre os cônjuges, como a igualdade entre os filhos, sejam biológicos ou não, aliás, para extirpar qualquer remanescência histórica de discriminação, não há adjetivação, são filhos e ponto. A outra coluna nesse tripé de sustentação do arcabouço familiar é a razão do afeto na constituição das entidades familiares, a família transforma-se e deixa de ser o centro abstrato e passa a ser o meio através do qual seus membros vão desenvolver suas aptidões, suas virtudes, buscar acalanto, amparo e apoio. Isso não de forma individual, egoísta, mas sim coletivamente, fundada em vínculos entre pessoas iguais e solidárias.

Infelizmente o Código Civil 2002 não englobou várias das possibilidades abertas com a CF. Apesar de algumas mudanças, muito foi deixado para a doutrina e para a jurisprudência. Ambas inclusive, podem se valer dos preciosos dados obtidos com a pesquisa do PNAD/IBGE que também retratam a sociedade brasileira nas questões familiares.

É notória a falta de uma melhor abordagem no que concerne ao concubinato. Também a doutrina, em geral, destaca os efeitos negativos jurídicos dessa realidade social, contudo, pouco se comenta acerca dos possíveis efeitos positivos. Não se pode olvidar que a expressão concubinato é pejorativa, degradante. Assim como já ocorreu com o concubinato puro, que ascendeu à condição de entidade familiar e ganhou designação digna, união estável, o mesmo deveria ocorrer com o concubinato. A expressão união estável atípica proposta pelo Des. Rui Portanova é uma alternativa para tentar mitigar essa mácula milenar. Ou como sugere Marianna Chaves, companheirismo impuro.

A união estável está mal formatada no Código Civil. Primeiro, o legislador parece que se esquecera de regular a matéria e se viu obrigado a encontrar um lugar de última hora. Depois, ficou temeroso em conceder direitos de tal forma a igualar o regime da união estável ao do casamento.

Apesar da falta de legislação, a doutrina nacional delineou bem os contornos jurídicos da pluralidade de entidades familiares encontradas na sociedade brasileira.

Pluralidade, aliás, não se deve confundir com simultaneidade. Esta questão tem suscitado grande divergência doutrinária e jurisprudencial. O *status quo* enraizado na lei infraconstitucional, diga-se, monogamia, fidelidade e lealdade, não admite avanços nesse campo, não reconhecendo paralelismo de arranjos familiares, quando muito os admite na forma putativa. Relegam tais casos para a sede obrigacional, mais especificamente às sociedades de fato, como se duas pessoas que estabelecem um relacionamento afetivo buscassem “montar um negócio”. Percebem-se vozes distoantes na doutrina, como é o caso de Maria Berenice Dias e Carlos Eduardo Pianovski, e na jurisprudência, principalmente no TJ-RS e também no TJ-BA.

Ponto muito importante a ser considerado quanto ao paralelismo de entidades familiares é a observância do princípio da boa-fé, explorado por Pianovski. Frisa-se, conceito este retirado da seara obrigacional. A mesma convicção na sua adoção por ele defendida ainda não me convence, pois na variedade das relações humanas dentro desse campo especial do Direito, pode haver exceções a serem relevadas. Por outro lado, no estado atual, desrespeitá-lo parece ferir a unidade do ordenamento. Enfim, por enquanto, que a casuística e a sua subjetividade determinem a solução mais justa.

Fazemos coro com o ensinamento de Paulo Lôbo ao destacar a existência de assuntos inerentes exclusivamente à privacidade do casal, como é a fidelidade. Não deve o Direito perquirir detalhes da vida conjugal.

Em matéria sucessória, nosso Código Civil carece de uma técnica mais aprimorada, como pode ser observado na maioria absoluta da doutrina. Parece que o costume da discriminação dos filhos, a inovação da concorrência destes (que pertencem à primeira classe da vocação hereditária) com os cônjuges e companheiros, e da sistematização já levantada acerca da união estável, fez com que as proporções que cabem na partilha originassem uma equação sem solução. A confusão do art. 1.790 do CC é grande. Melhor seria unificar suas regras no corpo

do art. 1.829, bastando acrescentar o termo “cônjuge ou companheiro” onde aparece apenas cônjuge, como sugere parcela expressiva da doutrina. Não há motivos para privar o companheiro dos bens não onerosos na vigência ou mesmo todos os anteriores à união estável, como também não os há para que a regra que exclui o direito sucessório aos bens abrangidos pela meação não seja aplicada.

Da leitura dos vários autores são notoriamente perceptíveis as diversas linhas de raciocínio. Há uma graduação que vai daqueles que se inebriam completamente dos princípios constitucionais, àqueles extremamente normativos. Essa tendência é importante, tal qual a teoria dos freios e contra-pesos dos poderes estatais, para que as mudanças busquem acompanhar os anseios sociais, sem, no entanto, comprometer a segurança jurídica.

Quanto ao tema trazido à baila, cabe destacar que é fundamental, em respeito à dignidade da pessoa humana, dispensar tratamento em sede familiar ao “companheirismo atípico”, com regramento próprio, e de competência das varas de família. Não há como negar que a confusão patrimonial ocorrerá, e que deverá ser enfrentada quando das dissoluções das sociedades conjugais paralelas.

Deve ser enfrentada a concorrência ao direito sucessório do cônjuge separado de fato e do companheiro. Para isso, deve-se reformular o art. 1.830 do CC e a sua previsão de concessão da herança ao cônjuge após a factual separação. O mais apropriado é retirar a discussão acerca da culpa pela separação. Com relação ao lapso temporal de dois anos que ainda assegura o direito, apesar de fortes argumentos para extirpá-lo, creio que é uma forma de retribuir alguém que até momentos antes esteve presente na vida do falecido compartilhando experiências e afeto, quiçá prole.

Fato é que havendo casamento, com ou sem separação de fato, concomitantemente a outra relação conjugal informal, quer seja denominada união estável ou concubinato, e ocorrendo a morte do membro comum, deverá haver meações e partilha da herança. O critério de Pianovski para definir as meações parece ser o mais justo. Portanto, supondo o regime de comunhão parcial de bens para ambas as entidades familiares (lembrando que o único adequado ao concubinato seria a própria comunhão parcial), durante as vigências das respectivas relações afetivas, pertence ao cônjuge sobrevivente a metade dos bens comuns em seu nome e em nome do falecido enquanto o casamento for exclusivo, o mesmo vale para o companheiro supérstite quanto aos bens comuns dos quais este seja

titular, e há “triação” (um terço para os sobreviventes e um terço para a herança) dos bens comuns adquiridos durante a simultaneidade de relações cuja titularidade caiba ao *de cujus*. As proporções podem ser alteradas pelo pacto antenupcial ou pelo contrato de convivência. Apesar de haver complicação caso esteja presente o regime de comunhão total de bens, o norte a ser seguido é identificar o titular, vigência ou não do paralelismo, e as proporções que caberão ao cônjuge, ao companheiro e à herança. Fundamental lembrar que essa divisão está assentada em uma presunção que pode ser juridicamente afastada quando presentes provas.

Não olvidar que havendo factual separação no casamento, a comunicação dos bens adquiridos a partir de então cessa.

No que diz respeito às inovações no instituto de divórcio, pedido direto sem considerar prazos de separação e possibilidade da realização em cartório quando não houver filhos menores ou incapazes, com a consequente redução dos custos financeiros envolvidos, abre uma perspectiva de maior procura por parte da população. Dessa forma, há uma tendência natural a reduzir os casos de separação de fato, questão jurídica tormentosa ao envolver dilação probatória.

No que diz respeito à legitimidade do cônjuge à herança, instituto com regime próprio e autônomo da meação, expressiva parcela da doutrina pugna pela exclusão tanto quando da separação judicial como quando da separação de fato, esta sem condicionantes. Com certeza a discussão de culpa deve ser afastada, mas a manutenção do prazo de dois anos parece ser compatível para alcançar o cônjuge separado de fato. Não se trata de apenas contemplar aquele que ocupa a posição de par no momento da “partida”, mas também aquele que recentemente compartilhou momentos com o falecido. A participação deve ser em proporções menores, por justiça.

O critério para a partilha dos bens deve seguir a lógica de que aquele que já foi beneficiado pela meação não deve participar da herança quando, logicamente, houver concorrência também com descendentes ou ascendentes, tampouco do patrimônio comum da outra entidade familiar. Para os bens exclusivos do *de cujus* a quota do companheiro deve ser o dobro da destinada ao cônjuge separado de fato. Caso não haja separação de fato, a quota deve ser igual para ambos. Importante observar, que qualquer que seja a quota destinada ao cônjuge e ao convivente, corre-se o risco de se cometer injustiças, pois, por óbvio e essa não é a pretensão do direito, impossível prever todas as situações de fato.

Na verdade, aspirando a uma solução salomônica, poder-se-ia prever uma mínima participação tanto do cônjuge como do companheiro na parte da herança correspondente ao patrimônio comum da outra entidade familiar. O problema dessa previsão é a infundável discussão acerca da existência ou não de um enriquecimento sem justa causa.

É mister uma modificação legislativa infraconstitucional para diminuir as antinomias e lacunas existentes. Com relação às questões familiares, o IBDFAM propõe um Estatuto próprio (Projeto de Lei nº 2285/2007), separado do Código Civil. Para as inquietações sucessórias é urgente a necessidade de alterações nos artigos 1.829, 1.830, 1.845 e 1.790; o mais indicado, certamente, é uma nova sistematização com base na controvertida experiência do CC 2002.

IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856, volume XVIII** / José Luiz Gavião de Almeida; Álvaro Villaça Azeredo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução** . 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 8. ed. at. por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões** / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; coord. Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CHAVES, Marianna, **Famílias Paralelas**. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=495>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **O Direito Sucessório na União Estável**. Disponível em:
<http://www.mariaberenecedias.com.br>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: direito de família**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 1º v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio – Uma Reflexão Crítica Sobre as Origens Históricas e as Perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo** . Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das Sucessões: teoria e prática**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nélon. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre a ordem de vocação hereditária condições para a concorrência**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=287>

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, v. 6: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, João Gabriel Vilella. **Uma análise do controvertido art. 1830 do CC/02, sob um cotejamento civil-constitucional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14901>

MADALENO, Rolf. **A União (Ins)Estável (Relações Paralelas)**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/>.

MADALENO, Rolf. **O novo direito sucessório brasileiro**. Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família, vol.1**, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, vol.2**, 36ª ed. São

Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Ana Paula Ribeiro Rocha. **A sucessão na União Estável**. Disponível em : http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da União Estável**. In:Dias, Maria Berenice; _____ (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 257-275

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. **Revista dos Tribunais**, Brasília, ano 90, v. 783, jan. 2001, pp. 65-84

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas e Monogamia**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, pp. 193-222.

PONZONI, Laura de Toledo Ponzoni, **Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>

QUEZADO, Luís Humberto Nunes. **Manual de direitos sucessórios**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7764>>.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6 ed. trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RODRIGUES, Sílvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v.7: Direito das Sucessões**. 25 ed. ver. e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v. 6: Direito de Família**. 28 ed. ver. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. **A Pec do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família**. Disponível em:
<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/07/ainda-pec-do-divorcio-artigo-do-coautor.html>.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de Filosofia do Direito**. 5 ed. trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**. In:Dias, Maria Berenice; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 277-294

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. Porto Alegre: Síntese, 1999.