

DALVA APARECIDA DE LIMA

**DIREITOS SUCESSÓRIOS AO CÔNJUGE E COMPANHEIRO:
UMA POSSIBILIDADE JURÍDICA**

CARATINGA/MG
CURSO DE DIREITO
2016

DALVA APARECIDA DE LIMA



**DIREITOS SUCESSÓRIOS AO CÔNJUGE E COMPANHEIRO:
UMA POSSIBILIDADE JURÍDICA**

Monografia apresentada ao curso de Direito das Faculdades Doctum, unidade de Caratinga, como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Civil
Orientadora: Alessandra Dias Baião.

CARATINGA/MG

CURSO DE DIREITO

2016

	FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		
TÍTULO DO TRABALHO		
Direitos sucessórios ao conjuge e companheiro: Uma possibilidade jurídica		
Nome completo do aluno: Dalva Aparecida de Lima		
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores <u>Frederico Dutra e Feliciano Npe</u>		
às 08:40 horas do dia 15 de dezembro de 2016, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: <u>Aprovado</u> (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: <u>Satisfatório</u> (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).		
Trabalho indicado para publicação: () SIM (x) NÃO		
Caratinga, 15 de dezembro de 2016		
 Professor Orientador e Presidente da Banca <u>Frederico F. Dutra</u> Professor Avaliador 1		
 Professor Avaliador 2		
<u>Dalva Aparecida de Lima</u> Aluno(a)		
 Coordenador(a) do Curso		

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista aos meus amados filhos, meu marido e meus pais, obrigada pelo amor e compreensão nos momentos mais difíceis. A vocês meu esforço e minha dedicação.

AGRADECIMENTOS

Primeiro a Deus, por ter me dado saúde e força para superar os obstáculos permitindo que tudo isso pudesse acontecer, não só no período de universitária, mas em todos os momentos de minha vida, pois sem sua presença em minha vida, nada seria possível.

Agradeço aos meus pais e irmãos, que nos momentos de minha ausência dedicada aos estudos, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação e não mediram esforços, e paciência, nesta minha extensa caminhada.

Aos meus colegas, pelo alto nível de urbanidade que transcorreu nossa convivência, tornando assim a aprendizagem ainda mais prazerosa, pela amizade.

Agradeço também a minha orientadora Alessandra Dias Baião pela dedicação e pelos conhecimentos compartilhados.

Obrigada a todos os professores pela dedicação, sem dúvida são responsáveis pela oportunidade que tenho de transformar meu próprio destino e hoje vislumbrar um novo horizonte. À esta instituição, em especial ao coordenador do curso Oscar Alexandre.

A vocês minha eterna gratidão.

A palavra MESTRE nunca fará justiça aos professores dedicados aqui, os quais sem nomear terão meu eterno AGRADECIMENTO.

Todos tem o direito de se enganarem nas suas opiniões. Mas ninguém tem o direito de se enganar perante os fatos. (Bernard Baruch)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CR/88 – Constituição da República

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

RESUMO

O presente trabalho de monografia versa sobre a sucessão do cônjuge e companheiro sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Para a elucidação do tema abordaremos também o Direito Real de Habitação e sua aplicação no Direito Sucessório do Cônjuge e Companheiro. Em razão da importância familiar, apresentaremos a evolução histórica dentro de um conceito Constitucional. Abordando os aspectos gerais e jurídicos acerca do tema, assim como uma análise dos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil e também delineando quais as entidades familiares são protegidas e suas origens. Tendo como ponto mais importante, a aplicação de Direitos Sucessórios ao Cônjuge e Companheiro, verificando a possibilidade de se conceder direitos em forma de igualdade, para isso apresentaremos posicionamentos acerca da concessão de direitos a cônjuges e Companheiros.

Palavras-chave: União estável; Família contemporânea; Casamento; Família monoparental; Direito sucessório.

SUMÁRIO

Introdução	09
Considerações Conceituais	11
Capítulo I - Entidades Familiares: A Constituição de 1988 e As Espécies de Família na Contemporaneidade	17
1.1. Constituição de 1988 e as Entidades Familiares	17
1.2. Espécies de Família para Além da Constituição	20
Capítulo II - Do Direito Sucessório	30
2.1. O Direito Real de Habitação	30
2.2. A Análise do artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro	33
2.3. A Análise do artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro	36
Capítulo III - Reconhecimento dos Direitos Sucessório Concomitante ao Companheiro	39
3.1. Análise do Recurso Extraordinário nº 878694	40
3.2. Famílias Paralelas e a Dignidade da Pessoa Humana	42
3.3. Estudos de Decisões Sobre a Aplicação Concomitante aos Direitos	46
Considerações Finais	48
Referências Bibliográficas	50
Anexo	54

INTRODUÇÃO

Esta monografia versa sobre o direito sucessório e busca verificar se há possibilidade jurídica ou não de atribuição de direitos sucessórios concomitantes ao cônjuge e companheiro.

Nesse sentido tem se como hipótese de pesquisa a viabilização da aplicação de direitos sucessórios concomitantes entre cônjuge e companheiro em razão da autorização constitucional de formação da família como entidade familiar possibilitando o surgimento de diversas formas de família e esta pluralidade indefinida pelo ordenamento constitucional, analisado caso a caso, pode ensejar a aplicação concomitante de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiro..

A comprovar esta hipótese tem se os argumentos e fundamentos defendidos pelo desembargador Fabio José Bitencourt que constituem o marco teórico desta pesquisa. Nesse sentido, expõe o referido autor que

O conceito de certo e errado é completamente relativo. Por essa razão, não abro mão da ideia de que ao chamado concubinato podem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, já que essa modalidade de relação deve, sim, ser vista como entidade familiar pela realidade fática e social que dela emanam.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da pluralidade das formas de família, quando aliados ou em confronto com o da monogamia em cada caso concreto, se sobressaem e acabam por autorizar a atribuição e distribuição de direitos às famílias paralelas.¹

Assim, este trabalho se justifica por proporcionar três grandes ganhos: acadêmicos, jurídicos e sociais. No primeiro traz a oportunidade de ampliar os conhecimentos acadêmicos e, sobretudo no que diz respeito ao estudo da decisão. Quanto ao ganho jurídico, este estudo traz a possibilidade de se evidenciar no mundo jurídico os rumos que a interpretação jurídica tem seguido. Por fim os ganhos sociais se revestem na perspectiva de dar conhecimentos aos cidadãos da abertura das interpretações jurídicas de sorte

¹<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/4055/Pens%C3%A3o%20por%20morte.%20Concomit%C3%A2ncia%20de%20conviv%C3%A2ncia%20entre%20esposa%20e%20companheira.%20Rateio>

a garantir direitos antes impensáveis. No desenvolvimento desta pesquisa optou se pela metodologia teórica dogmática tendo em vista o manuseio de doutrina e jurisprudência, artigos bem como legislação pertinente à temática. Nesse sentido, a pesquisa se revela transdisciplinar, considerando o vasto intercruzamento de informações em diferentes ramos do direito como o direito constitucional e o direito civil.

A presente monografia será dividida em três capítulos. “O primeiro deles intitulado “Entidades familiares: A constituição de 1988 e as espécies de família na contemporaneidade” que abordará a CR/88 e as entidades familiares e as espécies de família para além da CR//88. O segundo capítulo inscrito como “do direito sucessório”, esboçará o direito real de habitação bem como a análise dos artigos 1790 e 1829 do código civil. Por fim no terceiro e último capítulo abordará o reconhecimento dos direitos sucessórios concomitantes ao cônjuge e companheiro” onde será realizada a análise do recurso extraordinário nº878694, as famílias paralelas e a dignidade da pessoa humana, e por fim os estudos de decisões sobre a aplicação concomitante a direitos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Ante a importância da problemática que envolve o direito sucessório com relação o cônjuge e companheiro, se faz necessário à análise de alguns conceitos concernentes ao tema deste trabalho, neste propósito devem ser considerados união estável as famílias contemporâneas o casamento a família monoparental e o direito sucessório, conceitos estes que passam a ser explanados a partir de então.

Sobre a união estável Flavio Tartuce propõe que,

Qualquer estudo da união estável deve ter por base a CR/88, que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidades familiares, prevendo que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, duas conclusões podem ser retiradas do texto maior. A primeira é que a união estável não é igual ao casamento, eis que categorias iguais não podem ser convertidas uma na outra. A segunda é que não há hierarquia entre casamento e união estável. São apenas entidades diferentes que contam com a proteção Constitucional.²

A união estável, antes reconhecida como união de fato ou concubinato, foi reconhecida pela atual CR/88, antes por não ser reconhecida, o Estado não dava a devida proteção legal para os indivíduos, contudo após o advento da CR/88, houve uma mudança de paradigma e a união estável recebe status de família.

Nas palavras de Dias,

A união estável nasce da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. Por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada ganha contornos de casamento³.

Verifica-se que os elementos que caracterizam a união estável, são os mesmos que traçam o conceito de família, sendo união pública, continua e duradoura, podendo ser constituída por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas e separadas de fato.

²TARTUCE. *Flavio*. Manual de Direito Civil: volume único. 3º ed..rev.atual e ampl - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: método, 2013, p.1166

³DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias 11º ed.rev.atual e ampl, São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

No que diz respeito à família contemporânea esta ocupa seu espaço devido aos anseios da sociedade evolução essa, que trouxe profundas transformações.

Segundo Aline Biazus Suarez Karow.

Pode se dizer que a família desde sua concepção, características e funções passou por um processo de reciclagem, com uma forte linha de protecionismo, com o ser humano, numa visão holística, diga se que a própria família, repersonalizou se. Evidente, o novo conceito de família e seus valores encontraram guarida nesse novo momento do direito civil.⁴

Atualmente o direito de família dentre todos os ramos do direito é o que mais se liga a noção de vida.

Segundo Gustavo Tepedino,

O quadro de intensas modificações ocorridas nas ultimas décadas no âmbito do direito de família revela, do ponto de vista fenomenológico, inegável transformação da estrutura familiar, identificada amplamente pela doutrina e especialmente pelos cientistas sociais. É do ponto de vista sociológico, contudo, que se pode identificar a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloquente silêncio, seja consentido o oximoro da doutrina pátria a esse respeito, a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família⁵

O conceito de família veio se desdobrando ao longo do tempo e trouxe consigo novos moldes e a constante busca de proteção por parte do Estado.

No dizer de Camilla De Araújo Cavalcanti

A família após percorrer as transformações que lhes foram inerentes, desde os tempos primitivos que antecederam o próprio Estado, consagrou se como a instituição base da organização da sociedade. Por essa razão, com o advento da codificação das leis, a exemplo do código de Napoleão de 1804, estabeleciam se regras de comportamentos ditos corretos para a chamada família tradicional. Com o direito pós-moderno, contudo, a regra de que a família tradicional é a unicamente valida, porque prevista expressamente na lei, perde espaço para os anseios da sociedade, moderna,

⁴KARON, Aline Biazus Suarez, abandono afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paternos Filiais Curitiba: Juruá 2012, p28.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito. 4.ed.rev.e.atual,Rio de Janeiro; Renovar, 2008.p.420.

globalizada. As famílias plurais, em virtude dos seus mais amplos modelos, constituem sem previsão legal⁶.

A partir da evolução que sofreu o conceito de família ao longo dos anos, e bem como os modelos e denominações, estes foram se ajustando e constituindo novas famílias.

Quanto ao casamento é de grande relevância evidenciar algumas de suas características. Consiste em ato solene, sob promessa de fidelidade e assistência recíproca, originada do direito canônico esta instituição matrimonial já existe, desde a antiguidade.

No dizer de Camilla Araújo Cavalcanti,

Também nesse período, o matrimônio era considerado um ato político, um contrato firmado pelas partes interessadas, no qual cada um dos nubentes tinha seu preço, restando para segundo plano à importância das qualidades pessoais, normalmente a noiva de um jovem era escolhida pelo pai da noiva, de igual forma cabiam à escolha dos cavalheiros, tudo com uma questão de aumento de poder mediante formação de novas alianças. Era a sociedade privada se sobrepondo aos interesses sentimentais, sendo o casamento um verdadeiro arranjo econômico.⁷

Até o advento da constituição de 1988, o casamento era a única forma de constituição de família prevista expressamente. Nota-se então, que o legislador teve a intenção de preservar o casamento modelo adequado de relação familiar.

Segundo Noé De Medeiros

No direito romano já havia impedimentos matrimoniais, mas foi no Direito canônico que, vendo no casamento um ato de envergadura capital para o indivíduo e para a sociedade, se constituiu os impedimentos matrimoniais⁸.

Porém, por mais que o casamento tenha em sua origem o requisito de indissolubilidade, isto foi fragmentada pela lei do divórcio, no entanto.

⁶ CAVALCANTI, Camilla de Araújo, Famílias pós-modernas: a tutela constitucional a luz do princípio da dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2016 p.23.

⁷ CAVALCANTI, Camilla de Araújo, Famílias pós-modernas: a tutela constitucional a luz do princípio da dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2016 p.24.

⁸ MEDEIROS, Noé de lições de direito civil; direito de família, direito das sucessões, Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda. 1997p51.

De acordo com Washington De Barros Monteiro.

Não existe provavelmente em todo direito privado, instituto mais discutido que o casamento, há muito tempo já existiam duas correntes de pensamento. Uma a defender o casamento e a monogamia e outra a querer exterminar a união conjugal e a relação matrimonial⁹

No entanto, nos dias atuais não se pode entender a extensão dos modelos de família e o casamento, como única forma de constituição de família.

A CR/88 reconheceu também a família monoparental, é assim denominada a família formada por um dos cônjuges ou companheiro que cuidam sozinhos de sua prole, cabendo somente à obrigação de cuidado com os filhos.

Para Maria Berenice Dias

A constituição ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CR/88§4º). O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.¹⁰

Entidade familiar esta que sempre existiu, pois sempre foi grande o número de mães solteiras. Uma situação bastante comum é no caso de viúvas e viúvos que optam por criar sozinhos seus filhos.

Camila De Araújo Cavalcanti, tem seu entendimento a cerca de família monoparental.

Composta pela presença de apenas um dos pais e seus descendentes relativizados pela filiação biológica, adotiva ou sócia afetiva, o arranjo familiar mono parental é expressamente reconhecido pela Constituição Federal brasileira, não requerendo, por esta razão maiores discussões acerca de sua aceitação.¹¹

⁹ MONTEIRO Washington de Barros, Curso de direito civil .2. Direito de família, Regina Beatriz Tavares da Silva 41.ed São Paulo; Saraiva, 2011

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias. 11.ed.rev, atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2016

¹¹ CAVALCANTI, Camilla de Araújo, Famílias pós-modernas: a tutela constitucional a luz do principio da dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2016

Tendo em vista essa nova modalidade, os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos abrange um rol de responsabilidades maior para com os filhos, o dever de guarda e educação dos mesmos.

Daniel Blikstein expõe que,

Apesar de constitucionalmente prevista, a família monoparental, injustificadamente, não possui, no Código Civil, regulamentação expressa, ficando a margem das outras formas de família para disciplinar suas regras. De qualquer forma as regras de filiação, poder familiar e relações entre pais e filhos, ficam assegurados pelas previsões legais existentes¹².

Com os novos modelos de família abarcados pela nossa CR/88, em se tratando de família monoparental, é necessária sua completa aceitação, e regulamentação pelo CC.

O direito sucessório é composto por um conjunto de regras que regulam a transmissão de direitos após a morte, outras disposições não patrimoniais, ou seja, suceder significa substituir, tomar lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos.

Para Carlos Roberto Gonçalves

A ideia de sucessão que se revela na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se frequente no direito das coisas em que a tradição a opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo autor, nomeado pelo juiz, quanto ao exercício dos deveres elencados nos arts. 1.740 e 1.741 do código civil¹³.

Desse modo, a sucessão causa mortis configura-se como consequência da morte, que dará causa a transmissão da titularidade dos bens, direitos e obrigações.

¹² BLIKSTEIN, Daniel, Direito real de habitação na sucessão hereditária. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. p51.

¹³ GONCALVES Carlos Roberto, direito civil esquematizado.v.3.coordenador Pedro lenza. São Paulo: Saraiva, 2014. p901.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira.

O primeiro fundamento da sucessão é de ordem religiosa. A sucessão se verificava exclusivamente pela tomada do lugar do defunctus na condução do culto doméstico pelo herdeiro, que, no entanto, não recebia os bens em transmissão, uma vez que não pertenciam ao morto, mas a toda a família capitaneada pelo varão mais velho descendente dos deuses domésticos. Tratava-se, portanto, do descendente do sexo masculino de maior autoridade, na visão dos antigos, incumbia a ele a administração do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica¹⁴.

O direito hereditário nasce quando acarretar na substituição do falecido por seus superiores a título universal nas relações jurídicas em que ele afigura.

Para Dimas Messias Carvalho

A sucessão pressupõe morte natural ou presumida, quando termina a existência da pessoa natural (art. 6º. CC/2002). A morte natural cessa as atividades do cérebro da pessoa e é comprovada pela presença do cadáver e atestada por médicos ou testemunhos (arts.77 e 83 da lei nº6015/1973).A morte presumida ocorre quando o cadáver não é localizado, nas hipóteses de ausência: de quem estava em grave perigo de vida; dos desaparecidos ou feitos prisioneiros em guerra e dos desaparecidos em razão da participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988 (art. 7º do CC/2002 e lei nº9140/1995¹⁵

A ideia de sucessão pressupõe a passagem ou transferência de um direito de uma pessoa física ou jurídica para outra, os bens se transmitem de várias maneiras, como negócio jurídico entre vivos.

Por fim, os conceitos aqui apresentados se fazem essenciais para a compreensão desta pesquisa.

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha SUCESSÕES, direito da, , coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.p 2,3.

¹⁵CARVALHO, Dimas Messias de Direito das sucessões. 3.ed. Belo Horizonte; Del Rey ; 20011.p3.

CAPÍTULO I - ENTIDADES FAMILIARES: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS ESPÉCIES DE FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE

Desde o princípio da humanidade, nota-se a presença de agrupamento entre pessoas, as tribos que eram formadas pela presença de homens e mulheres, na caça e no convívio da aldeia. Diante das mudanças trazidas pela democratização, a entidade familiar deixou de ter caráter tradicional, e passou a dar vez para um ambiente igualitário, com fundamento na dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à liberdade de construir família.

I.1 A constituição de 1988 e as entidades familiares.

Tendo em vista as entidades familiares, explanaremos aqui além do já consagrado matrimônio, também as outras formas de entidade familiar que foram recepcionadas pela CR/88.

À família legítima constituída pelo casamento, mesmo ao diante das substanciais modificações ocorridas, são atribuídos deveres que, afora aqueles ditados pelos usos, costumes, religião, moral, etc., continuam sendo os relacionados no art. 231 do Código Civil Brasileiro, os chamados efeitos jurídicos, compreendendo fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação da prole. Além desses, tem-se a emancipação do cônjuge menor de idade, o ingresso na ordem sucessória e a imediata vigência do regime matrimonial. Do dever de mútua assistência decorre o direito a pensão alimentícia na hipótese de dissolução do casamento, adstrito à apreciação das circunstâncias do momento, quais sejam, a necessidade do alimentando e as possibilidades do alimentante.¹⁶

Atualmente as famílias são baseadas no afeto, voltada mais no interesse individual do ser humano e na dignidade da pessoa humana, do que no próprio formalismo da lei, isso porque com a chegada da pós-modernidade, houve mudanças de paradigma, antes ditos como correto e imutáveis. Refiro-me aqui ao conceito de família na idade antiga e primitiva, em relação às considerações novas das relações familiares.

Pertinente à união estável,

A União estável é a relação de convivência entre dois cidadãos que é duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar. O Novo Código Civil não menciona o prazo mínimo de duração da

¹⁶DISPONÍVEL em: <<https://www.casamentocivil.com.br/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel>> Acessado em 23 de novembro de 2016

convivência para que se atribua a condição de união estável. Não é necessário que morem juntos, isto é, podem até ter domicílios diversos, mas será considerada união estável, desde que existam elementos que o provem, como por exemplo, a existência de filhos. Na união estável prevalece o regime da comunhão parcial de bens, mas pode haver um contrato entre as partes sobre os bens dos companheiros com a mesma flexibilidade admitida no pacto antenupcial.¹⁷

A família monoparental, família essa que foi recepcionada pela CR/88, podem ser aquelas constituídas por pais viúvos, pais solteiros que criam seus próprios filhos ou filhos adotados, mulheres que utilizam de técnicas de inseminação artificial, pais separados ou divorciados.

Isto porque, essas famílias podem se originar do mero acaso, como nos casos de viuvez, ou simplesmente como fruto da vontade, conforme explica o professor José Sebastião de Oliveira na seguinte passagem:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável.¹⁸

Com relação aos pais viúvos, pode-se afirmar que tal tipo de família é a mais antiga. Isto se deve ao fator da eventualidade, pois mesmo no passado em que só era admitido o casamento como forma constitutiva de família, forçosamente formava-se uma família monoparental com o falecimento de um dos cônjuges.

Entretanto, cumpre observar que atualmente, em virtude da elevada expectativa de vida das pessoas, tal espécie de família monoparental tende a diminuir, pois não forma família monoparental a morte do pai ou da mãe quando os filhos já estão criados e possuem família própria.¹⁹

¹⁷ Idem

¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos constitucionais do direito de família. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23739/analise-da-familia-monoparental-como-entidade-familiar-apos-o-advento-da-constituicao-federal-de-1988> Acesso em 23 de novembro de 2016

¹⁹ BRAIDO, Ingrid Maria Bertolino, Família Monoparental – Acolhida pela Constituição Federal de 1988, porém marginalizada, 95f. Trabalho de Conclusão de Curso - faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2003. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/23739/analise-da-familia-monoparental-como-entidade-familiar-apos-o-advento-da-constituicao-federal-de-1988> > Acesso em 23 de novembro de 2016

Importante destacar que as famílias monoparentais oriundas do falecimento de um dos cônjuges sempre existiram. Todavia, o reconhecimento dessa entidade familiar veio no sentido de dar legalidade as formações decorrentes da vontade voluntária das pessoas, e não do mero acaso.

Rodrigo Da Cunha Pereira, diz que:

Não existe formula certa para dizer ao direito como legislar a essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas varias. Ela deixou sua forma singular e agora é plural, como a CF de 1988, já expressou em seu art. 226.²⁰

Com todas as modificações que vem ocorrendo, nota-se que existe uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados, principalmente na esfera afetiva, que hoje superou aquela ideia engessada de matrimônio por conveniência ou interesse individual.

Segundo Rodrigo Da Cunha Pereira:

Existe ai uma das mudanças paradigmáticas e estruturantes do Direito de família: a família deixou de ser um núcleo essencialmente econômico e de reprodução. Após varias tentativas de aprovação, apesar das forcas religiosas em contrario finalmente foi aprovada no Brasil, em 1977, a lei do divorcio. Os casais já não precisavam mais ficar casados a qualquer custo.²¹

A CR/88 consagrou o Estado Democrático de Direito e tem como princípio fundamental entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, este é considerado o principio maior, pois serve de base aos demais e vem permitindo novos contornos à estrutura familiar, delineada principalmente pelo laço afetivo, denominada de família eudemonista.

Para Rodrigo Da Cunha Pereira

Faz se então necessário, buscar nos princípios Gerais do Direito as bases de compreensão e aplicação de um direito mais justo. Se uma lei não estiver em consonância com os princípios gerais do Direito, os julgamentos não serão verdadeiramente justos. E que a significação

²⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família 2°. ed.São Paulo Saraiva.2012, p. 28 e 29.

²¹ *Idem*

lógica das leis e sua virtude plasmadoras das relações sociais podem ir, e geralmente vai, muito além do que pensaram e previram, os que a formaram.²²

Diante dos anseios de proteção da sociedade há a necessidade de se reconhecer a existência de outras entidades familiares, e assim o legislador o fez, alargando a CR/88 além das constituídas pelo casamento assim foi reconhecida a união estável entre homem e mulher e também a família monoparental, aquela constituída por um dos pais e seus descendentes.

No dizer de Maria Berenice Dias

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. O afrouxamento dos laços entre igreja e Estado acarretou profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família.²³

Observa-se que o legislador constituinte normatizou o que já representava a realidade de muitas famílias brasileiras, acolhendo de modo normativo outras entidades familiares, porém na atualidade a família assumiu função diversa, dividindo em várias outras entidades familiares, mesmo não sendo reconhecidas pela CR/88.

1.1. Espécies de família para além da CR/88.

A cerca do assunto espécies de família, a Constituição da República se adequou ao tema, e trás em seu artigo 226, especificamente em seus parágrafos 3º e 4º.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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. (Regulamento) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º 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. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos

²² Idem

²³ DIAS, Maria Berenice Manual de Direito das Famílias/ -11. ed rev, atual e ampl- São Paulo editora revista dos tribunais. 2013, p, 43,40.

princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²⁴

Com a constituição as famílias passaram a ser vistas, não mais como famílias baseadas no instituto do casamento, mas reconhecendo as diversas modalidades familiares.

Por exemplo, há espécies de famílias previstas no ECA, famílias reconhecidas a partir de decisões do supremo (STF).

A família homoafetiva, é conceituada a partir da união de pessoas do mesmo sexo, um fato cada vez mais comum e com reflexos na esfera jurídica.

Camila de Araújo Cavalcanti

No Brasil, o enlace homoafetivo sofreu uma batalha árdua no judiciário sendo equiparada a união estável heterossexual em 2011 e conseqüente possibilidade de conversão em casamento. Até então essas famílias eram consideradas como sociedade de fato, uma vez que, nos casos de divisão do patrimônio, nas competências para o processo de julgamento dessas causas seriam das varas cíveis comuns, não dizendo respeito ao juízo de família.²⁵

Segundo dados do IBGE, no Brasil existem mais de 60 mil casais homossexuais. Cabe ao sistema jurídico, pelo menos em tese, garantir a igualdade de direitos entre os cidadãos sem fazer acepção de quaisquer características ou peculiaridades existentes e, neste caso, sem se considerar a sexualidade.

O Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional do país, reconheceu às uniões homoafetivas, na data de 05/05/2011, o status de entidade familiar, estendendo a estas relações a mesma proteção destinada à união estável prevista no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal (CF), e no artigo 1723, do Código Civil.²⁶

²⁴ DISPONÍVEL em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10645133/artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em 23 de novembro de 2016.

²⁵ ARAÚJO, Cavalcanti Camila de. Famílias pós-modernas: A tutela constitucional a luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá. 2016 p 54

²⁶ DISPONÍVEL em: <<https://jus.com.br/artigos/20380/consequencias-de-direito-apos-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-pelo-supremo-tribunal-federal>> Acesso em 23 de novembro de 2016

Ainda observando alguns modelos, temos a família reconstituída, esta que é originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem filho ou filhos de um vínculo anterior.

Em uma formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta. Nesta categoria entram tanto as novas núpcias de pais viúvos ou mães viúvas como de pais divorciados e de mães divorciadas e pais e mães solteiros. Alude, assim, não só a reconstituição como o estabelecimento de um novo relacionamento, no qual circulam crianças de outro precedente.

Esta noção contempla não só o grupo integrado pelo genitor que tem a guarda dos filhos de um vínculo anterior, mas também o conformado pelo genitor que não a tem, porque a lei, independentemente da convivência, considera parente por afinidade, em linha reta, descendente de primeiro grau, o filho do cônjuge proveniente de uma união anterior.²⁷

A família reconstituída resulta da pluralidade de relações parentais, em especial aquelas advindas da viuvez, separação e pela constituição de novo casamento.

Há também a família substituta, consistindo na família que passa a substituir o papel da família biológica, far-se-á, portanto, mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta: I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo; III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos; IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão; V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente. Parágrafo único. Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos. Conceito: é aquela que se compromete em trazer ao menor, que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, a oportunidade de fazer parte de um novo lar. Sendo assim esta criança ou adolescente vai passar a ser membro desta família que generosamente a acolhe, que livremente a quer entre os seus, dispensando-lhe tudo de que precisa, sobretudo, amor.²⁸

²⁷ DISPONÍVEL em: <http://www.tribunapr.com.br/noticiasfamilias-reconstituídas_breve-introdução-ao-seu-estudo> Acesso em 23 de novembro de 2016

²⁸ DISPONÍVEL em:< <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10593582/artigo-165-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990> > Acesso em 23 de novembro de 2016

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A família eudemonista é um conceito moderno, caracterizada pela comunhão de afeto recíproco entre os membros que a compõem, independente do vínculo biológico.

Segundo Maria Berenice Dias

Ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidariedade, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana.²⁹

Com amplos conceitos de entidade familiar, há a proteção do Estado, sendo necessário resguardar e refletir sobre essa instituição que é uma das primeiras e mais importantes e que nasceu conjuntamente com o próprio homem apesar de que no passado somente o casamento merecia proteção constitucional.

E é a partir daí que o conceito de família, altera-se sem, contudo deixar de existir em sua forma tradicional, no dizer de Maria Berenice Dias, é necessário ter uma visão pluralista que permite enlaçar o conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade.³⁰

O pluralismo pressupõe esta liberdade para a construção do próprio destino, atribuindo-lhe justamente esta autonomia privada.

Para Camilla De Araújo Cavalcanti

A vastidão das mudanças políticas, econômicas e sociais, anteriormente mencionadas, produziu reflexos nas relações jurídicas familiares. Ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias/ Maria Berenice Dias-11.ed.atual e ampl- São Paulo: Editora revista dos tribunais 2016.

reformulação de seu conceito. Os ideais de pluralismo, democracia, igualdade, liberalismo e humanismo voltaram se para a proteção da dignidade Humana. Contudo, em relação às famílias brasileiras, as espécies de arranjo familiar, não se esgotam por ai, o conceito de família não tem matiz único, sendo que a constituição brasileira, consagrou uma estrutura paradigmática aberta e calcada no principio da afetividade.³¹

Nos dias atuais o elemento identificador das famílias, nem é a celebração do casamento, nem faz diferença o gênero do casal, o elemento que distingue a família é o caráter afetivo.

Maria Berenice Dias, diz que:

A igreja católica consagrou a união entre homem e mulher, como sacramento indissolúvel: Até que a morte os separe. As únicas relações aceitas são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, em face do interesse da procriação. Dai a origem do debito conjugal, como obrigação a pratica da sexualidade. A máxima cresça e multiplique vos atribuiu a família a função reprodutiva com o fim de difundir sua fé. Alias outro não é o motivo para ser vedado de modo irresponsável, o uso de contraceptivos. O casamento religioso pode ser anulado se algum dos cônjuges for estéril ou impotente.³²

Hoje a família se identifica pelo afeto, não mais existem razões morais, religiosas que justifiquem a intromissão do Estado na vida das pessoas.

O CC de 2002 procurou deixar expressa essa proteção ao proibir qualquer pessoa, de direito publico e privado, de interferir na comunhão de vida instituída pela família, com isso vários avanços foram conquistados pelos direitos das famílias, sobretudo pelo ativismo judicial, cito o reconhecimento da união homoafetiva. Notório então que o conceito de direito de famílias precisou ser reinventado em face das alterações ocorridas no modelo tradicional dos vínculos familiares. As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, partiram em busca da realização dos sonhos de felicidade, distanciando se da estrutura convencional do casamento.

Diante de tantas transformações, para a ordem jurídica atual, é absolutamente indiferente se homem ou mulher desimpedidos casam ou optam por se unir sem a formalidade do casamento.

³¹ CAVALCANTI Camilla de Araújo. Famílias pós-modernas: a tutela constitucional a luz do principio da dignidade da pessoa humana/ - Curitiba: Juruá, 2016 p39.

³² DIAS, Maria Berenice Dias: Manual de Direito das Famílias/ -11. ed rev,atual e ampl- São Paulo. Editora revista dos tribunais.

A União Estável ganhou autonomia conceitual e posteriormente foi regulada pela lei ordinária onde o Código Civil estabeleceu nítida distinção entre este instituto e o concubinato.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho

E foi por volta dos anos de 1950, a jurisprudência começou a ensaiar alguns passos na direção da tutela da concubina. As primeiras formulações não reconheciam propriamente a concubina de participar nos bens adquiridos na constância da união, mas um crédito pelos serviços domésticos prestados aos companheiros. O fundamento foi buscado na coibição ao enriquecimento indevido. Algum tempo depois surgiam decisões reconhecendo na união informal uma sociedade de fato. (Ignoravam frontalmente a lei, que exigia prova escrita para a produção dos efeitos do contrato de sociedade entre os sócios como ainda exige: art. 987 do CC). Mas dava solução mais justa aos conflitos. Provada a aquisição de bens pelo esforço comum cabia a divisão entre companheiros, no fim da convivência, tal como numa dissolução de sociedade.³³

A união informal é a mais reconhecida pela sociedade nos dias atuais. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, entende:

A CR/88 absorveu uma nova ordem de valores privilegiando a dignidade da pessoa humana, e realizou uma verdadeira revolução no Direito de família, Assim o art. 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição.³⁴

A concepção de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que organiza e orienta a vida das pessoas independente de formalidade.

No dizer de Maria Berenice Dias

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto, como único modo eficaz de definição e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis. Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo, surgiu um novo nome; Família eudemonista, que busca a felicidade individual por meio da emancipação dos seus membros.³⁵

³³COELHO Fabio Ulhoa, Curso de direito civil, família e sucessões v5 - 3 ver e atual-SãoPaulo saraiva 2013 p 136.

³⁴ CARLOS Roberto Goncalves, Direito civil Brasileiro, volume 6; direito de família/ -7.ed ver e atual, São Paulo Saraiva 2010 p33

³⁵ DIAS, Maria Berenice Dias Manual de Direito das Famílias/ 11. ed rev, atual e ampl São Paulo. Editora revista dos tribunais 2016 p148.

As famílias são classificadas inicialmente em duas categorias, as constitucionais e não constitucionais. As constitucionais são as mencionadas na CR/88 artigo 226 §3º.

Fabio Ulhoa Coelho, entende que

Entre as famílias constitucionais e não constitucionais, a diferença diz respeito unicamente à possibilidade de a lei ordinária estabelecer restrições específicas. Ao disciplinar a união estável, por exemplo, o legislador não pode deixar de atribuir ao companheiro nenhum direito que tenha reconhecido ao cônjuge. Como a união estável é família constitucional, essa discriminação não é aceita pela ordem jurídica vigente.³⁶

Notório então que o conceito de direito de famílias precisou ser reinventado em face das alterações ocorridas no modelo tradicional dos vínculos familiares e diante dessa nova estrutura, passou a se manter por eles afetivos tanto é que a jurisprudência reconheceu a relação homoafetiva e também a liberdade para adoção aos casais que assim desejarem ter uma criança em seus lares.

Se o afeto é elemento identificador das entidades familiares, esse mesmo sentimento serve de base para a definição dos vínculos parentais. A jurisprudência passou a atentar ao melhor interesse da criança e seu bem estar.

Para Rodrigo da Cunha Pereira

Não se pode deixar de ver que é a presença de um elo de afetividade que gera uma entidade familiar merecedora do abrigo no direito de família. Desse conceito de família não podem ser excluídos os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Que com a denominação de uniões homoafetiva, vem sendo reconhecidas pela jurisprudência. Não só a família, mas também a filiação foram alvo de profunda transformação. Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e a imprescritibilidade da investigação dos pais.³⁷

Vê-se então que a família deixou de ter um único conceito e se pluralizou. Porém, uma das dificuldades em se reconhecer essas várias possibilidades de vínculos familiares e conjugais, consiste no medo de que estas novas famílias signifiquem a destruição da verdadeira família. Esse

³⁶ COELHO Fabio Ulhoa, Curso de direito civil, família e sucessões v/5. 3 ed .rev e atual-São Paulo Saraiva 2013 p 136.

³⁷ PEREIRA Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família/ , 2.ed-São Paulo Saraiva,2012 p 28

apego ao tradicionalismo e ao patriarcalismo é que provoca o saudável debate, contra a modernidade, que cada dia mais se renova, no entanto ainda há quem resista a tal evolução, por conta de dogmas e valores morais, de sorte não cabe ao Estado fazer tal discriminação, devendo tutelar a todo e qualquer cidadão de bem, que deseje constituir sua família da forma que bem entender.

Para Camila de Araújo Cavalcanti

As coisas têm preço e as pessoas têm dignidade, tal conceito amplo e subjetivo, ampara o homem contra o autoritarismo de um Estado. A Tutela da dignidade humana surgiu com a conotação de proteção do homem pelo simples fato de sua existência, existência digna, trata se de direitos de proteção a todo o cidadão.³⁸

Ademais, ocorre que o maior motivo de união humana é o amor, que alias é pregado pela maioria das religiões, amor esse que em regra é o que forma e alimenta as entidades familiares.

Diante de tantas mudanças as relações familiares devem ser acolhidas, seja ela de que natureza for e a ela devem ser concedidos os mesmos direitos, independente de origem devem ser albergados todos os tipos de arranjos familiares.

É preciso colocar como figura central, essas outras formas de família, já que a CR/88 tipificou em seu texto, e dispensou tratamento legislativo apenas à união estável, ao casamento e a entidade monoparental, sendo assim para outras formas de família, restou como proteção, à aplicação dos princípios, partindo da premissa de sua inegável existência sendo assim devem ser tuteladas pelo Estado, em decorrência do que prevê o art. 226 da CR/88 em seu caput.

É sabido que mesmo quando a legislação brasileira disciplinava apenas a família fundada no casamento, essas outras famílias já existiam e continuarão existindo independente da positivação pelo Estado.

Portanto se entende ser necessária a reformulação do tratamento jurídico dispensado a família, no sentido de afastar qualquer tipo de

³⁸ CAVALCANTI, Camilla de Araújo, Famílias pós-modernas. A tutela constitucional a luz do principio da dignidade da pessoa humana Curitiba: Juruá, 2016,p115.

discriminação e que esta reformulação acolha as variedades de famílias, em decorrência do princípio da pluralidade de formas e da dignidade da pessoa humana.

Para Rodrigo Da Cunha Pereira,

Ao reverso das normas que tem sua ratio vinculada às legislações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independente da origem da família, tenham ela sido constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato, seja ela composta por um dos genitores, juntamente com seus descendentes.

Não há razão para que um conflito relacionado a qualquer modalidade de entidade familiar, seja submetido a uma vara cível, quando na comarca haja uma vara especializada em matéria de família, trata se de discriminação intolerável por parte da lei Estadual de organização judiciária³⁹

A interpretação constitucional deverá ir em direção à caracterização destas uniões como família, em caráter de inserção da norma contida no art. 226 da CR/88 e o princípio da dignidade humana. O Estado democrático de direito não pode desconsiderar seus princípios, servindo sua lei maior para assegurar a realização de direitos fundamentais, no que diz respeito às relações familiares.

Para Washington de Barros Monteiro

Todo homem ao nascer, torna se membro integrante de uma entidade natural e social, a ela conserva se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do direito de família⁴⁰.

A família hoje além de plural, esta em constante movimento, se desenvolvendo, indo de encontro a um ativismo, que busca superar valores antigos, trazendo pra esse novo tempo um conceito mais aberto de família.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família 2.ed-São Paulo Saraiva,2012 p197.

⁴⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares, Curso de direito civil. 2. Direito de família. WASHINGTON de Barros Monteiro 41.ed. São Paulo; Saraiva. 2011. p15.

CAPÍTULO II - DO DIREITO SUCESSÓRIO

A CR/88 assegura o direito de herança e o Código Civil regula o direito sucessório. Sendo assim é um conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, após a sua morte.

Atualmente com a evolução da sociedade e conseqüentemente o reconhecimento da união estável, o companheiro adquiriu o direito sucessório, que já eram garantidos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, esses direitos não são deferidos na mesma proporção, conforme artigo 1.790 do Código Civil, que coloca o companheiro em situação desfavorável em relação ao cônjuge, como pode ser observado no artigo 1.829 do Código Civil, ao posicionar o cônjuge como herdeiro necessário.

2.1. O Direito Real de Habitação

O direito real de habitação tem a finalidade de amparar o cônjuge e companheiro permitindo que este possa utilizar gratuitamente o imóvel para moradia própria.

A finalidade deste legado é garantir certa qualidade de vida e impedir que após o óbito seja ele excluído do imóvel onde residiam. Sendo assim o direito real de habitação, embora que partilhado o imóvel aos herdeiros o cônjuge reserva para si o direito à moradia, independente de testamento a seu favor.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho,

Independente do regime de bens do casamento, o cônjuge sobrevivente tem o direito real de habitação, incidente sobre o imóvel destinado a família (CC, art.1831). O objetivo da norma é garantir ao cônjuge o direito de continuar vivendo no mesmo local em que residia antes do passamento de seu marido. O companheiro também é titular do direito real de habitação, não somente por força da isonomia de tratamento em relação ao cônjuge, constitucionalmente assegurada, como também em razão da expressa previsão do art. 7º, paragrafo único da lei nº9278 que continua em vigor por versar sobre tema não disciplinado no código civil. O código civil estabelece como condição, para o direito real de habitação, que este onde reside o cônjuge seja o único dessa natureza a inventariar. Aqui o CC/2002 trata o cônjuge de maneira menos vantajosa que o companheiro. Quando o art.7º da

lei 9278/96 assegura a este ultimo o direito real de habitação, sem condicionar a inexistência de outros imóveis na herança.⁴¹

Entende-se, portanto que o cônjuge e companheiro, são beneficiários do direito real de habitação, ao imóvel que residia ao tempo do relacionamento.

Ainda para Silvio De Salvo Venosa

Não importava para a lei, a situação do sobrevivente na união estável, preenchidos os requisitos de existência da união estável, tais como convivência pública e duradoura, não importaria para a lei a situação do companheiro sobrevivente ainda que o decujos fosse casado de direito, mas separado de fato⁴²

O código civil de 2002 silenciou a respeito do direito real de habitação com direito sucessório do companheiro disposto anteriormente na Lei 9.278/1996, o que ainda hoje acarreta em muitas discussões doutrinarias.

Segundo Cahali

Houve a revogação do artigo que tratava sobre o direito real de habitação pelo código civil, pois o código haveria disposto inteiramente sobre a sucessão na união estável não deixando lacunas e impedindo que fossem utilizadas formas de interpretação legislativa no intuito de reviver esse direito⁴³.

No entanto o entendimento de alguns doutrinadores é de, que foi intencional o silêncio do legislador em manifestar-se sobre o direito real de habitação da sucessão do companheiro sobrevivente.

Contudo, Venosa entende que, o direito real de habitação é uma necessidade de amparo ao companheiro sobrevivente sendo um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. (VENOSA, 2003.)

Diante da omissão do CC/02, deverá ser observado o direito ainda se valendo da Lei 8278/1996.

Assim prevalecendo o direito real de habitação como direito sucessório para o companheiro sobrevivente.

⁴¹ COELHO Fabio Ulhoa, Curso de direito civil família e sucessões v 5-ed. rev e atual-São Paulo Saraiva 2010 p 288.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo, Direito civil, Direito de Família, 3º.ed.São Paulo: editora Atlas, vol 6, 2003 p67, 148.

⁴³ CAHALI, Francisco Jose, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Curso Avançado de Direito Civil vol 6: Direito das sucessões, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.p128.

Dispõe o art. 7º da lei 9278/1996

Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá o direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado a residência da família.⁴⁴

O direito real de habitação, foi estendido ao companheiro (a), mesmo que o CC/02 reconheça em seu artigo 1.831 apenas o cônjuge para fins de direito real de habitação.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves.

O art. 1831 do código civil assegura ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança” o direito real de habitação relativamente ao imóvel hdestinado à residência da família desde que seja o único desta natureza a inventariar. Se houver dois ou mais imóveis residenciais, não se pode falar em direito real de habitação, malgrado a omissão do citado dispositivo, esse benefício, numa interpretação teleológica, perdurara enquanto o cônjuge sobrevivente permanecer viúvo e não viver em união estável.⁴⁵

Porém mesmo que o CC/02 reconheça somente ao cônjuge o direito real de habitação, esta é uma garantia reconhecida a ambos os cônjuge e companheiro.

Os princípios estariam sendo afrontados, em caso de distinção entre cônjuge e companheiro.

O direito real de habitação do companheiro está assegurado aos conviventes em união estável e está prevista na Lei 9.278/96, não foi assegurado no CC/02, o que vem trazendo serias críticas, pois em muitas situações na união estável são divididos esforços entre o casal o que acaba por trazer prejuízos ao companheiro.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves

O superior tribunal de justiça decidiu que se duas pessoas são casadas em qualquer regime de bens ou vivem em união estável e

⁴⁴ DISPONÍVEL em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.html> Acesso em 23 de novembro de 2016

⁴⁵ GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado3, coordenador Pedro Lenza- São Paulo Saraiva 2014.

uma delas falece, a outra tem por direito a segurança de continuara vivendo no imóvel em que residia o casal desde que este seja o único a inventariar e mesmo que o inventario tenha sido aberto antes do atual código civil. Porém o cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventario ou por escritura publica, sem prejuízo de sua participação na herança.⁴⁶

No entanto a recente discussão doutrinária entre os tribunais tem se manifestado no intuito de sanar as lacunas existentes na lei no que diz respeito ao direito da companheira. Apesar de existir uma corrente alegando que o Código Civil revogou a lei que concede direito de habitação ao companheiro, é predominante a idéia que defende a vigência da lei nº 9.278/96, tendo por base os preceitos constitucionais que defendem a família, inclusive aquela formada por um casal em união estável, e também com base no direito fundamental a moradia.

Segundo Flavio Tartuce:

Duas leis foram incorporamos requisitos da união estável, o seu deveres, a proteção patrimonial. O direito a alimentos e os direitos sucessórios. Dois aspectos não foram tratados pela atual codificação. O primeiro é a competência da vara de família para apreciar as questões relativas a união estável, norma processual que continua em vigor(art. 9 da lei, 9278/1996). O segundo é o direito real de habitação sobre o imóvel do casal como direito sucessório do companheiro que segundo o entendimento majoritário ainda é vigente art. 7º da lei 9278/1996.⁴⁷

Por isso considerar revogada a lei anterior pela simples omissão do legislador civilista trariam impactos e consequências distintas ao objetivo assistencial da criação do instituto, qual seria dificultar um momento já difícil pela perda, e, contudo o sobrevivente ainda sofreria com a falta de moradia.

2.2. Análise do artigo 1.790 do Código Civil.

A análise deste artigo objetiva o estudo do direito sucessório dos companheiros decorrente da união estável.

Com o advento da Súmula 380, do STF, chegou a um consenso de que a convivência prolongada entre um homem e uma mulher podia formar uma sociedade de fato, sob o prisma do direito obrigacional, com direito à partilha

⁴⁶ GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado 3, coordenador Pedro Lenza- São Paulo Saraiva 2014.

⁴⁷ TARTUCE, Flavio. Manual de Direito civil volume único. 3.ed.rev, atual e ampl- Rio de Janeiro. Forense São Paulo Método 2013 p1167.

do patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal, não havendo direito à herança, mas sim à meação patrimonial, referindo-se aos companheiros e com o objetivo de se evitar o enriquecimento ilícito, ou sem causa, de uma parte em detrimento da outra. Tal jurisprudência estabeleceu ainda que, conforme o caso, também pode caber de modo alternativo, uma indenização por serviços domésticos prestados para as mulheres que não exerciam atividade fora do lar.

Um das discussões do presente trabalho esta localizada no artigo 1.723 do Código civil. A matéria relacionada aos direitos sucessórios dos companheiros esta disciplinada em um único dispositivo legal, localizado no livro V (do direito das sucessões) sob o titulo I, qual seja o artigo 1.790 do CC/02.

Discorre o artigo 1.790 do CC/02.

A companheira ou companheiro participara 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 cota equivalente a que por lei for atribuída ao filho.

II Se concorrer com descendente só do autor da herança, tocar, lhe a metade daquilo 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 a totalidade da herança.⁴⁸

Dessa forma é a participação do companheiro na sucessão, isto quer dizer que aquele que estiver vivendo em união estável, com outrem, participará nas formas que descreve o artigo. Acontece que o companheiro sobrevivente participará apenas da sucessão do outro quando se tratar dos bens que foram adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Desse modo somente comunicados os bens adquiridos pelo esforço comum de um ou ambos os companheiros durante a união estável, sendo assim serão excluídos os bens recebidos a titulo gratuito, por doação ou até mesmo sucessão.

O caput do artigo 1.790 enuncia que apenas haverá direito, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Segundo Flavio Tartuce:

⁴⁸VADE MECUM /edição especial/equipe RT.3.ed-São Paulo revista dos tribunais, 2015.

A norma esta mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do Direito das sucessões. Isso se deu pelo fato de o tratamento relativo à união estável ter sido incluída no CC/2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como herdeiro especial.⁴⁹

É preciso destacar que a norma não esta tratando da meação, ou seja, não importa qual regime de bens que foi optado pelo companheiro.

Segundo Maria Berenice Dias:

Injustificável a omissão da lei ao não inserir o companheiro sobrevivente na ordem de vocação hereditária. Reconhecida constitucionalmente a união estável como entidade familiar. Desfrutam os conviventes do mesmo status dos cônjuges. O legislador cuidou da sucessão da sucessão na união estável em um único art. (CC1790), inserindo o companheiro no quarto lugar, depois dos parentes colaterais primos, sobrinho neto e tio avo. Somente na hipótese de não existir nenhum parente é que adquire a qualidade de herdeiro. Além disso, é apenas herdeiro facultativo.⁵⁰

Isso nada mais é do que uma forma de contornar a insustentável discriminação que sofre o companheiro.

Para Silvio Rodrigues

Sendo assim, se durante a união estável, dos companheiros não houver aquisição a título oneroso, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o decujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir a união estável.⁵¹

Segundo o inciso I, que trata da concorrência sucessória com filhos comuns, observe que ao companheiro tocara uma cota equivalente a que por lei for atribuída a cada filho, dos bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento.

2.3. A Análise do artigo 1.829 do Código Civil.

O artigo 1.829, trata a forma de como ocorre a sucessão do cônjuge, tal dispositivo, tal ordem de sucessão segue uma determinada ordem.

Assim traduz o artigo 1.829, CC/02

⁴⁹ TARTUCE, Flavio. Manual de Direito civil volume único. 3.ed.rev, atual e ampl- Rio de Janeiro. Forense São Paulo Método 2013 p1320.

⁵⁰ DIAS Maria Berenice Dias Manual das sucessões. 3.ed.-São Paulo: ed revista dos Tribunais2013 p 81.

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil; Direito das sucessões. 25.ed. São Paulo; Saraiva. 2002p58.

Art.1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte; I Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge, sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal de bens, ou na separação obrigatória de bens (art. 1640), 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.⁵²

Nota-se, portanto que passou a ocupar sozinha a terceira posição, em caso de falta daqueles, isso sem falar na elevação da sua condição a herdeiro necessário, não podendo, portanto, ser excluído da legítima.

Para Fabio Ulhoa Coelho:

Quem tem herdeiros necessários, não pode dispor senão sobre a metade de seus bens. Essa é a única limitação do direito de testar, que a lei se preocupou em reforçar em mais de um dispositivo CC art. 17891857,1967.

Desse modo o patrimônio do testador com herdeiros necessários divide-se em parte disponível e indisponível, equivalendo cada uma a metade. A parte indisponível, chamada também de legítima, não pode ser objeto de testamento. Será ineficaz no todo ou em parte a disposição mortuária que alcançar a parte indisponível do patrimônio do testador.⁵³

Imperioso ressaltar que o cônjuge figura como herdeiro necessário no direito sucessório, posição esta, reservada apenas para aqueles que contraem o matrimônio em se tratando de convivência *more uxório*, sendo esta a convivência sob o mesmo teto.

Nota-se então que os herdeiros são fracionados em classes e chamado a suceder segundo um critério rigoroso, na linha de preferência estão os descendentes e ascendentes ou seja, parentes mais próximos.

Segundo Maria Berenice Dias

A razão primeira do direito sucessório é identificar quem são os herdeiros para depois proceder à divisão dos bens entre eles. Esta não é tarefa fácil. Existe mais de um critério, além das várias nuances a serem atentadas. Há alguma premissa, uma delas é que todos os parentes são herdeiros. Como todos têm legitimidade, para herdar todos são herdeiros legítimos. Assim como o cônjuge e o companheiro são herdeiros legítimos. No entanto nem todos fazem jus à herança. São herdeiros em potencial. O legislador presume que laços afetivos geram dever de mútua assistência e tenta adivinhar

⁵² DISPONÍVEL em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10604801/artigo-1829-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>

⁵³ COELHO Fabio Ulhoa, curso de direito civil família e sucessões v 5-ed.rev e atual-São Paulo Saraiva 2010 p 28

que a pessoa ao morrer. Gostaria de contemplar com seu patrimônio.⁵⁴

Observa-se clara intenção do legislador, ficando evidente a preocupação de que os primeiros a suceder sejam os descendentes, ou seja, devem ser os primeiros da classe de herdeiros a serem chamados.

Na visão de Flavio Tartuce,

Além da questão da concorrência sucessória criada pelo novo sistema privado, outro ponto importante a ser salientado é que o cônjuge foi alcançado na condição de herdeiro necessário art. 1845 do CC/2002, tendo direito a legítima. Em outras palavras deixa o cônjuge de ser herdeiro facultativo e passa a ser necessário (...) a condição de herdeiro necessário gerou ao cônjuge enorme proteção, mas não só. Isso porque em determinadas situações a concorrência com descendentes, aliada ao fato de ser o cônjuge herdeiro necessário, gera uma indesejada sociedade quanto a herança do falecido.⁵⁵

Partindo dos artigos 1.832 a 1.835 CC, é oportuno salientar que quanto à concorrência sucessória com os descendentes, estará sujeita a observância do regime de bens adotado, fato que ressalva algumas hipóteses nesse sentido sendo que quando casado no regime da comunhão universal de bens o cônjuge não participará do acervo hereditário em questão, visto que já incide a meação sobre todos os bens do falecido sejam eles particulares ou comuns.

Há uma grande discussão a cerca da sucessão com relação à união estável e o casamento.

Há ementas que sustentam a inconstitucionalidade de todo art. 1.790 do CC, por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontado com os direitos sucessórios do cônjuge (art. 1.829). Assim: "DIREITO SUCESSÓRIO. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. Proteção constitucional a amparar ambas as

⁵⁴DIAS Maria Berenice Manual das sucessões. 3.ed Paulo: doa -São tribunais 2013 p ed revista 129.

⁵⁵ TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: volume único/Flavio Tartuce. .ed.rev.atual e ampl-Rio de Janeiro:Forense:São Paulo : Método. 2013.

entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Reconhecido direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes. Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO". (TJSP, Apelação n. 994.08.061243-8, Acórdão n. 4421651, Piracicaba, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, julgado em 07/04/2010, DJESP 22/04/2010).⁵⁶

Portanto, com relação ao artigo 1.790 do CC, o companheiro ou companheira, somente participará da sucessão do outro quanto a bens adquiridos onerosamente na vigência da união e não havendo parentes sucessíveis (descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau), o companheiro terá direito à totalidade da herança. Ao contrário da sucessão que norteia o artigo 1.829 do CC, onde o cônjuge figura como herdeiro necessário da herança.

⁵⁶ DISPONÍVEL em: <https://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais> Acesso em 23 de novembro de 2016

CAPÍTULO III - RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS CONCOMITANTES AO CÔNJUGE E COMPANHEIRO.

No terceiro capítulo abordaremos o reconhecimento dos direitos sucessórios concomitantes ao cônjuge e companheiro em razão da autorização constitucional de formação de família como entidade familiar. Merecendo amplo destaque a sucessão decorrente da união estável, este que se separou do concubinato e que era visto com extrema reserva em nosso direito, que se dedicava apenas a família legítima oriunda do matrimônio, na oportunidade iremos abordar a hipótese de concorrência sucessória do cônjuge com companheiro.

A matéria que trata da concorrência entre cônjuge e companheiro é ainda muito discutida nos tribunais, porém após análise do caso em concreto tem o legislador entendido quanto ao direito sucessório em favor do companheiro. Entendendo que podem ser aplicadas as mesmas regras de sucessão, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana tem prevalecido nos tribunais.

Nesse sentido conforme Fábio Ulhoa Coelho,

O cônjuge e o companheiro podem participar da mesma sucessão. Para divisar as hipóteses em que essa participação comum tem lugar, convém partir das situações em que o cônjuge é sucessor, para identificar em quais delas também pode ocorrer a constituição de uma união estável, legitimando o companheiro a suceder o falecido. Em três casos o cônjuge sobrevivente participa da sucessão do falecido a) quando da abertura da sucessão havia convivência entre eles b) se estavam naquela época separados de fato a menos de dois anos c) Se a separação de fato perdurava a mais tempo, mas não tinha, motivada por culpa do sobrevivente.⁵⁷

No Brasil o CC de 1916 reconhecia como família, apenas, as uniões constituídas pelo casamento, consagrados com todas as formalidades da lei, isso para assegurar a integralidade patrimonial da família, tanto que os filhos havidos fora do casamento não eram reconhecidos.

Ainda no mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família e Sucessões/ Fábio Ulhoa Coelho v,5.ed.rev e atual- São Paulo, Saraiva 2013.

Com efeito, a caracterização da união estável pressupõe que os conviventes sejam solteiros ou viúvos, ou quando casados, ou estejam separados de fato ou judicialmente (CC/2002, art.1723).E o art. 1830 exclui o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro, estava separado judicialmente, ou separado de fato a mais de dois anos. O código civil, contudo não fixou prazo mínimo para a caracterização da união estável. Desse modo, pode suceder que uma pessoa separada de fato a menos de dois anos, já estivesse vivendo em união estável por ocasião de sua morte. Nesse caso o direito sucessório do cônjuge ainda não estaria afastado⁵⁸

Ainda há muito que se discutir a cerca do assunto, é sabido que a sucessão opera se no momento da morte real ou presumida a idéia de sucessão nasceu após consolidar se a formação da família. Por muitos séculos os direitos patrimoniais não se partilhavam, pois pertencia a sociedade familiar.

Para Maria Berenice Dias

De modo injustificável, a lei empresta tratamento desigual ao casamento e a união estável no âmbito do direito sucessório, ainda que assegurado tanto ao cônjuge quanto ao companheiro o direito de concorrer com ascendente e descendente este privilegia esta disposto em dispositivos legais distintos e são diferentes tanto no que se refere ao calculo quanto como a base de incidência. Claro que o resultado só pode ser diverso. O direito do companheiro existe sempre e independe do regime de bens. Mas o cônjuge concorre com os descendentes somente no regime da comunhão parcial de bens, e o calculo é feito segundo a doutrina dominante sobre os bens particulares.⁵⁹

Há uma postura discriminatória, pois na ordem de vocação hereditária o cônjuge é herdeiro necessário (art. 1.845, CC) figura em terceiro lugar (art. 1.829, III, CC), enquanto o companheiro, mero herdeiro legítimo está em ultimo lugar depois dos parentes colaterais.

3.1. Análises do Recurso Extraordinário nº 878694.

O STF julgou o Recurso Extraordinário nº 878694 que discute a legitimidade do tratamento diferenciado ao cônjuge e a companheira pelo art.1790 do CC/2002 para fins de sucessão. Em suma o que se coloca em debate e o tratamento diferenciado a que é aplicada ao cônjuge e companheiro

⁵⁸ GONCALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado v 3/ Carlos Roberto Goncalves; Coordenador Pedro Lenza- São Paulo Saraiva, 2014, coleção esquematizada.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice.Manual das Sucessões/ Maria Berenice Dias-3.ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais 2013.

no direito sucessório. Ministros votaram pela inconstitucionalidade da norma por entender que a CR/88 garante a equiparação entre os regimes da união estável e do casamento, no tocante ao regime sucessório. Em seu voto o ministro Roberto Barroso considera que a Constituição Brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além das que resultam do casamento, nesse rol é considerado também a família resultante da união estável, vê-se então que no entendimento do Ministro Roberto Barroso para o sistema constitucional vigente seria inconstitucional a distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro.

Segundo análise do site IBDFAM

No caso dos autos, sentença de primeira instância reconheceu a companheira como herdeira universal do falecido, igualando o instituto da união estável ao casamento. Contudo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), ao reconhecer a constitucionalidade do inciso III do artigo 1.790, do Código Civil, reformou a decisão. De acordo com a Norma, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus, a título de herança, unicamente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluída sua participação como herdeiro dos bens particulares da pessoa falecida. No STF, a recorrente sustenta que o artigo 1.790 do CC prevê tratamento diferenciado e discriminatório à companheira em relação à mulher casada e alega violação aos artigos 5º, inciso I, e 226, parágrafo 3º, ambos da Constituição. Aponta, ainda, violação à dignidade da pessoa humana, pois o acórdão do TJMG permitiu a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente e pede a aplicação do artigo 1.829 do CC (que define a ordem para a sucessão legítima) com a finalidade de equiparar companheiro e cônjuge.⁶⁰

Nesse sentido nos diz Silvio De Salvo Venosa

A companheira ou 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 cota equivalente a que for por lei atribuída ao filho; II se concorrer com descendente só do autor da herança tocar lhe a metade do que couber a cada um daqueles; III se concorrer como outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança; IV não havendo parentes sucessíveis, terá o direito a totalidade da herança.⁶¹

Conforme se verifica o companheiro não é herdeiro necessário, por ter uma colocação em lugar desfavorável no artigo 1.790 CC/02.

⁶⁰DISPONÍVEL

em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5622/STF+vai+decidir+sobre+constitucionalidade+de+Norma+que+regulamenta+o+regime+sucess%C3%B3rio+de+companheiros.>> Acesso em 23 de novembro de 2016

⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*, São Paulo: Editora Atlas S.A 2004.

Na lição de Maria Berenice Dias

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC/2002 art.1790) Este tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrante inconstitucional. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela (CR/88 226§ 3º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição de família.⁶²

Portanto no que se refere ao artigo 1.829 e 1.790 há uma forte corrente doutrinária que entende ser desleal a colocação do cônjuge e companheiro quanto se trata do direito sucessório.

3.2. Famílias paralelas, dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de direitos sucessórios.

A CR/88 produziu significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas. Hoje se reconhece a instituição de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento, ou seja, o sistema jurídico brasileiro pós CR/88 vive num momento próprio no que diz respeito às liberdades individuais.

Para Camilla De Araújo Cavalcanti.

Diante das mudanças trazidas especialmente pela necessidade da sociedade globalizada, como o grande e rápido fluxo de informações, o avanço tecnológico para tratamento de fertilização artificial, a praticidade, possibilidade trazida pelas novas legislações em divorciar-se, fez com que o número de rearranjos familiares também crescesse. Portanto fala-se em família não mais subsistindo um conceito único e indissociável da família atrelada ao sistema patriarcal, mas sob o fundamento da dignidade humana e no direito fundamental a liberdade de constituir família, novos grupos familiares surgem ilustrando uma família em um ambiente democrático.⁶³

Nota-se então que não há mais lugar numa sociedade que está em constante evolução social, um conceito único e estagnado de família.

⁶² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias/ -11.ed.atual e ampl- São Paulo: Editora revista dos tribunais 2016.

⁶³ ARAÚJO, Cavalcanti Camila de. Famílias pós-modernas: A tutela constitucional a luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá. 2016 p 38

Para Roberto Senie Lisboa

Família é palavra de sentido equivoco que, no decorrer dos tempos, foi empregada de varias maneiras, nota se que não se afigura correta, a ideia de que família é tão somente o núcleo constituído pelo casamento. Essa ideia, na verdade, foi construída pelo direito canônico, que buscou vincular conceito de família ao do casamento, assim entendido como um sacramento indissolúvel.⁶⁴

O padrão tradicional de família era fundado no matrimônio, sendo o vínculo, casamento a única forma legitima de constituição de família.

Contudo ainda há uma importante resistência social quanto à aceitação das famílias paralelas, tem se ainda hoje, que essa realidade, permanece sob os estigmas do preconceito, recebendo, por essa razão, tratamento marginalizado, Como se fechando os olhos, fosse possível reduzir e até exterminar a existência e continuidade de tais relações.

Segundo Camilla De Araújo Cavalcante

A existência das famílias plurais não é fato isolado no mundo. Após a possibilidade do divorcio, principalmente após a ruptura do Estado e Igreja, muitos países do mundo inteiro assistiram a recombinação das famílias das mais variadas formas. Exemplo disso é o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.⁶⁵

Nota se então que a sociedade, por mais que se diga avançada e atenta às mudanças, segue influenciando o comportamento, ao menos sob a aparência de moralidade, dê que a temática famílias paralelas se revela tão complexas.

Para Maria Berenice Dias

Negar a existência de famílias paralelas quer um casamento, quer uma união estável, é simplesmente não ver a realidade, com isso acaba se cometendo enormes injustiças. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum é preciso operar a apreensão jurídica destas duas realidades, são relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros muitas vezes têm filhos e existe patrimônio em comum, não enxergar

⁶⁴LISBOA Roberto Senie, Manual de Direito Civil, v, 5 Direito de famílias e sucessões ed. SãoPaulo Saraiva 2012,p 38

⁶⁵CAVALCANTI, Camila de Araújo Familiais pos modernas: A tutela Constitucional á luz do Principio da Dignidade Humana/ Camila de Araújo Cavalcanti-Curitiba: Juruá, 2016.

esses direitos atenta contra a dignidade dos partícipes e da prole porventura existente.⁶⁶

Dai que a família paralela, a despeito de não se enquadrarem nas possibilidades expressas na constituição, tem de ser analisadas topicamente., pois a família e suas relações engessam no meio jurídico por meio da porosidade do sistema aberto viabilizado pelo pluralismo familiar, passando, portanto, a gozar do status de família, sendo merecedora, como tal, da especial proteção do Estado.

Pode se dizer que a característica fundante família contemporânea é a afetividade e principalmente o princípio da dignidade humana que norteia e serve de baliza aos demais.

Segundo Eduardo Bittar

O princípio da dignidade humana é o princípio mais universal de todos os princípios afirma que o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive, assim há de se postular por um sentido de direito. Por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças. Distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana. O Direito das famílias este umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, isso significa em última análise igual para todas as entidades familiares, assim é indigno dar tratamento diferenciado aos vários tipos de constituição de família. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares o afeto, a solidariedade, a união, o respeito à confiança, o amor e o projeto de vida em comum.⁶⁷

O artigo 1º da CR/88 em seu inciso III tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, em síntese negar a proteção a relações paralelas, acaba por infringir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o princípio em comento releva se como principal, pois as relações advindas do seio familiar demandam atenção e respeito quanto à pessoa de seus membros.

Para Maria Berenice Dias

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice . Manual de Direito das Famílias/ -11.ed.atual e ampl- São Paulo editora revista dos tribunais 2016, p. 48

⁶⁷ BITAR, Carlos Alberto Filho. Direito de Família e Sucessões/ Carlos Alberto Filho Bitar -2.ed Saraiva, 2006.

Dignidade da Pessoa Humana como sendo: o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão.⁶⁸

Observa-se então que negar a existência das famílias paralelas é contrariar preceitos fundamentais como o afeto e a dignidade humana princípio este que tem espaço na ordem constitucional vigente, uma vez que figura como princípio norteador de todas as relações sociais.

Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que

O princípio da dignidade humana é hoje o esteio de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direito desatrelados da ideia de conceito de dignidade. Embora essa noção esteja vinculada a evolução histórica do direito privado, ela tornou-se também um dos pilares do direito público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional e portanto o vértice do Estado de Direito.⁶⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana, é o princípio base de todos os outros que existem em nosso ordenamento. Abrangendo não só os direitos individuais, mas também, os direitos de natureza coletiva, econômica e cultural. Para que este princípio se torne viável, cabe ao Estado o dever de respeito, proteção e promoção para o pleno exercício dos direitos fundamentais.

3.3. Estudos de decisões sobre a aplicação concomitante de direitos.

O trabalho do magistrado em suas decisões, não se constitui em tarefa fácil, uma vez que são grandes as divergências principalmente quanto à posição de doutrinadores, o que acaba por trazer acaloradas discussões.

O Relator Des Raupp Ruschel em seu voto deixou clara a ideia de justiça, em igualar a sucessão do companheiro a do cônjuge.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice . Manual de Direito das Famílias/ -11.ed.atual e ampl- São Paulo: Editora revista dos tribunais 2016.

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família/ Rodrigo Pereira da Cunha. - 2. Ed- São Paulo Saraiva, 2012, p 114.

Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.⁷⁰

Diante do novo perfil traçado pela ordem constitucional de 1988 dentre as substanciais mudanças, houve a alteração do papel atribuído às entidades familiares e a alteração do conceito de entidade familiar, que passou a ser instrumento de promoção da dignidade humana.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira

Na contemporaneidade o princípio constitucional da dignidade humana assumiu posto de macroprincípio constitucional, de sorte que todos os princípios que se concretizam na dignidade humana, consiste direitos fundamentais⁷¹

Nota-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana que se faz regente na Constituição, abraça todas as novas entidades familiares, uma vez que é princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

O ministro Fabio José Bitencourt, defende que princípios como o da dignidade humana devem se sobressair garantindo assim a plena realização de seus membros.

O conceito de certo e errado é completamente relativo. Por essa razão, não abro mão da ideia de que ao chamado concubinato podem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, já que essa modalidade de relação deve, sim, ser vista como entidade familiar pela realidade fática e social que dela emanam. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da pluralidade das formas de família, quando aliados ou em confronto com o da monogamia em cada caso concreto, se sobressaem e acabam por autorizar a atribuição e distribuição de direitos às famílias paralelas.⁷²

⁷⁰ TJRS, 7ª Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 70020389284. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. 12/09/2007. TJRS Acórdão 70020389284. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>.

⁷¹ PEREIRA Caio Mario da Silva, Instituições do direito civil. 17.ed. Rio de Janeiro, editora forense, 2009 p 51.52.

⁷² DISPONIVEL

em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/4055/Pens%C3%A3o%20por%20morte.%20Concomit>

O ministro Fabio José Bitencourt, fez suas considerações, defendendo a ideia de que princípios como o da dignidade da pessoa humana devem ser considerados sempre ao se examinar um caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo proposto para esse trabalho é de apresentar por meio de levantamento doutrinário alguns apontamentos em relação à possibilidade de reconhecimento de direitos sucessórios concomitante ao cônjuge e o companheiro. Neste sentido procurou abordar as novas espécies de família acolhidas pela constituição já que até o advento da CR/88, apenas o casamento vinha prevalecendo como conceito de família juridicamente aceito. No entanto a carta magna abarcou a união estável, a família monoparental ofertando assim a mesma proteção concedida ao casamento reconhecendo também estas como entidade familiar. No presente trabalho foram abordadas as características destas uniões, assim construindo um raciocínio que tem como fim, a análise das regras sobre sucessão entre companheiros em união estável e o cônjuge, verificando como se comporta o direito brasileiro diante desses novos modelos de entidades familiares.

Dessa forma, mediante pesquisa, percebeu-se, que a família contemporânea sofreu mudanças ao longo do tempo, sendo que a CR/88 foi o ápice dessas mudanças, ao reconhecer além da família usualmente formada por pai, mãe e filhos, constituída pelo casamento, também aquelas formadas apenas por um dos pais e os filhos.

A união homoafetiva, a família reconstituída, que é aquela originada do casamento ou união em que um dos companheiros tem filhos, a família substituta, que é identificada através de adoção, quando uma família passa a fazer o papel da família biológica e a família eudemonista, onde se encontra apoio basilar no afeto recíproco. Estes são os modelos de famílias que foram além do que abarcou a legislação, surgindo então outras maneiras de constituição de família, sendo estas amparadas por princípios constitucionais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Para nortear a relação jurídica familiar e humana, considera-se também o princípio da igualdade e da afetividade, estes princípios tem sido fonte de decisões nos tribunais de nosso país que vem julgando favorável alguns casos, mesmo os que não foram contemplados pela CR/88. Sendo assim a jurisprudência vem tentando se ajustar aos apelos das famílias, no sentido de analisar e

reconhecer que princípios como o da dignidade humana, da responsabilidade e da pluralidade de formas, quando entram em confronto com a monogamia acabam por sobressair e autorizam direitos a estas famílias que buscam reconhecer seu direito de viver com a total liberdade de escolha.

Argumentos justificados e baseados no artigo 1º III CR/88, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, negar a proteção à essas relações paralelas, acaba por infringir este princípio, pois releva-se como principal às relações advindas do seio familiar e demandam atenção e respeito quanto à seus membros.

Os artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil Brasileiro trazem respectivamente a sucessão proveniente de união estável e de casamento. A primeira onde o companheiro não figurará como herdeiro, somente no caso de não haver descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau, mesmo assim, somente se adquiridos bens onerosos durante a união. O caso posterior trás a leitura da sucessão do cônjuge, que figura como herdeiro necessário na sucessão.

Contudo a viabilização da aplicação de direitos sucessórios concomitantes entre cônjuge e companheiro em razão da autorização constitucional de formação da família como entidade familiar, possibilita o surgimento de diversas formas de família e esta pluralidade indefinida pelo ordenamento constitucional, pode ensejar a aplicação concomitante de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiro.

A família de direito, aquela constituída por casamento de fato, ou aquela informalmente constituída, recebem a mesma proteção legal, assegurando a igualdade entre cônjuges e companheiros, principalmente no que diz respeito à sucessão dos mesmos. Assim, não se pode fazer distinção entre uma família advinda através de união estável e aquela formada de acordo com formalidades de lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARUC, Bernard. Epigrafe Monografia de Direito/ Bernard Baruc, <http://Pensador.uol.com.br>.

BITAR, Carlos Alberto Filho. Direito de Família e Sucessões/ Carlos Alberto Filho Bitar -2.ed Saraiva, 2006.

BRAIDO, Ingride Maria Bertolino, *Família Monoparental – Acolhida pela Constituição Federal de 1988, porém marginalizada*, 95f. Trabalho de Conclusão de Curso - faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2003. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/23739/analise-da-familia-monoparental-como-entidade-familiar-apos-o-advento-da-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em 23 de novembro de 2016

BRASIL, constituição da república Federativa, promulgada em 5 de outubro de 1988/ obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicollet-46.ed. atual e ampl- São Paulo: Saraiva, 2012- (coleção Saraiva de legislação)

CASAMENTO CIVIL. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <https://www.casamentocivil.com.br/uniao-estavel/o-que-e-uniao-estavel> Acesso em 22 de novembro de 2016

CAVALCANTI, Camila de Araújo. Familiares modernas: A tutela Constitucional à luz do Princípio da Dignidade Humana/ Camila de Araújo Cavalcanti-Curitiba: Juruá, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família e Sucessões/ Fábio Ulhoa Coelho v,5.ed. rev e atual- São Paulo, Saraiva 2013.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias/ Maria Berenice Dias-11.ed. atual e ampl- São Paulo: Editora revista dos tribunais 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões/ Maria Berenice Dias-3.ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais 2013.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias/ Maria Berenice Dias - 3.ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais 2013.

EVARISTO, Paulo Cardeal ARNS, 1921 A Família Constrói o Mundo/ Paulo Evaristo / São Paulo. Ed, Loyola, 1977.

FERRARINI, Leticia. Família Simultânea e seus efeitos jurídicos: Pedacos da Realidade em busca da Dignidade/ Leticia Ferrarini- Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2010.

GONCALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado v 3/ Carlos Roberto Goncalves; Coordenador Pedro Lenza- São Paulo Saraiva, 2014, coleção esquematizada.

IBDFAM. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/4055/Pens%C3%A3o%20por%20morte.%20Concomit%C3%A2ncia%20de%20conviv%C3%A2ncia%20entre%20esposa%20e%20companheira.%20Rateio> acesso em 23 de novembro de 2016

IBDFAM. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5622/STF+vai+decidir+sobre+constitucionalidade+de+Norma+que+regulamenta+o+regime+sucess%C3%B3rio+de+companheiros> acesso em 22 de novembro de 2016

IBDFAM, Revista. O direito de Família e o Paradigma Religioso/ Manuel de Afonso Dias. ed 25 fev mar 2016.

JUS BRASIL. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10645133/artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988> Acesso em 23 de novembro de 2016

JUS BRASIL. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10593582/artigo-165-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990> Acesso em 23 de novembro de 2016

JUS BRASIL. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10604801/artigo-1829-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002> Acesso em 21 de novembro de 2016

JUS. Google Analytics, Brasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20380/consequencias-de-direito-apos-o-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-pelo-supremo-tribunal-federal>> Acesso em 23 de novembro de 2016

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas relações Paterno-Filiais. / Aline Biasuz Suarez Karow. / Curitiba: Juruá., 2012.

LISBOA Roberto Senie Lisboa. Manual de Direito Civil v5, Direito de Família e Sucessões/ Roberto Senie Lisboa – 7. Ed- São Paulo Saraiva: 2012. MUNHOZ, Manuel Alfonso Dias

MEDEIROS, Noé de. Lições de direito civil: direito de família, direito das sucessões/ Noé de Medeiros, Belo Horizonte Nova Alvorada edições LTDA. 1997.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23739/analise-da-familia-monoparental-como-entidade-familiar-apos-o-advento-da-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em 23 de novembro de 2016

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família/ Rodrigo Pereira da Cunha. - 2. Ed- São Paulo Saraiva, 2012.

PLANALTO. Google Analytics, Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm Acesso em 23 de novembro de 2016

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: volume único/ Flavio Tartuce. .ed.rev.atual e ampl- Rio de Janeiro: Forense: São Paulo : Método. 2013.

TAVARES, da silva, REGINA BEATRIZ. Curso de direito civil: 2, direito das famílias/ Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz, Tavares da Silva 41, ed São Paulo Saraiva, 2011.

TJRS. Google Analytics, Brasil. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>.> Acesso em 22 de novembro de 2016

TRIBUNA PR. Google Analytics, Brasil. Disponível em:
<http://www.tribunapr.com.br/noticiasfamilias-reconstituídas-breve-introdução-ao-seu-estudo> Acesso em 23 de novembro de 2016

VADE MECUM /edição especial/equipe RT.3.ed-São Paulo revista dos tribunais, 2015

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, São Paulo: Editora Atlas S.A 2004.

ANEXO:

Nº 70020389284

2007/Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em, não conhecer da preliminar invocada nas contra-razões e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des.^a Maria Berenice Dias (Presidente) e Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

Porto Alegre, 12 de setembro de 2007.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL,

Relator.

RELATÓRIO

Des. Ricardo Raupp Ruschel (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VANDERLEI DE LIMA GONÇALVES contra a decisão (fl. 16 e verso) que, nos autos do inventário dos bens deixados por CARMEN MARIZA FARIAS GOMES, deferiu a habilitação do irmão da falecida.

Sustenta que: a) o agravado, irmão da falecida, não é herdeiro necessário, conforme o disposto do art. 1.845 do CC, portanto, não goza dos benefícios concedidos pelo art. 1.846 do CC; b) ante a inexistência de ascendentes ou descendentes, a sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.838 do CC; c) o agravante e a falecida vivia em união estável desde meados de 1995, quando o agravante vendeu apartamento de sua propriedade a fim de construir uma casa no terreno da companheira; d) o agravado sempre reconheceu a união estável entre sua irmã e o agravante; e) mesmo que Carmen tenha falecido em fevereiro de 2005, não são aplicáveis ao caso as regras previstas no art. 1.790 do novo Código civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, já que a união estável foi constituída cerca de 10 anos antes do óbito, em meados de 1995; f) apenas o companheiro tem direito sucessório no caso, não havendo razão para se cogitar o direito sucessório do agravado, ou dos demais

irmãos da falecida, eis que apenas parentes colaterais da de cujus; g) as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais, vez que a nova lei rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade. Requer seja declarada a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002; e seja reformada a decisão agravada, para indeferir a habilitação do irmão da falecida, afastando-o da sucessão, bem como a todos os demais colaterais que venham a requerer habilitação.

Às fls. 54, o recurso foi recebido no seu efeito meramente devolutivo, pelo eminente desembargador plantonista.

Foram apresentadas contra-razões, nas fls. 56-60, em que o agravado suscita, preliminarmente, que o único bem a inventariar, trata-se de bem incomunicável. No mérito, impugna as razões do recurso, pedindo pelo desprovemento do mesmo.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

Des. Ricardo Raupp Ruschel (RELATOR)

A arguição preliminar invocada nas contra-razões não merece conhecida, vez que questão não submetida ao Juízo de 1º grau e nem examinada na decisão atacada.

Ademais, é indiferente à solução do conflito vertido nestes autos a questão atinente ao momento da aquisição do bem que compõe a integridade do patrimônio da autora da herança - se antes ou depois de constituída a união estável -, visto que a discussão diz respeito ao direito ou não do companheiro ou da companheira de herdar a totalidade da herança quando inexistente descendentes ou ascendentes.

Portanto, não conheço da prefacial suscitada.

Na questão de fundo, o recurso merece prosperar.

O agravante traz à baila questão respeitante ao direito intertemporal, em que busca ver reconhecida a incidência de norma anterior ao Novo Código Civil que assegurava ao companheiro direito na totalidade da herança.

Com efeito, dispõe expressamente o artigo 1.787 do atual Código Civil que a sucessão será regulada pela lei vigente ao tempo da sua abertura.

Na espécie, incontroverso que a inventariada faleceu em 1º.2.05. Assim, resta claro que a abertura da sucessão se deu sob a égide da nova legislação civil. Registre-se que tal disposição legal busca justamente regular uma situação jurídica que somente passa a existir após a morte do transmitente. Até então, o que existe em relação aos prováveis herdeiros é apenas uma expectativa de direito.

Entretanto, não há que se falar na espécie em retroatividade, até porque inexistente na hipótese, uma vez que o fato jurídico do qual emanam os direitos aqui buscados, ou seja, o falecimento da inventariada, se deu somente quando vigente o Novo Código Civil.

Desta forma, há que se examinar a situação jurídica das partes contendoras sob a ótica e os ditames do referido diploma legal, independentemente das razões que levaram ao tratamento diferenciado entre cônjuge e companheira.

Todavia, no que respeita à aplicação no caso concreto da regra prevista no artigo 1.790, III, do Código Civil em vigor, há que se reconhecer que o tema exige reflexão, à vista do que dispõe a regra contida no artigo 1.829, III, da mesma Lei.

Vejamos o teor das mencionadas disposições legais:

“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.”

“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.”

Pelo que se infere dos aludidos dispositivos, enquanto o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário, o companheiro, apesar de toda evolução do instituto da união estável, não recebeu o mesmo tratamento, tendo sido a sua sucessão regulada de modo diverso, no capítulo das disposições gerais.

No caso em exame, o ponto nodal da discussão diz com o direito ou não de o recorrente, na condição de companheiro, herdar a totalidade da herança de alguém que não deixou descendentes ou ascendentes. Se a ele se confere o status de cônjuge, ou se se lhe impõe as disposições do Código Civil de 2002, onde restou estabelecida, mediante interpretação restritivamente literal, distinção entre cônjuge e companheiro, conferindo àquele privilégio sucessório em relação a este.

O tema, que já é objeto de acirrada discussão jurisprudencial, merece exame, não só sob o prisma da concretude do fato, mas igualmente, e, em especial, diante da proteção que o sistema jurídico pátrio outorga à família, quer seja ela família de fato, ou de direito.

Desta forma, à luz desse ponto de partida, ou seja, do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. “O equitativo’, explica Aristóteles, ‘embora sendo justo, não é o justo de acordo com a lei, mas um corretivo da justiça legal’, o qual permite adaptar a generalidade da lei à complexidade cambiante das circunstâncias e à irreduzível singularidade das situações concretas.” (In Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, de André Comte-Sponville, Editora Martins Fontes, 2004, págs. 93 e 94).

Negar provimento ao recurso, no caso concreto, em que o direito do recorrente tem por base situação de fato não impugnada pela parte recorrida, ou seja, a união estável com início em 1.995, importa, ao fim e ao cabo, em conferir odioso tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de 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, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96). Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente à

evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então.

A matéria em discussão ganhou relevância a ponto de haver Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, propondo a revogação do artigo 1.790 e a alteração do artigo 1.829 do CC 2002 (Projeto de Lei n.º 4.944/2005 – de autoria do deputado Antônio Carlos Biscaia), fruto de estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), afigurando-se oportuna a transcrição da justificativa apresentada pelo autor do Projeto (In O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões, de Carlos Eduardo de Castro Palermo, Editora Juarez de Oliveira, 2007, págs. 90 e 91), que vem a reforçar os argumentos antes expostos:

“Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça, e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.”

Cabe consignar, outrossim, que primar pela aplicação literal da regra prevista no artigo 1.790, III, da nova Lei Civil, além de afrontar o princípio da equidade, viola também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que, na hipótese dos autos, ocorreria por parte do irmão da autora da herança em detrimento do companheiro supérstite, que com a falecida convivia desde o ano de 1.995.

Portanto, diante das razões acima expendidas, dou provimento ao recurso para o fim de afastar o agravado da sucessão dos bens deixados pela de cujus.

Do exposto, não conheço da preliminar invocada nas contrarrazões e dou provimento ao recurso.

Des.^a Maria Berenice Dias (PRESIDENTE) - De acordo.

Des. Luiz Felipe Brasil Santos - De acordo.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS - Presidente -
Agravado de Instrumento nº 70020389284, Comarca de Uruguaiana: "NÃO
CONHECERAM DA PRELIMINAR, E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.
UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ROSALIA HUYER

Tribunal de Justiça

Gabinete des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo

Apelação n°. 0500885-41.2007.8.02.0046

Relator: Des. Fábio José Bittencourt Araújo

Relator designado: Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo Apelante :

B. P. da S.

Defensor P : Eduardo Antônio de Campos Lopes (OAB: 6020/AL)

Defensor P : Fábio Ricardo Albuquerque de Lima (OAB: 18266/PB)

Defensor P : Hoana Maria Andrade Tomaz (OAB: 11365BA/L)

Apelado : Estado de Alagoas

Procurador : Mareval César Agra Cavalcante (OAB: 2382/AL)

Procurador : Cristiane Souza Torres (OAB: 2669/SE)

Apelado : D. A. de M.

Advogada : Polyana Tenório de Freitas e Silva (OAB: 10433/AL)

DIREITO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. CONCOMITÂNCIA DE CONVIVÊNCIA ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA COM O DE CUJUS QUANDO EM VIDA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO AUTORAL. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. PROVA ORAL E DOCUMENTAL QUE EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE DE UNIÕES. SENTENÇA REFORMADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 380 DO STF. RATEIO ENTRE CONCUBINA E ESPOSA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

O conceito de certo e errado é completamente relativo. Por essa razão, não abro mão da ideia de que ao chamado concubinato podem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, já que essa modalidade de relação deve, sim, ser vista como entidade familiar pela realidade fática e social que dela emanam.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da pluralidade das formas de família, quando aliados ou em confronto com o da monogamia em cada caso concreto, se sobressaem e acabam por autorizar a atribuição e distribuição de direitos às famílias paralelas.

CONCLUSÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0500885-41.2007.8.02.0046, em que figuram, como apelante, B. P. da S., e, como apelado, o Estado de Alagoas e outro, já qualificados nestes autos.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso de apelação cível para, no mérito, e, por maioria, DAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto do relator. Participaram do julgamento os Desembargadores relacionados na certidão expedida pela Secretaria do respectivo órgão julgador.

Maceió, de de 2016.

Tutmés Airan de Albuquerque Melo Relator Designado

Apelação nº. 0500885-41.2007.8.02.0046

Relator: Des. Fábio José Bittencourt Araújo

Relator designado: Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo Apelante :

B. P. da S.

Defensor P : Eduardo Antônio de Campos Lopes (OAB: 6020/AL)

Defensor P : Fábio Ricardo Albuquerque de Lima (OAB: 18266/PB)

Defensor P : Hoana Maria Andrade Tomaz (OAB: 11365BAL)

Apelado : Estado de Alagoas

Procurador : Mareval César Agra Cavalcante (OAB: 2382/AL)

Procurador : Cristiane Souza Torres (OAB: 2669/SE)

Apelado : D. A. de M.

Advogada : Polyana Tenório de Freitas e Silva (OAB: 10433/AL)

RELATÓRIO:

1. Trata-se de apelação cível interposta por B. P. da S., em face do Estado de Alagoas e de outro, objetivando reformar a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Palmeira dos Índios, nos autos da ação declaratória tombada sob nº 0500885- 41.2007.8.020046.

2. Em sua exordial, a autora sustenta que "conviveu como se casada fosse, com o Sr. Benedito da Rocha Moura, por aproximadamente 30 (trinta) anos, o qual faleceu em 26 de setembro de 2000 [...] e era funcionário público estadual". Acrescenta que desse relacionamento nasceram 03 (três) filhos.

3. Ademais, alude que, visando o recebimento de pensão por morte, propôs ação de justificação de concubinato sob nº 11791/01, na qual, segundo alega, teria restado comprovado que o falecido estava separado de fato de sua esposa.

4. Ressalta, ainda, que o IPASEAL foi notificado a respeito da sentença proferida no referido processo, tendo se manifestado no sentido de que "o ex-segurado

era casado, não ficando evidenciado sua separação, nem de fato nem de direito, levando a conclusão que se tratava de uma relação espúria, não acolhida no seio do Ordenamento Jurídico Brasileiro".

5. No pedido, requer que "seja declarada sua legitimidade para receber os 50% (cinquenta por cento) da pensão pelo falecimento do Sr. Benedito de Moura Rocha" (Sic).

6. O Estado de Alagoas apresentou contestação (fls. 39/46), suscitando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que a sentença não lhe traria consequência direta de ordem patrimonial, porquanto já estaria pagando a pensão por morte correspondente a 100% (cem por cento) dos vencimentos auferidos pelo ex- segurando, em favor da viúva. Nesse passo, enfatizou que "se a viúva do ex-servidor é quem poderá suportar os efeitos da sentença, esta é quem deve figurar no pólo passivo da ação, e não o Estado de Alagoas (IPASEAL)" (Sic).

7. No mérito, alegou que não restaria configurada a união estável no caso

em apreço, uma vez que, das declarações constantes nos autos, seria possível constatar que o falecido era casado e, esse fato, por si só, impediria a concessão da pensão em favor da autora. Ao final, pugnou pela extinção do feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC e, caso superada essa questão, requereu a improcedência do pedido autoral.

8. Ato contínuo, o Magistrado de piso determinou a citação da viúva do ex-segurado, D. A. de M., a qual, às fls. 95/99, apresentou contestação, alegando, preliminarmente, a existência de coisa julgada, haja vista a existência de sentença proferida em ação de justificação de concubinato anteriormente proposta pela autora.

9. No mérito, sustenta que o falecido "nunca manteve união estável com a autora, e jamais separou-se de sua esposa, seja de fato ou de direito, ou saiu de casa"

(Sic). Por fim, requereu o acolhimento da preliminar suscitada e, por conseguinte, a extinção do feito, sem resolução do mérito. Subsidiariamente, pugnou pela improcedência do pedido constante na exordial.

10. No despacho saneador de fls. 116/117, a Magistrada de piso rejeitou as preliminares suscitadas pelos réus.

11. O Ministério Público de 1º grau ofertou o parecer de fls. 292/296, opinando "pelo julgamento improcedente do pedido autoral, especialmente pelo fato de não ter a requerente se desincumbido do ônus de comprovar a separação de fato do falecido com sua cônjuge, conditio sine qua non para a configuração de união estável de pessoa casada".

12. Em sentença de fls. 297/305, o Juízo a quo julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito, com resolução do mérito, na forma do art. 269, do Código de Processo Civil.

13. Irresignada com a sentença, a parte autora interpôs o presente recurso (fls. 308/329), aduzindo que não há dúvida a respeito da configuração da união estável no caso em tela, porquanto os depoimentos das testemunhas demonstrariam "a relação familiar firme" existente entre a apelante e o falecido, bem como, que este se encontrava separado de fato de sua

esposa.

14. Ademais, afirma que "manteve união estável com o falecido por aproximadamente 31 (trinta e um) anos, preenchendo todos os requisitos legais, além de ter comprovado a coabitação, boa-fé, fidelidade, dedicação, além da dependência econômica". Diante disso, conclui que "faz jus à metade da pensão por morte deixada pelo segurado" (Sic). Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do presente apelo, a fim de que seja reformada a sentença, para julgar procedente o pedido constante na exordial.

15. O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, conforme decisão de fl. 331.

16. Apesar de devidamente intimados, os apelados deixaram de apresentar contrarrazões, conforme certidão de fl. 335.

17. Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 342/344, opinando pelo não provimento do recurso. É o relatório, no essencial. Passo a proferir meu voto.

VOTO:

18. Devidamente satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal, conheço da presente apelação cível.

19. A matéria trazida no presente apelo versa sobre a possibilidade ou não de rateio de pensão por morte entre a esposa e companheira, em virtude da concomitância de convivência com o falecido quando em vida.

20. É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu o dever de fidelidade (art. 1.566, I, do Código Civil) entre aqueles que decidem contrair matrimônio ou mesmo que manifestam o interesse de levar uma vida mo uxório, por meio da manutenção de uma união estável.

21. Isso porque a nossa legislação não fugiu à tradição do sistema romano- germânico de que faz parte e adotou o princípio da monogamia como norteador das relações afetivas protegidas pelo Estado. Nesse sentido, o art. 1.521, VI, do CC, veda a constituição de novo casamento por pessoa já casada.

22. No bojo desse entendimento, inclui-se também a união estável, já que, por força do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, essa modalidade de

relacionamento a dois é entidade familiar e pode ser convertida em casamento.

23. Perceba-se que todo o esboço que acabo de fazer considera apenas a letra fria da lei, ou seja, as orientações normativas já codificadas.

24. Entretanto, não é nenhuma novidade que os valores da vida em sociedade vivem em constante evolução, o que suscita novos fatos e conflitos e aponta ressignificações para os conceitos antes tidos como regra.

25. Note-se que a constância das mudanças sociais frequentemente impõe aos legisladores a elaboração de novas leis e impulsionam juízes e tribunais, de forma cotidiana, a estabelecerem novos precedentes, buscando atender ao aludido dinamismo e suprir a defasagem dos postulados normativos que, por imperativo legal, devem se submeter a um processo complexo para que sofram mudanças de quaisquer ordem, embora mínimas.

26. Repiso, a grande mola propulsora das transformações ocorridas dentro do Judiciário é o processo de metamorfismo inerente à sociedade.

27. E esse fato não é desconsiderado pelos julgadores, legisladores e doutrinadores. Veja-se que os valores sociais têm grande valia no nosso ordenamento jurídico e a prova maior disso é o fato de se ter os usos e costumes como fonte mediata do direito, consoante se observa no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). In verbis:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

28. Como bem ilustram as palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes: Indubitavelmente, nas fontes formais do Direito, encontramos uma primeira categoria composta de fontes preestabelecidas e portadoras de um caráter estático. Mas o movimento das sociedades humanas não se contenta com essas bases exclusivamente estáticas e pede e exige outras mais compatíveis com a sua dinâmica. Assim, as fontes formais do Direito são seguidas de outras, que certos juristas denominam de não formais, sendo que alguns ainda criam uma terceira categoria, de modo a surgirem três espécies de fontes: 1ª) as imediatas ou formais, que são as leis, no seu sentido de regras sociais obrigatórias; 2ª) as mediatas ou geradoras, que

são o costume, a ciência do Direito e a jurisprudência dos tribunais; 3ª) as fontes subsidiárias do Direito, isto é, os preceitos aplicáveis aos casos não previstos. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 57) (grifei)

29. Com efeito, apesar de a legislação vigente ter adotado o princípio da monogamia, não se pode ignorar o fato de que as relações paralelas existem e são uma realidade dentro do contexto social brasileiro. No caso em exame, conforme se extrai dos documentos de fls. 7 a 23, o de cujus, apesar de ainda vinculado maritalmente com a apelada, manteve uma relação com ares de união estável com a recorrente.

30. Ora, as provas dos autos dão conta de que do relacionamento mantido pelo falecido com a apelante foram gerados três filhos, A. B. da S. M., que nasceu em 25.03.1977; M. L. da S. M. A., que nasceu em 30.10.1971; e L. da S. M., que nasceu em 30.10.1984; o que sugere que havia regularidade na relação havida entre ele e a apelante.

31. Situações como a do processo em deslinde não podem, por simples comodismo jurídico, ser ignoradas, mormente porque integram o arcabouço costumeiro do nosso país.

32. Quando se analisa contextos como o dos autos, é mais confortável e prático se negar proteção com base no Direito de Família tradicional, mais especificamente no princípio da monogamia, como já visto, ou com fundamento na simples diferenciação entre concubinato e união estável, construída pela mera presença de um impedimento matrimonial.

33. Entretanto, negar a existência das uniões paralelas foge à razoabilidade. Isso porque, apesar de o “concubinato” ainda ser alvo de reprovação social e legal, ele gera efeitos. Como bem destacou a ilustre civilista do Direito de Família Maria Berenice Dias: 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. [...] àquele que vive de modo que a lei desaprova, simplesmente, não advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, acaba sendo privilegiado. (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 167) (grifei)

34. Irretocáveis são as palavras de Dias, vez que, andando na contramão da conduta utopicamente esperada pelo Estado, o tratamento jurídico que se tem dado às relações paralelas somente serve para estimular o comportamento bígamo ou mesmo poligâmico, já que para a figura masculina é muito cômodo manter um relacionamento sem que dele decorram responsabilidades. Reputo lamentável que, diante desse cenário, o Judiciário opte por silenciar quando, em verdade, deveria regulamentar.

35. Enquanto examinava o presente processo, pude enxergar claramente que o cerne da discussão, no mais das vezes encoberto por postulados normativos presos ao passado, posicionamentos jurisprudenciais cansadamente reproduzidos e teses avelhantadas, gira em torno de um só elemento: a herança cultural.

36. E nada melhor do que a antropologia com sua corrente etnológica para decifrar a contenda que se verifica nos autos.

37. Em termos breves, temos um espécime do sexo masculino que contraiu matrimônio respeitando as formalidades legais e que, posteriormente, envolveu-se com outra mulher, vindo a manter com ela um relacionamento simultâneo ao primeiro casamento.

38. Sendo certo que, na tradição brasileira, restou estabelecido que o comportamento “correto” em termos afetivos é manter um relacionamento singular, tudo que disso destoa, por puro imperativo cultural, deve ser rechaçado.

39. Ilustrando a soberania da cultura de um povo sobre seu comportamento, John Locke, nos idos de 1690, ao escrever Ensaio acerca do entendimento humano, demonstrou que a mente humana não é nada

além de uma caixa vazia por ocasião do nascimento, dotada apenas da capacidade ilimitada de obter conhecimento. Em suas palavras: Quem investigar cuidadosamente a história da humanidade, examinar por toda a parte as várias tribos de homens e com indiferença observar as suas ações, será capaz de convencer-se de que raramente há princípios de moralidade para serem designados, ou regra de virtude para ser considerada... que não seja, em alguma parte ou outra, menosprezado e condenado pela moda geral de todas as sociedades de homens, governadas por opiniões práticas e regras de condutas bem contrárias umas às outras." (LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Coleção "Os Pensadores", Pensadores São Paulo, Abril Cultural, Livro 1, cap.II, §10)

40. Ao historiador grego Heródoto (485 a.C e 425 a.C.), considerado o pai da história, é atribuída uma citação que traduz bem a supremacia da tradição de um povo. Segundo ele: Se oferecêssemos aos homens a escolha de todos os costumes do mundo, aqueles que lhes parecessem melhor, eles examinariam a totalidade e acabariam preferindo os seus próprios costumes, tão convencidos estão de que estes são melhores do que todos os outros.

41. Em outras palavras, o conceito de certo e errado é completamente relativo. Por essa razão, não abro mão da ideia de que ao chamado concubinato podem ser aplicadas as mesmas regras da união estável, já que essa modalidade de relação deve, sim, ser vista como entidade familiar pela realidade fática e social que dela emanam.

42. Sobre o tema, calha mencionar o sábio posicionamento do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito, que, durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762-8/BA, apresentou voto favorável à divisão das verbas previdenciárias entre a esposa e a concubina.

Vejamos

excerto:

Atento aos limites materiais da controvérsia, pergunto: qual o sentido do fraseado "união estável", ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? Um perdurável tempo de vida em comum, então, a

comparecer como elemento objetivo do tipo, bastando, por si mesmo, para deflagrar a incidência do comando constitucional? Esse tempo ou alongado período de coalescência que amalgama caracteres e comprova a firmeza dos originários laços de personalíssima atração do casal? Tempo que cimenta ou consolida a mais delicada e difícil relação de alteridade por parte de quem se dispôs ao sempre arriscado, sempre corajoso projeto de uma busca de felicidade amorosa (coragem, em francês, é *courage*, termo que se compõe do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, para significar, exatamente, “o agir do coração”)? Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de felicidade-a-dois sejam ou não concretamente desimpedidos para o casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento de papel passado? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um patrimônio igualmente comum, por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida por obra e graça de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Para não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar?

Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente

afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de 'cônjuge ou companheiro' no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. 'Companheiro' como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ('união estável'). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de 'filhos concubinários'. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que 'Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação' (§6º do art. 227, negritos à parte). Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração 'é terra que ninguém nunca pisou'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante (...). No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o de cujus, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira

uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio.” (negrito e itálico aditados)

43. Filio-me sem uma ressalva sequer ao posicionamento do douto Ministro, tamanha a lucidez dessa visão que responde perfeitamente os reclames da sociedade moderna reclame este que se arrasta desde os primórdios. Atente-se para a nobreza do entendimento de Ayres Brito, que, em vez de fechar os olhos para uma realidade inegável, optou por emprestar amparo legal.

44. Perfilhando dessa mesma linha de raciocínio, muitos Tribunais têm se posicionado no sentido de proteger as uniões paralelas, reconhecendo o direito da concubina de perceber metade da pensão por morte do companheiro. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. PREVIMPA. PENSÃO POR MORTE. EX-ESPOSA. SEPARAÇÃO DE FATO. NÃO CONFIGURADA. RATEIO DA PENSÃO ENTRE EX-ESPOSA E COMPANHEIRA EM UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE.

Incontroversa a união estável do de cujus com a co-ré, razão pela qual correta a sua habilitação como beneficiária de pensão por morte. Da mesma forma, irrefutável a comprovação de que o vínculo do casamento não foi desfeito. Portanto, correta a sentença ao reconhecer a concomitância das relações - entre o casamento da autora com o de cujus e a união estável da co-ré com o ex-servidor - e, por conseguinte, o direito da autora em receber o benefício previdenciário na condição de viúva. Rateio do valor da pensão que se impõe. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. (Apelação Cível Nº 70063470108, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em

03/06/2015). (TJ-RS - AC: 70063470108 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 03/06/2015, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/06/2015) (grifei)

EMENTA CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIARIO.REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO CÍVEL. PENSÃO POR MORTE. EM DECORRÊNCIA DO FALECIMENTO DO MARIDO.CONCOMITÂNCIA DE CONVIVÊNCIA ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA. COMPANHEIRA PERCEBENDO 100% DA PENSÃO.MANDADO DE SEGURANÇA.SENTENÇA CONCEDENDO 50% DA PENSÃO PARA ESPOSA.DEPEDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA.RATEIO DA PENSÃO EM PARTES IGUAIS.MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. DECISÃO UNÂNIME. 1. A pensão por morte deve ser rateada entre a esposa e companheira na proporção de 50% para cada uma. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3.Apelação Cível ,recurso conhecido e improvido. 4- Remessa Obrigatória conhecida, mas improvida, para se manter a sentença reexaminada. (TJ-PA - REEX: 200930128423 PA, Relator: ELENA FARAG - JUIZA CONVOCADO, Data de Julgamento: 03/06/2013, 4ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Data de Publicação: 04/06/2013)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE CONCUBINA E ESPOSA. CONVIVÊNCIA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADAS. 1. A viúva busca o direito de receber 100% da pensão por morte, afastando o rateio do benefício com a companheira, nos termos do voto vencido. 2. Ação improcedente, ao fundamento de que o de cujus, casado, estaria impedido de estabelecer uma união estável com a ré (art. 1.521, VI, e 1.723, parágrafo 1º, do CC). 3. Sentença reformada, por maioria, pela 2ª Turma, porque comprovadas a dependência econômica e a convivência concomitante do morto com a viúva e a concubina, esta última fazendo jus à parte da pensão. 4. Manutenção do julgado do colegiado. 5. Embargos infringentes não providos.

(TRF-5 - EIAC: 8788702011405830002, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 12/02/2014, Pleno, Data de Publicação: 07/03/2014) (grifei)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A prova oral produzida em Juízo demonstra que o de cujus, em razão de seu horário de trabalho, manteve "vida dupla", ou seja, convivia simultaneamente com sua esposa e com a mãe de seu filho, mantendo vida social com ambas; sendo de rigor o rateio da pensão por morte entre a autora e a corré. 2. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada. 3. Recurso desprovido. (TRF-3 - AC: 28296 SP 0028296-03.2011.4.03.9999, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Data de Julgamento: 26/11/2013, DÉCIMA TURMA) (grifei)

PENSÃO POR MORTE - Pensão da autora, ex-companheira, reconhecida judicialmente, cessada quando viúva requereu sua habilitação junto ao Órgão Previdenciário - Rateio proporcional entre esposa legítima e companheira, respeitada a quota-parte do filho menor - Igualdade de direitos entre viúva e convivente em União Estável - Precedentes da desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça - Benefício de Pensão por morte deve ser rateado igualmente entre os beneficiários - Exegese do item 9.15.3 do Regulamento do Plano de Benefícios Visão-Telesp - Sentença de procedência da ação reformada, em parte - Recurso de apelação de Lizziane improvido e Recurso Adesivo da Autora parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 57074020088260269 SP 0005707-40.2008.8.26.0269, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 19/04/2011, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/04/2011) (grifei)

45. Não se pode olvidar que o próprio STF, por meio da edição da Súmula 380 estabeleceu que, “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”.

46. Ora, adotando tal comportamento, o próprio órgão máximo da Justiça

brasileira admite que o concubinato produz efeitos no mundo jurídico e não pode ser desconsiderado.

47. Diante desse cenário, indago: é razoável que, para efeitos obrigacionais, o concubinato seja visto como uma figura jurídica, mas para fins de direitos, não? A resposta deve ser negativa, do contrário, estar-se-ia tratando uma mesma situação com dois pesos e duas medidas.

48. Pondero, ainda, que não há nada nos autos que comprove que a apelante tinha conhecimento da situação matrimonial do de cujus, tanto que afirma, em sua inicial, que seu companheiro há anos era separado de fato da mulher com quem inicialmente se casou e convivia com ela sob o mesmo teto.

49. Situações como a narrada são denominadas como união estável putativa e recebem proteção jurisprudencial. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. PARTILHA DE BENS. MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS. APELAÇÃO AUTORA Reconhecimento da união A confissão da apelante de que ficou sabendo somente "no processo" que o apelado estava em processo de separação com a esposa do Tocantins, as idas e vindas do réu, a distância entre os estados da federação e o processo de separação do casamento; corroboram a tese de que a apelante não sabia que o réu era casado, vivendo uma "união estável putativa", a qual, em analogia ao "casamento putativo", deve receber as consequências jurídicas similares às da união estável. Precedentes jurisprudenciais.

[...]

(TJ-RS - AC: 70060165057 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 30/10/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/11/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS UNICAMENTE PREVIDENCIÁRIOS PROVA DA EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. RECONHECIMENTO. APELO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. Se o relacionamento paralelo ao casamento perdurou até o falecimento do varão e se assemelhou, em tudo, a um casamento de fato, com coabitação, comunhão de vida e de interesses, e resta indubitosa a *affectio maritalis*, é possível reconhecer a união estável putativa, pois ficou demonstrado que a autora não sabia do relacionamento do varão com a esposa, de quem supunha que ele estivesse separado há muitos anos. (TJ-BA - APL: 01246339520058050001 BA 0124633-95.2005.8.05.0001 Data de Julgamento: 04/12/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 06/08/2013)

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE DUPLA UNIÃO ESTÁVEL. MORTE DO COMPANHEIRO. PRETENSÃO SECUNDÁRIA DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS JUNTO AO INSS. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. PROVA ORAL E DOCUMENTAL QUE EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE DE UNIÕES. COMPANHEIRAS QUE, MUTUAMENTE, DESCONHECEM ESSA REALIDADE. BOA-FÉ CONFIGURADA. PUTATIVIDADE QUE IMPLICA A PROTEÇÃO JURÍDICA DE AMBOS OS RELACIONAMENTOS. DIVISÃO IGUALITÁRIA DA PENSÃO DEIXADA PELO VARÃO (ART. 226 PAR. 3º DA CF E ARTS. 1.723 E 1.561 DO CC). RECURSOS

IMPROVIDOS. 1. A união estável é reconhecida como entidade familiar consubstanciada na convivência pública, contínua e duradoura com o fito de constituição de família, competindo à parte interessada demonstrá-la adequada e concretamente, seja por elementos de prova oral ou documental. 2. Embora seja predominante, no âmbito do direito de família, o entendimento da inadmissibilidade de se reconhecer a dualidade de uniões estáveis concomitantes, é de se dar proteção jurídica a ambas as companheiras em comprovado o estado de recíproca putatividade quanto ao duplo convívio com o mesmo varão, mostrando-se justa a solução que

alvitra a divisão da pensão derivada do falecimento dele e da terceira mulher com quem fora casado. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.041434-7, de Lages, rel. Des. Eládio Torret Rocha , j. 10-11-2011) (grifei)

50. Convencido de tudo que expus, acrescento que os princípios da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade, da pluralidade das formas de família, quando aliados ou em confronto com o da monogamia em cada caso concreto, se sobressaem e acabam por autorizar a atribuição e distribuição de direitos às famílias paralelas.

51. É dizer, em casos de união estável simultânea ao casamento não se pode deixar de conferir direito àquela, mostrando-se mais razoável a divisão da pensão em benefício da esposa e da companheira, respeitados o direito dos filhos gerados em ambas as uniões.

52. Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, reconhecendo o vínculo mantido entre a apelante e o de cujus quando em vida e determinando que a pensão por morte seja rateada entre esposa e concubina na proporção de 50% para cada.

É como voto.

Maceió, de de 2016.

Tutmés Airan de Albuquerque Melo Relator Designado