

**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**JOÃO CARLOS VASCONCELLOS JUNIOR**

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A CONSTITUCIONALIDADE DE SEU  
RECONHECIMENTO JUDICIAL**

**SÃO MATEUS**

**2015**

JOÃO CARLOS VANCELOS JUNIOR

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A CONSTITUCIONALIDADE DE SEU  
RECONHECIMENTO JUDICIAL**

Projeto de Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador.Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça

SÃO MATEUS-ES

2015

Agradeço a DEUS pela força, fé e perseverança que me fizeram seguir em frente, para conquistar este triunfo.

Aos amigos especiais, muito obrigado pela compreensão, carinho e paciência.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>05</b>
<b>2 CONTORNOS HISTORICOS SOBRE A FAMÍLIA.....</b>	<b>08</b>
<b>3 A FAMILIA:DAS ORDENAÇÕES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988</b>	<b>15</b>
<b>4 CAPACIDADE SUCESSÓRIA .....</b>	<b>20</b>
<b>5 ASCENDENTES.....</b>	<b>30</b>
<b>6. DESCENDENTES .....</b>	<b>32</b>
<b>7 CÔNJUGE .....</b>	<b>35</b>
<b>8. UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>38</b>
<b>9. UNIÕES HOMOAFETIVAS.....</b>	<b>48</b>
<b>10 CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>11 REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata sobre as uniões estáveis entre casais homoafetivos e a sua consequente (in)constitucionalidade diante da ausência de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro que verse sobre o assunto. A relevância da temática está fundamentada na transmutação que a entidade familiar vem sofrendo do decorrer dos anos, perceptível, especialmente, no fato de se ver reconhecidos novos arranjos familiares, além daqueles constituídos pelo matrimônio.

A sociedade possui estruturas de convívio cada vez mais complexas e distintas. Assim, legisladores e julgadores devem estar preparados para regular e julgar estas diversidades, sem, contudo, confundir carência legislativa com inexistência de direitos. Ademais, estudiosos têm se mostrado interessados na pesquisa sobre a homossexualidade, muitos buscando uma 'cura', outros tentando compreender melhor o porquê desta atração, numa constante desmistificação das teorias anteriores sobre a homoafetividade. Não obstante a evolução ocorrida no âmbito das relações (inter)personais, muitos cidadãos ainda sofrem com atitudes discriminatórias e preconceituosas, o que resulta, cada vez mais, em estudos voltados para a questão da defesa dos direitos das minorias marginalizadas.

Desta forma, observa-se que as relações homoafetivas encontram-se desamparadas pelo Direito quanto ao aspecto legislativo, usufruindo tão somente da Lei Maria da Penha. O legislador permanece inerte quanto à criação de leis ou, então, na aprovação de projetos já existentes que tratem especificamente sobre o tema, relegando a um futuro incerto a proteção dos direitos de muitos indivíduos. O Judiciário, por sua vez, diverge, em muitos casos, quanto às ações decorrentes das relações homoafetivas tramitarem nas varas da família, sob o argumento que não há qualquer previsão legal expressa no sentido de considerar as uniões homossexuais como uma entidade familiar.

Portanto, a popularização da temática homossexualidade, a busca de uma melhor compreensão do assunto para que se interprete a norma vigente da forma mais eficiente e justa possível e o estigma em que são envoltos os homossexuais, fizeram com que despertasse o interesse na pesquisa sobre as uniões homoafetivas, cujo preconceito sempre condenou ao silêncio.

No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto – união estável homoafetiva: a (in)constitucionalidade de seu reconhecimento judicial – foi constituído o seguinte problema de pesquisa: Quais são os instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que possibilitam o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre pessoas do mesmo sexo? Para o desenvolvimento da temática foi estabelecido como objetivo geral verificar se há ou não a possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, da união estável homoafetiva no sistema jurídico brasileiro.

Por sua vez, para se alcançar o objetivo geral foram traçados alguns objetivos específicos, tais como: analisar a evolução normativa da família, tomando por base a sua concepção histórica até se chegar à instituição familiar constitucionalizada; estudar os aspectos históricos e conceptuais das uniões homoafetivas; examinar a união entre pessoas do mesmo sexo no cenário brasileiro; identificar os requisitos que caracterizam a união estável constitucionalmente protegida; verificar os obstáculos para o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais; examinar quais são os argumentos utilizados para reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar; analisar a possibilidade de equiparação da união estável à união homoafetiva. O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura de obras doutrinárias, artigos jurídicos, jurisprudências, revistas da área e demais publicações pertinentes, bem como na própria legislação, utilizando-se o método científico dedutivo para formalizar a pesquisa, que se configura a partir da análise de dados gerais para se chegar a um dado específico.

A proposta deste primeiro capítulo é discorrer sobre a evolução da família, tecendo considerações sobre a trajetória percorrida por essa entidade ao longo dos anos, que culminou na formação da família contemporânea. Para tanto, faz-se uma abordagem

histórica da família desde a civilização romana até os dias atuais, com o estudo das principais mudanças ocorridas em cada época. Em seguida, será analisado o aspecto normativo da família brasileira: a sua consagração nas Ordenações Portuguesas, no decorrer das Constituições Federais, nas legislações esparsas, até a sua regulamentação pela Carta Constitucional de 1988.

Posteriormente, estuda-se a família constitucionalizada, momento em que se avalia a concepção contemporânea de entidade familiar, diversa, vale dizer, da visão primitiva, preconceituosa e patrimonialista de família que vigorava até pouco tempo atrás. Por fim, serão observadas as diferentes formas de entidades familiares, discorrendo-se sobre a visão pluralista de família, o rompimento com o paradigma de entidade familiar condicionada ao matrimônio e a instrumentalização da família, na concepção atual de locus indispensável para o desenvolvimento da pessoa humana. Deste modo, o propósito deste capítulo é fornecer subsídios que permitam uma melhor compreensão do instituto da família e, conseqüentemente, comportem uma análise mais aprofundada acerca da possibilidade de se reconhecer a união formada entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

## **2. Contornos históricos sobre a família**

Ao longo da história da humanidade, encontram-se diferentes formas de agrupamentos humanos e, conseqüentemente, distintas concepções de família. A noção de família varia no decorrer dos tempos à medida que o homem e a sociedade evoluem. Todavia, como bem lembra Gomes (1998, p. 39), A evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma.

O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe. Ademais, nas palavras de Venosa (2006, p. 59), o Direito Romano foi de suma importância para Portugal e também para o Brasil, em decorrência do vínculo de subordinação dos brasileiros em relação aos portugueses: [...] em Portugal se verificou o fenômeno da recepção do Direito Romano, assim como ocorrera na Alemanha, França, Espanha e em quase todos os países do Ocidente. [...] Em Portugal, a adaptação do Direito Romano deveu-se a seus grandes juristas e em especial à Universidade de Coimbra.

Até 1722, nessa Universidade, o estudo do Direito resumia-se ao Direito Romano, tal era sua autoridade. Desta feita, em Roma o pai era a autoridade máxima, estabelecendo uma relação de hierarquia e subordinação com os filhos, a esposa e os escravos.

Somente o pater familias poderia adquirir e administrar os bens que compunham o patrimônio familiar (dominica potestas), exercer o pater potestas sobre seus filhos, deter poder sobre a esposa e sobre a mulher casada com manus com seus descendentes.

O pater exercia, ainda, o ius vitae necisque, que era o poder sobre o direito de vida e morte dos membros do grupo familiar



O termo família teve origem atribuída aos escravos, pois *famulus* significava escravo doméstico e família era o grupo de escravos que pertenciam ao pater familias, conforme explica Engels (1987, p. 61). Pater Familias: o ascendente comum mais idoso (WALD, 2004, p.9). Casamento com manus é aquele em que o marido adquire o poder marital sobre a mulher. Consequentemente, esta se desvincula totalmente de sua família de origem e ingressa na do marido, como se sua fosse (ALVES, 1995, p. 290). 17 (WALD, 2004, p. 9-10). “Os valores da família romana colocavam o patrimônio privado em escala valorativa superior à própria vida humana. Eram os interesses econômicos que determinavam as uniões matrimoniais” (TEIXEIRA, 2005, p. 13-14).

Conforme observa Pereira (2003, p. 62), neste período a mulher gozava de total submissão e inferioridade, sendo “propriedade do pai, que por sua vez tinha o direito de casá-la, conservando sobre ela seus poderes.” Visualiza-se, assim, a impossibilidade de a mulher adquirir sua autonomia, pois passava da condição de filha à de esposa, sem, contudo, angariar sua liberdade. Na época, o conceito de família independia da consanguinidade (WALD, 2004, p. 09).

A relação de parentesco era estabelecida por meio de cultos aos antepassados comuns. Sobre o assunto esclarece Coulanges (2003, p. 13-26) que, A família romana sofria a influência religiosa na sua constituição, pois a religiosidade foi o motivo que caracterizou a formação da família na Antiguidade. [...]. A privação da sepultura era o grande temor, pois, com o sepultamento, tinha-se o repouso e a bem-aventurança eterna. Antes de adorar deuses, os homens adoram os mortos [...]. Foi a partir do culto aos antepassados, por meio de adorações, como o fogo, que a formação da família teve início.

A religião representou o principal elemento constitutivo da família antiga; ou seja, pelo culto ao mesmo antepassado, surgiram as entidades familiares e, por meio do

casamento, a mulher abandonou o culto do lar paterno, para prestar culto ao antepassado a que o marido pertencia.

Os integrantes da família antiga eram unidos pela religião doméstica e pelo culto aos antepassados, que selavam a união familiar. Deste modo, a crença no culto aos antepassados para a conquista do descanso eterno era um dos fatores que determinavam a união das pessoas em agrupamentos familiares. A existência de afeto entre os membros era irrelevante para a constituição de uma família, pois para o direito romano os sentimentos não apresentavam significativa importância. Enfim, na família romana objetivava-se assegurar o direito do pai em detrimento de qualquer membro do grupo familiar, porquanto era o pater o membro mais importante da família e, em consequência disso, todos deveriam respeitá-lo e servi-lo irrestritamente.

Entretanto, com o passar do tempo se verificou uma restrição progressiva do poder antes investido no pater familias, o que gerou uma maior autonomia dos filhos e da mulher, antes vassalos. Com efeito, o pater não detinha mais o julgamento sobre a vida e a morte de seus familiares e não governava mais todos os bens da família, haja vista que os filhos passaram a administrar seus próprios pecúlios.

A emancipação dos descendentes, que antes era considerada uma penalidade, foi adotada como um direito; o parentesco dominante, que outrora era desvinculado da consanguinidade, passa a ser o cognatício<sup>4</sup>, em substituição ao agnatício<sup>5</sup>. Além disso, a substituição do casamento com manus pelo sem manus significou a emancipação gradual e progressiva da mulher (WALD, 2004, p. 10-11).

Durante a Idade Média, com a influência decisiva do cristianismo, mais especificamente da Igreja Católica, a ideia de família consubstanciou-se no casamento religioso, que “além de um acordo de vontades, passou a ser também um sacramento.” (FUJITA, 2003, p.3). Verifica-se, pois, que o casamento era algo

sagrado e indissolúvel. Não se reconhecia a figura do divórcio, haja vista que o matrimônio era uma união sacramentada por Deus e inalterável pelo homem.

Sobre o contexto, ensina Wald (2004, p.13): Durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, visto que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido. [...] Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

Portanto, com o casamento, homem e mulher eram considerados uma só carne, nada podendo separá-los além da morte. O divórcio, autorizado excepcionalmente nos casos de adultério – e muitas vezes nem mesmo nestes casos reconhecido –, simplesmente colocava fim ao matrimônio que não se cobria do caráter sagrado necessário para sua constituição. 4 “A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra.” (WALD, 2004, p.10).

A agnição era uma forma de parentesco que “vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo pater, mesmo quando não fossem consanguíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo pater, por exemplo).” (WALD, 2004, p.10).

A Idade Média caracterizou-se pela influência da Igreja sobre toda a sociedade. Defendendo os interesses das camadas proprietárias dominantes, a Igreja justificava a divisão tripartida e testamental da sociedade feudal.

Para a Igreja Católica, cada grupo social cumpria uma função determinada pela vontade divina. Ao clero, por exemplo, as orações e o zelo pela fé católica; aos nobres, a proteção e a defesa militar da sociedade; aos servos, a obrigação do trabalho e a

produção gratuita, visando à manutenção e à reprodução do sistema. O sistema político, social e econômico da época foi o feudalismo.

O período da Idade Média foi tradicionalmente delimitado com ênfase em eventos políticos. Nesses termos, iniciou com a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (em 476 d. C.), e terminou com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV (em 1453 d.C.) ou com a descoberta da América (em 1492).

A Era Medieval pode também ser subdividida em períodos menores: Alta Idade Média, que decorre do século V ao X; e Baixa Idade Média, que se estende do século XI ao XV (WIKIPÉDIA, 2010). Para Dias (2010, p. 27), “a sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta [...] para impor limites ao homem, ser desejanste que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto.” Logo, a função do casamento perpétuo era a de garantir a ordem social, impedindo que os laços firmados se rompessem. Ocorre que, no final da Idade Média, surgiram conflitos entre religiosos e autoridades civis, no que dizia respeito ao direito de família e seus aspectos patrimoniais e pessoais. “Fortalecendo-se a autoridade do rei e voltando a dominar o mundo, pela segunda vez, o direito romano, na época do Renascimento o Estado reivindicou a competência para julgar as questões referentes ao direito de família.” (WALD, 2004, p.16).

Pouco a pouco a competência das autoridades eclesiásticas foi sendo absorvida pela das autoridades civis, sendo instituído na França, no período da Revolução Francesa<sup>8</sup>, em 1767, o casamento civil obrigatório, o qual passou a ser aceito juntamente com o religioso, único até então conhecido (FUJITA, 2003, p. 4). Em meados do século XVIII, a família apresentou-se em uma nova estruturação, uma vez que a Revolução Industrial<sup>9</sup> fez com que a procura por mão-de-obra aumentasse significativamente, principalmente para o desempenho de atividades terciárias. “Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de

subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole” (DIAS, 2010, p. 28) (grifo da autora).

Desse modo, verifica-se neste momento histórico o deslocamento das famílias do campo para os centros urbanos e a conseqüente redução do número de pessoas que compõe o “As grandes transformações sociais e econômicas do final da Idade Média modificaram o modo de viver dos europeus. O reaquecimento do comércio e a lenta desestruturação do feudalismo tornaram mais agitada a vida nas cidades e intensificaram o contato entre as pessoas.

Todos estes fatores deixaram os homens mais confiantes em si mesmos, mais ousados e mais críticos. Conscientes de seu valor e de suas possibilidades, eles começaram a desenvolver uma nova maneira de pensar e de ver o mundo, bem diferente do homem medieval.

O movimento cultural que caracterizou a transição da mentalidade medieval para a mentalidade moderna é chamado de Renascimento ou Renascença (séculos XV e XVI). Esse movimento teve grande alcance cultural, atingindo as artes, as ciências e a filosofia.” (COTRIM, 2000, p. 38-39). A Revolução Francesa é um dos grandes acontecimentos históricos que marcaram a superação final do feudalismo pelo capitalismo.

É tradicionalmente utilizada para assinalar o início da Idade Contemporânea. Destruindo as decadentes estruturas do Antigo Regime, a revolução derrubou a nobreza que ainda vivia dos privilégios do Estado absolutista. Liderado pela burguesia, o movimento contou com a participação de vários grupos sociais: a população miserável das cidades, os pequenos produtores e comerciantes, os camponeses explorados pela servidão.

A Revolução Industrial correspondeu a um conjunto de transformações econômicas, políticas, sociais e tecnológicas, ocorridas em um primeiro momento na Inglaterra, em meados do século XVIII, significando a substituição do sistema de manufatura para o sistema maquinofatureiro de produção, expandindo-se posteriormente para a Europa, os Estados Unidos e o Japão.

O número reduzido de pessoas e a convivência em espaços menores fizeram com que as relações afetivas entre seus membros se intensificassem, havendo a valorização do afeto, do carinho, do amor. A família atual, portanto, não é mais tão ampla como a família antiga, porém o centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor.

Sob a ótica de Dias (2007, p. 27), os “vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela aversão que todas as pessoas têm à solidão.” Deste modo, a constituição das famílias varia de acordo, por exemplo, com os “valores morais ou religiosos de determinada época e da maior ou menor proteção jurídico-estatal” (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 54).

Assim, depreende-se da análise histórica que a família se apresentou, inicialmente, em um modelo patriarcal e hierarquizado, no qual se realçavam os laços patrimoniais e a manutenção forçada de vínculos matrimoniais em detrimento da felicidade de seus membros. Todavia, como esta entidade apresenta seu quadro evolutivo ligado ao próprio avanço do homem e da sociedade, a família passou a apresentar uma nova concepção, baseada em uma maior valorização da solidariedade e do afeto.

Em suma, o conceito de família é relativo, pois a estrutura familiar assume diferentes funções, alterando-se continuamente, influenciada pelas circunstâncias de tempo e lugar. Trata-se, portanto, de uma variável em constante evolução.

### **3 A FAMÍLIA: DAS ORDENAÇÕES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988**

Conforme visto alhures, a família modifica-se de acordo com a época, juntamente com o homem e a sociedade. Neste sentido, a definição de família é algo relativo, que se altera continuamente, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade 21 (TEPEDINO, 2004, p. 372).

Portanto, qualquer análise não pode deixar de levar em conta o momento histórico e o sistema normativo em vigor. A história do Direito brasileiro está estritamente ligada a Portugal. Nesse contexto, assevera Fujita (2003, p. 15) que o Direito de Família no Brasil possui como fontes históricas o Direito Canônico e o Direito Português. A nossa lei civil, sobretudo no que concerne ao Direito de Família, demonstra a grande influência exercida pela Igreja Católica, por intermédio de seu Direito Canônico. Tenha-se como exemplo o instituto do matrimônio, que foi objeto de disputa árdua entre o Estado e a Igreja, visando à sua regulamentação e celebração. Essa discussão se estendeu até o final do século XIX, quando foi instituído o casamento civil, por meio do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890.

Igualmente, o Direito Português se revela fonte histórica do Direito de Família, na medida em que os portugueses fizeram vigor em nosso país as suas normas jurídicas, valendo observar que as Ordenações Filipinas, que foram impostas pela Espanha a Portugal e suas colônias, vigoraram no Brasil até 1916, bem após o término do domínio espanhol e pouco antes da entrada em vigência do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º-1-1916) em 1º de janeiro de 1917. (FUJITA, 2003, p. 15) (grifo do autor)

Assim, desde o descobrimento, o império de Portugal impôs ao Brasil-Colônia o seu ordenamento jurídico por meio das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que, por sua vez, remetiam ao direito canônico da Igreja Católica a matéria referente à família (LÔBO, 2009, p. 21). A família na sociedade brasileira, primeiramente, foi considerada um fato natural, inexistindo, portanto, interesse por parte do Estado na sua regulamentação. Todavia, conforme ressalta Dias (2010, p. 27), a família não representa um grupo natural, mas cultural,

porquanto é a família que desempenha a função primordial na transmissão da cultura, e é essa estrutura que ao Estado interessa regulamentar. Mesmo sendo a vida dos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.

A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. [...] É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2010, p. 27)

De tal modo, por ter sido considerada, inicialmente, um fato natural, a família passou praticamente despercebida nas duas primeiras Constituições nacionais. A primeira Constituição do Brasil é única do período imperial, outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, não fazia qualquer referência à família, enquanto que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, restringiu-se apenas a “reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, determinando que sua celebração fosse gratuita”<sup>10</sup> (OLIVEIRA, J. S., 2002, p. 25-27).

Com o advento do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), a família passou a ter uma regulamentação mais efetiva no Direito Brasileiro, vindo a substituir as leis esparsas de origem portuguesa até então vigentes no país (PEREIRA, 2003, p. 64). Originariamente, o Estatuto de 1916 trazia consigo uma visão precária da família, limitando-a ao grupo originário do casamento e considerando indissolúvel o vínculo matrimonial.

Do mesmo modo, fazia distinções entre os membros familiares e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos oriundos dessas relações (DIAS, 2010, p. 30). Para Teixeira (2005, p. 20), “a família pré e pós-codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. A família era desenhada em moldes semelhantes à família romano-canônica”.

No mesmo sentido, afirma Wald (2004, p. 21) que o Código Civil de 1916 manteve “num Estado leigo, uma técnica canônica, e, numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.” (grifo da autora).



Destarte, o primeiro Código Civil brasileiro estabeleceu que o homem era o chefe da sociedade conjuga, cabendo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns, inclusive dos bens particulares da mulher e a fixação do domicílio familiar. A sujeição da mulher em relação ao homem era tamanha que com o casamento ela se tornava relativamente incapaz, perdia o direito de administrar seus bens particulares, não podia exercer profissão sem que o seu marido a autorizasse e era submetida às ordens e vontades do consorte, incumbindo-lhe exercer o pátrio poder somente de forma subsidiária (WALD, 2004, p. 21).

O casamento era a única forma lícita de constituição de família. Era ele que determinava a legitimidade, tanto da própria família quanto dos filhos advindos desta relação. Assim, o concubinato – referido como concubinato adulterino – não restou disciplinado no Código Civil de 1916, uma vez que era considerado uma ameaça à preservação da paz doméstica, sendo tratado como sociedade de fato (e não de afeto), no âmbito das relações obrigacionais (TEIXEIRA, 2005, p. 23-25).

Além disso, no que se refere ao pátrio poder, o artigo 379 do Estatuto de 1916 estabelecia que “os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.” Por sua vez, os filhos que não eram reconhecidos pelo pai – os ilegítimos – deveriam permanecer sob o poder materno, ou então sob os cuidados de um tutor.

O que se conclui, portanto, é que o Estatuto Civil de 1916 preocupou-se com o aspecto econômico da família, estabelecendo como principal objetivo a regulamentação e proteção do patrimônio familiar. “A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos preponderantes.” (TEIXEIRA, 2005, p. 27). Posteriormente, mais precisamente a partir de 1930, surgiram várias normas que acabaram por alterar as disposições estabelecidas pelo Código de 1916. Tais leis objetivavam garantir uma maior proteção à família (Decreto-Lei n. 3.200, de 19/04/1941); assegurar a guarda de filhos menores no desquite judicial (Decreto-Lei n. 9.701, de 03/09/1946); dispor sobre a prova do

casamento para fins de previdência social (Decreto-Lei n. 7.485, de 23/04/1945), etc. (WALD, 2004, p. 22).

Com a promulgação da Constituição de 1934, a família passou a ser tratada mais profundamente em diversos momentos da referida Carta Magna<sup>16</sup>, possuindo, inclusive, capítulo específico denominado “Da Família”, inserido dentro do Título V (“Da Família, da Educação e da Cultura”), artigos 144 a 14717 (OLIVEIRA, J. S., 2002, p. 46).

Verifica-se, todavia, que a Constituição de 1934 preocupou-se mais em estabelecer regras para o casamento como única forma de constituição de família do que com a família propriamente dita. Ateve-se à formalística e se esqueceu da substância do instituto. Ulteriormente, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937, tratou do tema “Da Família”, nos artigos 124 a 12718.

As Constituições que se seguiram (a promulgada em 18 de setembro de 1946 – artigos 163 a 16519; a promulgada em 24 de janeiro de 1967 – artigo 16720; e a promulgada em 17 de outubro de 1969 – artigo 17521) não inovaram substancialmente no Direito de Família até então regulado, apenas confirmando a exclusividade de constituição da família por meio do casamento civil indissolúvel (OLIVEIRA, J. S., 2002, p. 50-71).

Desta feita, assevera Wald (2004, p. 22): A Constituição de 1937 beneficiou o filho natural, e a Lei n. 883, de 21/10/1949, permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal e, conforme alteração que sofreu pela Lei n. 7.250, de 14-11-1984, autorizou, também, o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

A Lei n. 968, de 10-12-1949, estabeleceu a fase de conciliação prévia nos desquites e nas ações de alimentos. A Lei n. 1.110, de 23-5-1950, regulamentou o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, já assegurado na Constituição de 1937

A Lei n. 3.133, de 8-5-1957, atualizou a adoção, enquanto a Lei n. 4.655, de 2-6-1965, introduziu no direito brasileiro a legitimação adotiva. Uma reforma processual da ação de

alimentos foi feita pela Lei n. 5.478, de 25-7-1968. Com o advento da Lei 4.121, em 27 de agosto de 1962 – Estatuto da Mulher Casada – foi reconhecida à esposa, no âmbito familiar, igualdade aos direitos do marido e situação jurídica análoga, passando a mulher a exercer um papel mais ativo na direção da família.

Vale acrescentar que referido diploma representou uma grande mudança nas relações jurídicas entre mãe e filho, haja vista que alterou a redação do artigo 393 do CCB/191622, no sentido de reconhecer que a mãe, mesmo que venha a contrair novas núpcias, não perde o pátrio poder quanto ao(s) filho(s) advindo(s) de casamento anterior (TEIXEIRA, 2005, p. 22).

Ademais, importante diploma legal que alterou consubstancialmente o sistema até então adotado pelo Código Civil Brasileiro foi a Lei n. 6.515/77, que introduziu ao sistema normativo os casos de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, retirando, assim, o caráter sacramental/indissolúvel do matrimônio (WALD, 2004, p. 23). Nessa seara, a constatação da culpa era fundamental para delimitar a relação obrigacional decorrente do término do relacionamento.

A separação judicial trazia em seu bojo a discussão da culpa. Impunha-se achar um culpado para o fim da conjugalidade, o que era relevante para a definição da existência da obrigação de prestar alimentos, da guarda dos filhos e do uso do patronímico do marido pela mulher separada (TEIXEIRA, 2005, p. 24). A comunhão parcial de bens passou a ser o regime legal, em substituição ao da comunhão universal, sendo indispensável, para a adoção deste último, o contrato antenupcial (WALD, 2004, p. 23-24).

Deste modo, com o passar dos tempos várias modificações ocorreram no sentido de dar à família uma estruturação mais conforme com os anseios da sociedade, reconstruindo-a de acordo com as necessidades humanas. Com esse espírito, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo a primazia da valorização da pessoa humana e a família como fundamento da sociedade brasileira<sup>23</sup>, sobrepujando o caráter patrimonialista até então prevalecente (FARIAS, 2007, p. 132).

Assim sendo, somente com a Constituição Federal de 1988 deu-se fim à história da desigualdade jurídica na família brasileira, uma vez que além do referido diploma legal ampliar as formas de constituição da família, reconhecendo entidades familiares outras, que não as formadas pelo matrimônio, também apresenta um modelo igualitário de estrutura familiar, na qual a solidariedade, o respeito e o afeto representam fundamentos basilares da família constitucionalizada.

#### **4 CAPACIDADE SUCESSÓRIA**

É primordial para identificação e avaliação da condição de herdeiro, sua qualidade jurídica dentro da ordem vocacional hereditária ou ainda em função do testamento. A herança sempre prescinde de um título, ou seja, de fundamentação jurídica e subordina-se a transmissão *causa mortis* consistente na convocação do interessado pela lei ou pela última vontade do testador. Denomina-se, então, sucessão legítima a que é deferida por determinação legal, o sucedendo morre *ab intestato*.

O sucessor há de ser compreendido numa classe a que corresponde a sua posição na ordem de vocação hereditária que outrora ia até os colaterais de sexto grau. A capacidade sucessória é, portanto, a aptidão para ser herdeiro, a condição pessoal para se revestir da qualidade de herdeiro, ou seja, para receber a herança, a condição para ser titular do direito hereditário invocado.

Não é somente a morte e a posse e propriedade dos bens que constituem os elementares indispensáveis para a sucessão, o momento de se verificar a capacidade sucessória é exatamente o momento da abertura da sucessão (art.1.577CC).

Não importa a data do testamento, pois já adquiriu seu quinhão ou legado quando da abertura da sucessão. Também não verificar-se-á tal capacidade no momento de adimplemento de condição resolutiva ou suspensiva eventualmente apostas em declaração de última vontade.

Mesmo ocorrendo drástica alteração legislativa posterior ao óbito, esta não afetará a capacidade sucessória de herdeiro existente ou ausente. Porém tais mudanças normativas após o testamento incidem imediatamente quando ocorre a transmissão *causa mortis*, podendo afetar a capacidade sucessória de quem suceder quer pela lei, quer por testamento. É prevalente a lei do domicílio do herdeiro ou legatário quanto à capacidade de suceder (LICC art. 10§ 2º), não esquecendo a possibilidade mais benéfica para cônjuge e filhos em caso de incidência concorrente ou simultânea de legislação estrangeira (LICC art. 10 §1).

Coisas inanimadas e animais não são sujeitos de direitos, logo não possuem capacidade sucessória, e nem a regra perde exatidão quando se admite o legado ou herança a uma pessoa, com o encargo de cuidar de certa coisa ou animal, são os chamados legados pios.

É curial, primeiramente a constatação da personalidade jurídica, da existência da pessoa física ou jurídica no momento da abertura da sucessão. Na sucessão testamentária, o falecimento do beneficiado torna ineficaz o legado, devolvendo-se o seu quinhão à massa tendo em vista ser *intuitu personae* pode excepcionalmente haver a previsão de substituto ou de herdeiros a quem caberá o direito de acrescer.

Não herda se a morte do herdeiro ocorrer antes da abertura da sucessão. Daí a relevância da comoriência e do direito de representação. Não tendo herdado o premorto, as vezes pode ocorrer a redução quinhões pelo simples fato de aumentar o número de herdeiros em face da mesma massa patrimonial, pois neste caso inexistente a representação e os herdeiros sucedem por direito próprio ou por cabeça. É importante ressaltar que a primeira classe de herdeiro a dos descendentes é considerada em linha infinita.

A existência física e jurídica do sucessor é pressuposto tanto como também o é a morte do autor da herança. Não se cogita jamais de herança de pessoa viva (art. 1.089CC).A existência de herdeiro sucessível é antes uma exigência da sucessão

legítima. Especialmente, no entanto, defere-se a herança à pessoa concebida, porém ainda não existente no momento da abertura da sucessão. É o direito do nascituro (art. 4<sup>o</sup> e 1.718 CC) apesar de juridicamente desprovido de personalidade, tem, contudo, preservada a titularidade de seus direitos, condicionada inexoravelmente ao nascimento com vida.

Também há a instituição por meio de testamento da chamada prole eventual e futura de pessoas designadas e existentes a morte do *de cujus* (art. 1.718 CC). O direito sucessório *in casu* é condicional, subordinando-se a sua aquisição ao evento futuro e incerto.

Em geral, o testador estabelece prazo de espera com o escoamento deste, o testamento caduca. Mas a herança não pode permanecer indefinidamente sem titular (ou destinatário) os demais interessados na sucessão que seriam beneficiados com a inexistência da prole eventual possuem legitimidade para reclamarem a herança, assumindo assim a titularidade do direito hereditário.

Por prole entendemos o filho imediato, descendente direto embora haja posicionamento doutrinário em sentido contrário, estendendo o favor legal contemplado até os filhos adotivos, não se restringindo a capacidade eventual prevista na norma à filiação biológica ou natural. Há até quem contemple os netos apesar de não serem descendentes diretos e, sim de segundo grau.

Resolve-se a questão do chamado prazo de espera o Novo Código Civil quando é em favor da prole eventual, estabelecendo-se que, se decorridos dois anos do falecimento, o herdeiro não for concebido, restará este prejudicado.

Quando se tratar de pessoa jurídica, é verificada sua existência legal representada pela inscrição de seu ato constitutivo no competente registro, no momento da morte do auto da herança. Só ocorre a herança para pessoa jurídica através de testamento,

a exceção do Poder Público, que é o titular da herança jacente na sucessão legítima. Aliás, este se configura como recolhedor de heranças em todas as ordens vocacionais existentes.

Também há a sucessão especial quando a herança é deixada para pessoa jurídica ainda não constituída no momento da abertura da sucessão, é o caso da fundação. Admitindo a instituição de sociedade de fato ou aguardando-se a regularização para a transmissão do benefício. Entende **Sílvio Rodrigues** por faltar personalidade jurídica não pode receber por testamento.

A fundação tem sua origem em disposição testamentária para regularização após a morte do instituidor. Outras pessoas jurídicas não poder assim ser criadas. A outra hipótese consiste na tolerância de benefício em favor de pessoa jurídica a ser formada e, enquanto isto, a deixa é destinada a um ente moral ou a sociedade de fato, sob condição de se constituir regularmente. É imposição de encargo (aliado à figura do fideicomisso) com adimplemento da condição quando define-e a destinação patrimonial.

Encerrada ou dissolvida à pessoa jurídica quando da abertura da sucessão, por faltarlhe capacidade sucessória, acrescentando-se para empresa que estiver em liquidação, também não é apta a receber a herança.

A lei restringe a capacidade sucessória em determinados casos para os incapazes para suceder prevendo ainda a incapacidade e a deserdação e, ainda na inaptidão de herdeiro testamentário.

Não se confunde a capacidade civil com a sucessória senão vejamos, pois o ausente pode ter capacidade sucessória, o mesmo acontece com herdeiro menor. E no revés, o herdeiro maior se considerado judicialmente indigno apesar da plenitude da capacidade civil, não *possio*, no entanto, a capacidade sucessória.

Na definição de **Beviláqua**, a indignidade é privação do direito, cominada por lei, ou seja, certos atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando, isto é, o legislador cria uma pena, consistente na perda da herança, aplicável ao secessor legítimo ou testamentário, que houver praticado determinados atos de ingratidão contra o *de cuius*.

A capacidade sucessória, *in stricto sensu*, é translativa, e verificada sempre em relação à pessoa e ao falecido, ou seja, será analisada a aptidão ao exercício do direito sucessório da pessoa em face de determinada herança. Pode existir a incapacidade sem relação à herança do pai, porém, não relação ao avô da mãe.

A indignidade representa mais propriamente a retirada do direito à herança de sucessor capaz, em virtude de atos de ingratidão (que ofenderam a integridade física, a honra ou a liberdade de testar deste). É uma pena civil aplicada ao sucessor consistente na perda da herança.

Para operar-se a exclusão não há necessidade da condenação criminal (diversamente o que ocorre na legislação belga e francesa) e prova no civil pode ser produzida independentemente de ação penal. Porém, se no juízo criminal reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de autoria fica afastada a possível punição civil *ex vi* o art. 1.525 CC.

Ocorrendo a condenação penal reconhecendo-se não só a autoria e materialidade, mas principalmente o dolo, a decisão obrigatoriamente gera o efeito de exclusão por indignidade. Alguns doutrinadores defendem também a exclusão na instigação ao suicídio. Inclui-se o constrangimento forçado à feitura do testamento

A sentença proferida em ação declaratória com a finalidade de exclusão (art. 1.596 CC) exigindo-se até o trânsito em julgado para produção dos seus efeitos. Se o sucessor imediato do herdeiro ou legatário indigno, por livre opção, não provoca a



exclusão, ninguém mais terá legitimidade pra fazê-lo nem mesmo o Ministério Público ainda que tal indignidade constitua crime.

O prazo prescricional para a propositura da ação declaratória de indignidade é de quatro anos a partir do falecimento (Art. 178, §9º IV CC). Quanto a possibilidade de propositura e prosseguimento da ação após a morte do indigno, redundam em polêmicas. Sendo pessoal a sanção civil (art. 1.599 CC), ocorre, portanto, o esvaziando do interesse no prosseguimento da ação.

A sentença declaratória de exclusão tem efeito retroativo, excluindo-se da herança o indigno desde da abertura da sucessão, pois lhe é retirada completamente a qualidade de sucessor. A indignidade favorece apenas os seus descendentes que recebrão o quinhão por representação, não podendo dela se beneficiar os demais herdeiros previstos na ordem de vocação hereditária fixada no art. 1.603 CC.

Na ausência dos descendentes do indigno, chamam-se os sucessores da classe imediata. O indigno é equiparado ao morto civil (excluído da herança) conservando o pátrio poder, fica privado do direito ao usufruto e de administração dos bens a que seus filhos menores forem destinados em razão da substituição, perdendo também o direito sucessório sobre o patrimônio devolvido aos descendentes, que em regra teria pelo falecimento destes (art. 1.602 CC).

Justa e sábia é tal decisão, pois do contrário, seria beneficiado com a herança da qual foi excluído, retirando a eficácia da punição.

O indigno é o herdeiro aparente e, desta forma não é justo que ao co-herdeiro sejam impostos atos do indigno que são prejudiciais assim poderá até pleitear perdas e danos (art. 1.600 CC). A exclusão do indigno limitar-se-á à herança do ofendido.

Muitos entendem que o excluído por indignidade não pode ser considerado herdeiro aparente, pois, antes da sentença de exclusão, é herdeiro e, por conseguinte,

proprietário dos bens de que porventura dispõe, de sorte que as alienações que acaso efetua não consistem em transferência a *non domino*.

**Duranton** focaliza bem tal distinção e sustenta a irrevogabilidade dos atos de alienação praticados pelo indigno, quando de boa fé o adquirente, nega eficácia aos atos de disposição praticados pelo herdeiro aparente.

De qualquer modo, a lei prestigia o terceiro adquirente de boa fé, comprovada a má fé, não se convalida a alienação, pois que assumiu o risco. Mesmo a título gracioso, o terceiro não terá prejuízo, porém, não terá o ganho.

O perdão é ato exclusivo do ofendido, único em condições de auferir a intensidade da ofensa e, a seu exclusivo critério. Exige-se que seja por ato autêntico ou por testamento.

**Caio Mário da Silva Pereira** noticia, entretanto, a possibilidade de perdão tácito pelo ofendido, quando houver a expressa contemplação do agente em testamento como beneficiário. Uma vez concedido o perdão, é irretratável e impede a possível reclamação dos interessados.

É bom frisar que a incapacidade sucessória impede o direito de suceder, enquanto que a indignidade retira do herdeiro o seu direito à herança, logo esta pressupõe a capacidade sucessória. O indigno não é o incapaz de suceder. Ele era herdeiro quando depois veio a perder tal qualidade jurídica.

A capacidade é inerente à pessoa do herdeiro, já a indignidade é uma pena, uma punição contra uma conduta adotada contra o falecido. A indignidade decorre de sua relação com o autor da herança. O incapaz não se beneficia do *droit de saisine*. O indigno é agraciado com tal direito.

A distinção entre a incapacidade sucessória e indignidade perdeu relevo, no passado, quando das Ordenações (Liv. II Tít. 26 § 19), a herança de que era privado o indigno se incorporava ao patrimônio da Coroa portuguesa. Todavia, após a abolição da pena de confisco pelo art. 179 da Constituição do Império, a distinção perdeu importância, pois quer ocorra indignidade ou incapacidade, a herança passará aos demais aos demais herdeiros legítimos do finado.

A indignidade se distingue da deserção porque, enquanto esta representa instituto exclusivo da sucessão testamentária, aquela atinge tanto a sucessão legítima como a derivada de última vontade. Ademais, enquanto a deserção é o instrumento a que recorre o testador para afastar de sua sucessão os seus herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), a indignidade resulta de mandamento legal e priva da herança não apenas os sucessores necessários, mas também todos os que sejam legítimos ou testamentários.

A exclusão do indigno não é derivada apenas dos atos de ingratidão. Determina o art. 1.596CC que a exclusão deverá ser feita através de processo ordinário, promovido pelos interessados na sucessão, só se caracterizando a indignidade se a sentença final o declarar.

É tal processo uma garantia do princípio de ampla defesa. Procura-se demonstrar não só a existência de uma das causas da exclusão bem como sua tipicidade com a lei. Só será reconhecida a indignidade após trânsito em julgado da sentença que o decretar. É matéria de interesse privado.

Já quanto à deserção é ato privativo do autor da herança pelo qual promove o afastamento de herdeiro necessário (descendentes e ascendentes) e só pode ser feito unicamente através de testamento. E pode ter por fundamento outras causas (art.1.744/745 CC).

A Súmula 447 do STF encontra-se completamente ratificada e ao mesmo tempo sem

efeito, face da paridade instituída constitucionalmente em 1988 entre os filhos independentemente de sua origem filiatória no tocante aos direitos hereditários e alimentícios.

Todavia, vige ainda a incapacidade sucessória para a chamada concubina impura uma vez que a união estável reconhecida pelo direito pátrio e plena a dar azo a uma série de direitos, é a chamada união estável pura ou concubinato puro onde as partes são desimpedidas para casar, só não o fazer porque não o desejam.

Dividindo opiniões entre as teorias da incapacidade e da exclusão, discute-se a natureza jurídica da indignidade. Na primeira não pode suceder, por lhe ser ausente a capacidade sucessória, não se verificando em seu favor, a delação. Já pela segunda tese sucede, mas é excluído da sucessão.

Admitem alguns doutrinadores a natureza especial da indignidade, pois existe apenas em relação ao sucessível que cometeu ato ofensivo, se não tiver ocorrido reabilitação ou perdão instituído. O perdão puramente verbal não será eficaz a reabilitar o indigno.

Devendo ser pronunciada a indignidade mediante legítima provocação do interessado e, caindo em prescrição, entre nós, após quatro anos. Não se trata definitivamente de incapacidade e, sim de exclusão.

Revogado o testamento que contém o perdão do indigno, polemizam os autores sobre seu efeito. Para alguns, é irretratável. A vontade do testador prevalece sobre o interesse dos co-herdeiros e, tem força para ilidir a presunção de que o defunto desejaria não lhe sucedesse o que incidiu em qualquer indignidade. Tal presunção é *iuris tantum*, milita o seu comportamento generoso.

Para outros, a caducidade do testamento acarreta também a caducidade do perdão, se o novo testamento não contiver outra cláusula remissiva dos erros do indigno.

Também poderá o perdão revestir-se em ato autêntico (onde será reconhecida a assinatura do remitente) através de escritura pública. Pode tal perdão ser expresso e, portanto, inequívoco como também ser tácito, se mesmo após a ofensa houver contemplado o herdeiro agente em testamento.

Por via testamentária poderá ser tácito o perdão e a reabilitação tem pleno efeito. Só é considerado igualmente *in totum*, não sendo compatível o caráter parcial. Com o advento do perdão, desaparece a *legitimatío ad causam* para os demais interessados na sucessão argüir a indignidade.

Conhecia o direito romano a figura do herdeiro aparente através do possessor pro herede, que sob a imagem de herdeiro, comportando-se como tal, possuía de boa fé os bens hereditários.

E não se confundia com a situação daquele que possuísse pelo possessore, que não se irrogava tal qualidade e a posse desfrutada independentemente de pessoa que para si reclamava essa posição.

Não se admite tal situação no direito pátrio logo inexistente a figura do herdeiro aparente, salvo a mencionada na hipótese do art. 1.600 CC. Só há herdeiro que detenha título legal quer oriundo da lei, quer oriundo da vontade do testador. A título universal ou a título singular. Aliás, por esta razão que nem todos os sucessores são tecnicamente herdeiros. O legatário, por exemplo, é sucessor mas não é herdeiro. Não é contemplado com o *droit de saisine*.

É medida excepcional que convalida as alienações e constituições de ônus reais efetuadas antes da sentença decretatória de indignidade. A ineficácia se opera *ex nunc* (art. 648CC) e válidos os atos praticados pelo excluído, até o momento da exclusão. Tal regra não comporta analogia.

Com a morte do indigno extingue-se a ação própria que visa declará-lo indigno. Como é pena, não ultrapassa da pessoa do criminoso. A exclusão não se opera *ipso jure*, há ainda que acontecer o trânsito em julgado da sentença que o exclua da sucessão. Falecendo antes de sua declaração de indigno, seu direito sucessório passará para seus sucessores.

## 5 ASCENDENTES

Antes de adentrar neste tópico é necessário uma breve análise sobre o que é Direito das Sucessões. O Direito das Sucessões é o ramo do direito que cuida da transmissão de bens, direitos e obrigações em decorrência da morte. O termo sucessão de forma genérica significa o ato jurídico pelo qual a pessoa substitui outra em seus direitos e obrigações, podendo ser consequência tanto de uma relação entre pessoas vivas quanto da morte de alguém. O Direito, portanto admite duas formas de suceder: *inter vivos* e *causa mortis* (GONÇALVES, 2005, p. 69).

Entretanto, não se pode confundir sucessão com herança. A primeira é o ato de alguém substituir alguém nos direitos e obrigações, em função da morte, já a herança é o conjunto de direitos e obrigações, que se transmitem virtude da morte, a uma pessoa ou várias pessoas, que sobrevivam ao falecido (RIZZARDO, 2007, p.70)

Ademais, o direito das sucessões tem como fundamento o direito de propriedade, em razão da possibilidade de durar a sua fortuna, o homem se vê incentivado a aumentá-lo e a conservá-la.

Diante do que foi demonstrado, a capacidade sucessória dos ascendentes só dará início na ausência dos descendentes, de acordo com a ordem de vocação hereditária. Portanto, neste tipo de sucessão ocorrerá com a ausência do real herdeiro e com isso serão chamados a suceder os genitores, ou seja, os pais do herdeiro legal.

A herança será dividida de forma igual entre os genitores do falecido, e na hipótese de somente um genitor está vivo, a este caberá receber toda a herança.

Portanto, quando não há pai e mãe vivos que são os ascendentes mais próximos, serão chamados para suceder pela ordem do grau, os avós paternos ou maternos para que seja distribuída a herança.

É importante ressaltar que nesta sucessão não cabe o direito de representação, só é cabível na sucessão dos descendentes. Ocorrendo na verdade a observância de linhas de grau.

A herança nesta sucessão ocorre concorrência do cônjuge com os ascendentes, onde aquele irá concorrer com a herança independente do regime celebrado no casamento.

Conforme o artigo 1.837 do Código Civil de 2002, tal concorrência será da seguinte forma: concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; cabendo a metade desta se houver um só ascendente ou se maior for aquele grau.

O civilista Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 161) diz que:

O viúvo, portanto, terá direito: a) a um terço, se concorrer com os pais do falecido; b) a metade, se concorrer com um dos pais (por falta ou exclusão do outro); e c) também a metade, se concorrer com avós ou ascendentes de maior grau. Assim, se o falecido deixou pai e mãe, além do cônjuge, a este caberá um terço da herança; se ao cujus sobreviveu somente o pai, ou apenas a mãe, ou se possui ascendentes do primeiro grau, ou de grau mais elevado, tocará ao cônjuge a metade da herança.

Então, o que se observa é que independente do regime de bens adotado faz com que acarrete benefício para o cônjuge, uma vez que em seu lugar vem ampliado o direito de propriedade em parte dos bens do falecido, tendo vantagem para o cônjuge viúvo, sendo reforçada sua posição no plano sucessório, além de se tornar como herdeiro necessário. Ex: se o cônjuge concorrer com avós do autor da herança terá do mesmo modo direito a metade da herança. Portanto, os ascendentes são legalmente autorizados a ter capacidade sucessória.

Vale ressaltar que, será também parte legítima a suceder as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação, como bem preconiza o art. 1.799, em inciso III do nosso Código Civil. No entanto, para que a fundação possa suceder é necessário que seja criada por escritura pública ou testamento. Sendo por meio deste último, os bens permanecerão sob a administração do encarregado de instituir fundação.

## **6. DESCENDENTES**

Os descendentes são contemplados primeiramente, sendo denominados por muitos herdeiros por excelência. No entanto, quanto ao grau, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo os chamados por direito de representação. Esse herdeiros recebem ainda, os bens por direito próprio e são classificados como necessários, pois, na existência de testamento, será reservado a metade do patrimônio do autor da herança, correspondendo á legitima.

Conforme previsto no art. 1.835 do Código Civil, os filhos sucedem por cabeça, enquanto os demais descendentes por cabeça e estirpe. Podemos citar como exemplo o seguinte caso: O autor da herança deixou três herdeiros, sendo que um deles já falecido e, por sua vez, deixou dois filhos (netos do autor da herança). Neste caso, os filhos do falecido herdarão por cabeça, enquanto aos netos, por estirpe ou representação.

Diante do exposto, os decentes do mesmo grau herdam em condições de igualdade. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas á filiação. Tal regra vem sendo abordada no artigo 1.596 do código Civil de 2002.

Então, todos os filhos estão em situação de igualdade sejam eles concebidos através de casamento ou não. A discriminação entre as pessoas é totalmente ilícita, pois o tratamento deve ser igual em qualquer situação. Especificamente quando houver a capacidade sucessória.



Anteriormente não havia esse tipo de situação, visto que os filhos que não fossem concebidos no matrimônio não poderiam herdar de forma alguma os bens deixados pelo falecido. Com a evolução do ordenamento jurídico houve a equiparação baseada no princípio da igualdade de forma que todos os filhos estariam em igualdade de condições.

Portanto, de acordo com Arnold Wald (2007, p.69) que:

Desaparecem com o texto constitucional citado e com o Código Civil de 2002, todas as distinções feitas no passado entre os filhos nascidos de justas núpcias (legítimos e legitimados), de relacionamentos extramatrimoniais (ilegítimos, isto é, naturais e espúrios – adúlteros e incestuosos) e adotivos.

Sendo assim, todos os filhos independentemente de como veio esse filho ao mundo, para o ordenamento jurídico brasileiro não existem distinções, tendo todos a capacidade para suceder.

Existe uma concorrência entre o cônjuge com descendentes, tendo em vista para especificar tal concorrência terá que ser observado o regime de casamento adotado entre os cônjuges. Poderá se tratar do regime da comunhão universal de bens; regime de separação obrigatória e do regime da comunhão parcial de bens.

No que diz a respeito da comunhão universal de bens, ambos os cônjuges terão direitos aos bens que englobam o acervo patrimonial. De modo que havendo morte de um dos cônjuges, metade dos bens do casal passará ao sobrevivente.

O cônjuge sobrevivente participe da concorrência, ele acabaria por receber mais da metade dos bens do caso regime de separação obrigatória dos bens, o legislador entende que não acha justo conceder o direito ao cônjuge de concorrer com os descendentes. Neste tipo de regime de casamento, trata-se de situações especiais, onde as pessoas são obrigadas a casar-se por este regime, a exemplo pessoas que se casam com mais de sessenta anos de idade.

No regime de comunhão parcial neste tipo de regime, os bens serão aqueles adquiridos após o casamento, e os que foram adquiridos anterior ao

casamento ou aqueles que foram adquiridos através de doações estarão excluídos da sucessão dos cônjuges.

Portanto, os descendentes do falecido em qualquer ocasião, salvo em casos de deserdação ou indignação, fará jus a capacidade sucessória. Assim podemos concluir que se entre os herdeiros existir descendentes comuns e não comuns, a doutrina majoritária entende que persistirá a garantia mínima da quarta parte, contudo alguns doutrinadores divergem desse pensamento e entendem que a lacuna existente deve ser preenchida pela Lei de Introdução ao Código Civil, a qual estabelece o princípio da isonomia jurídica entre todos os filhos, só importando a filiação com o autor da herança.

O autor Silvio Venosa (2002, p.108) entende que “Se o cônjuge sobrevivo concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do de cujus, há de se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte”.

Nos casos de concorrência dos bens entre o cônjuge e descendentes não comuns a doutrina majoritária entende a não existência da garantia da quarta parte e a herança será dividida de forma igual entre todos os herdeiros necessários, sendo assim, na existência de quatro descendentes exclusivos do falecido, o ficaria com um quinto da herança.

## **7 CÔNJUGE**

Para que o cônjuge seja considerado herdeiro necessário é indispensável sua legitimidade conforme nosso Código Civil. Sendo assim, o cônjuge concorre da mesma forma que os demais herdeiros na capacidade sucessória, por se tratar de um herdeiro necessário.

O legislador entende que não só o vínculo sanguíneo merece ser valorado, bem como o vínculo da efetividade, o que acontece na relação entre casais.

Para que o cônjuge sobrevivente tenha capacidade para suceder, ou seja, tenha direito a herança deverá ser observado o que diz o artigo 1.830 do Código Civil

de 2002: “Se ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornará impossível sem culpa do sobrevivente”.

Portanto, deve ser afastado o cônjuge da capacidade de suceder se, na época em que o outro faleceu, o casal estava separado de fato a mais de dois anos. Não tendo necessidade da separação judicial para o afastamento do cônjuge sobrevivente na relação sucessória. Os demais herdeiros podem afastar se comprovarem que os cônjuges estavam separados de fato a mais de dois anos, pois será necessário mesmo esperar dois anos para que consolide a separação de fato de um casal?

A resposta é negativa sobre o meu ponto de vista, pois qse consideramos o tempo como requisito necessário para o dissolução do casal, estaremos agindo de maneira injusta, porque às vezes não é necessário esperar tanto tempo para que seja comprovado que o vínculo do casal já se rompeu completamente, podendo ser provado por dois meios, como por exemplo, se um dos cônjuges não se encontra mais residindo no mesmo lar da família e já formou união estável com outra ou já reside em outro imóvel com todos os seus utensílios e objetos, por um período menor que dois anos, fica comprovado que o casal já está separado de fato sem precisar esperar dois anos para que se consolide.

Nos casos em que há celebração de dois casamentos conhecido como bigamia, que após o falecimento de um dos cônjuges dará início a disputa pelos bens. Havendo a separação de fato, a primeira esposa não fará jus ao direito de herdeiro necessário, pois a separação de fato gera efeito patrimonial, caso não exista a separação de fato, a primeira esposa teria direito em relação do patrimônio constituído no segundo casamento.

É necessário observar que quando não há herdeiros como descendentes e ascendentes, o cônjuge sobrevivente irá herdar tudo o que compões a herança.

Herdeiro necessário não é somente descendentes e ascendentes, o cônjuge sobrevivente também faz jus a esse direito de forma igualitária. Portanto o cônjuge concorrerá a herança de forma igual com os demais herdeiros necessários.

Diante do exposto os requisitos necessários para que o cônjuge adquira capacidade sucessória:

- a) Que não seja divorciado nem separado, judicial ou administrativamente;
- b) Que não esteja separado de fato há mais de dois anos do finado, ou
- c) Que prove ter-se tornado impossível a convivência, sem culpa sua, se estiver separado de fato há mais de dois anos do falecido.  
(GONÇALVES, 2009, p.163).

Assim, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário e concorrerá, obedecendo alguns requisitos. Ademais qualquer que seja o regime de bens, separação total ou parcial, comunhão parcial ou total, terá assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado a moradia familiar, desde que seja o único para inventariar.

Silvio Rodrigues (2003, p.91) destaca que:

A lei exige, para afastar o cônjuge da sucessão, esteja o casal desquitado ou divorciado. Assim, a despeito de separados de fato, cada qual vivendo em concubinato com terceiro, a mulher herda marido e este dela se morrerem sem testamento e sem deixarem herdeiros necessários.

No caso de anulação, Washington Barros Monteiro (1996, p.321) diz que: “Se anulado o matrimônio, proclamando-se-lhe, no entanto, a putatividade, o sobrevivente de boa-fé tem direito sucessório, se posterior à morte do outro cônjuge a sentença de anulação”. Este princípio se mantém no atual Código Civil.

A inclusão do cônjuge na categoria dos herdeiros necessários pelo Código Civil de 2002 é mais que justificável, pois o papel da mulher na sociedade, no mercado de trabalho e nas relações de família. O cônjuge, homem e mulher, tem uma comunhão de vida com o outro, pleno conhecimento de suas atividades, de seus

negócios, partilhando ideias e sentimentos comuns, bem como enfrentando momentos de alegria e dificuldades (DINIZ, 2005, p.246).

Há ainda, a manutenção do direito de habitação, encontrado no art. 1831 do Código Civil de 2002, sendo que esse imóvel deve ter sido local da relação conjugal, sendo residência de toda a relação, mas esse direito surge com uma condição resolutiva, a de durar até que chegue a viuvez, conforme lei atual. A lei no que tange o usufruto foi suprimida, por ter sido elevado ao cônjuge ao herdeiro necessário.

## **8. UNIÃO ESTÁVEL**

Não se pode deixar de reconhecer como pertinente e coerente haver a norma codificada copiado a definição da união estável já consolidada na legislação infraconstitucional. Inegavelmente, qualquer tentativa de impor parâmetros objetivos para regular relações nascidas do afeto, acabaria deixando à margem do manto legal um sem-número de situações que constituem entidades familiares dignas de tutela.

De todo descabido estabelecer requisito temporal para sua configuração, delimitação nunca posta pela jurisprudência, a quem se deve a construção dessa figura jurídica. Igualmente, o texto constitucional, ao emprestar juridicidade ao instituto, não lhe fixou prazo.

Certo que a Lei nº 8.971/94<sup>1</sup>[1] – a primeira a regulamentar a união estável – estipulou o prazo de 5 anos ou a existência de prole para o seu reconhecimento. Porém, tais foram as críticas que, antes de haver passado ano e meio, foi promulgada a Lei nº 9.278/96<sup>1</sup>[2] afastando a exigência de tempo mínimo, como *conditio sine qua non* para sua tipificação.

Nada justifica a tentativa de prever impedimentos à configuração da união estável. A remissão feita no § 1º do art. 1723 ao art. 1521 do CC, invocando os impedimentos dirimentes para o casamento, visa a restringir a constituição da união estável, nas

mesmas hipóteses em que não se admite o casamento. Olvida-se o legislador, no entanto, que é possível impedir o casamento, pois sua celebração depende da chancela do Estado.

O ato é levado a efeito por um agente estatal, sendo inscrito em registros cartorários públicos que dispõem de eficácia constitutiva. Assim, pode a lei impor limitações, restrições e impedimentos. Inadimplidas as exigências legais, simplesmente o casamento não acontece. A união estável, porém, não dispõe de qualquer condicionante. Nasce do vínculo afetivo e se tem por constituída a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, passando a ser reconhecida e aceita socialmente.

Não há qualquer interferência estatal para sua formação, sendo inócuo tentar impor restrições ou impedimentos. Tanto é assim que as provas da existência da união estável são circunstanciais, dependem de testemunhas que saibam do relacionamento ou de documentos que tragam indícios de sua vigência.

Em se tratando de convivência pública, contínua e duradoura impositivo o reconhecimento de sua existência. O simples desatendimento a alguma das vedações impeditivas do casamento, não subtrai da relação o objetivo de constituição de família.

Por exemplo, o relacionamento do homicida com o cônjuge sobrevivente da vítima, que atende a todos as exigência de longevidade, publicidade e continuidade, não se pode ter por inexistente. A tentativa de impedir seu reconhecimento dispõe de nítido caráter punitivo. Nada mais do que mera condenação à invisibilidade, o que tem sempre resultados catastróficos. Inócua a remissão feita pelo § 2º do art. 1723 ao art. 1.523, tão-só para dizer que não incidem na união estável os impedimentos impeditivos para o casamento.

São limitações de caráter temporário, que não afetam a existência, a validade ou a eficácia do casamento. Como para estabelecer a união estável inexistente qualquer formalidade, a remissão é absolutamente ilógica. A exceção aberta, autorizando o reconhecimento da união estável na hipótese de ser a pessoa casada, mas estar separada de fato ou judicialmente, trata-se de verdadeira manobra legal para, a contrario sensu, excluir da figura jurídica da união estável o que a doutrina chama de concubinato adulterino, ou impuro, ou concubinagem. Tanto é assim que acabou o Código Civil por ressuscitar o concubinato no seu art. 1.727.

Direitos Inserida a união estável no Livro do Direito de Família, despendendo a expressa indicação da competência das Varas de Família para apreciar as demandas envolvendo ditos relacionamentos. Não mais subsiste a preocupação que levou a Lei 9.278/96 a dizer em seu art. 9º: Toda a matéria relativa à união estável é de competência do Juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça. Não deve causar preocupação o silêncio, no título que regula a união estável, quanto aos direitos reconhecidos aos parceiros. O fato de não haver qualquer menção à obrigação alimentar, não pode dar ensejo a que se pense que houve a exclusão de dito direito.

A referência do art. 1.694 – que fala em conviventes<sup>1</sup>[3] – assegurando o direito a alimentos, basta para suprir a necessidade de uma melhor explicitação. Ao depois, a imposição do dever de assistência (art. 1724) garante o reconhecimento da permanência da obrigação alimentar entre os companheiros. Também não é estabelecida a presunção de colaboração mútua na aquisição dos bens. Tal, no entanto, não pode afastar o estado condominial e conseqüente partição igualitária do patrimônio. Para isso é suficiente a determinação de aplicação supletiva do regime da comunhão parcial dos bens feita no art. 1.725.

A mais severa crítica que merece ser feita à regulamentação da união estável é a tentativa de ressuscitar a figura do concubinato, que, em boa hora, havia sido sepultada, quando do advento da nova ordem constitucional. Sob a égide do Código Civil pretérito, que negava quaisquer direitos às uniões extramatrimoniais, a Justiça em face da dificuldade de conviver com o enriquecimento injustificado, passou a

emprestar efeitos jurídicos a ditos relacionamentos, sob o nome de concubinato. Para contornar as vedações legais, a jurisprudência as chamava de sociedades de fatos, e lhes remetia ao âmbito do Direito Obrigacional.

O que no passado era chamado de concubinato, e se situava fora do Direito de Família, com a chancela constitucional, foi albergado nesse ramo do Direito e com o nome de união estável. Como a Constituição Federal alargou o conceito de família, a palavra concubinato foi substituída pela expressão união estável.

No entanto, ao invés de cair do deus-sácuo, o substantivo concubinato recebeu alguns adjetivos: adúltero, impuro, de má fé, passando a significar as relações paralelas, simultâneas. Trata-se de vínculos de convivência que sempre existiram no seio social, mantidos historicamente pelos homens, que conseguem entreter relacionamentos concomitantes. A aparente rejeição a ditos uniões ensejou o surgimento dessa nova nomenclatura, com o fito de negar-lhes a qualificação de entidade familiar, afastar a possibilidade de reconhecimento e eliminar quaisquer direitos. A palavra concubinato, agregada a adjetivos de conteúdo pejorativo, continuou fora do Direito de Família, não entanto, para que ditos vínculos múltiplos fossem reconhecidos no Direito das Obrigações e tratados como sociedade de fato, foi acrescentada mais uma qualificação: boa-fé, a significar a ignorância da duplicidade relacional.

Mas só isso não bastava, era necessário mais um adjetivo: putativo, a significar firme convicção da exclusividade da relação. Assim, alegando a mulher desconhecer a infidelidade do parceiro, o máximo que se passou a deferir foi a divisão do patrimônio amealhado, mediante a prova da participação na constituição dos lucros, tal qual uma sociedade comercial.

Agora vem o Código Civil, por meio do art. 1.727 chamar de concubinato o que a doutrina e a jurisprudência identificam pela expressão composta: concubinato adúltero putativo de boa-fé. Pela atual definição, concubinato são relações eventuais



entre pessoas impedidas de casar. Não são reconhecidas como união estável. Mas, na verdade, somente as chamadas relações adúlteras foram defenestradas.

Como é permitido o reconhecimento da união entre pessoas separadas de fato ou separadas judicialmente, e em ambas as hipóteses há o impedimento de casar, não se vê o alcance que a lei quis dar ao que chamou de concubinato. Pelo jeito houve tão-só uma tentativa de referendar a não inclusão de tais entidades espúrias no conceito de entidade familiar. Ademais, criar uma figura e nada dizer sobre ela revela postura meramente punitiva.

Se um do par deixa de cumprir o dever de fidelidade e mantém duplo vínculo familiar, afronta o consagrado sistema da monogamia. Logo, é injustificável que quem assim aja seja beneficiado. Ao vetar a lei possibilidade de reconhecimento, está suprimindo os efeitos patrimoniais do vínculo que, com ou sem respaldo social, existiu. Isso só beneficiará o parceiro adúltero, que não irá dividir o patrimônio amealhado com a colaboração mútua, o que é causa de enriquecimento ilícito.

Ainda que alijadas do Direito de Família, tais relações não foram alocadas em nenhum ramo do direito. No entanto, para impedir eventual enriquecimento sem causa, mister que permaneçam, no mínimo, no âmbito obrigacional, como sociedades de fato. Assim se estará, ao menos, vendo uma meia verdade, ainda que fazendo uma injustiça por inteiro.

Com relação aos direitos sucessórios, chama a atenção a deficiente técnica legislativa, ao referir o art. 1.790 a companheira ou companheiro. Despicienda a especificação do gênero, pois, o uso do substantivo companheiros no plural, indiscutivelmente diz tanto ao homem quanto à mulher. Em sede de direitos sucessórios na união estável é onde o Código Civil mais escancaradamente acabou violando o cânone maior da Constituição Federal que impôs o reinado da igualdade e guindou a união estável à mesma situação que o casamento.

O tratamento desigual dado ao cônjuge e ao parceiro não se justifica, em vista do reconhecimento da união estável como entidade familiar. O legislador afrontou a norma constitucional. O tratamento diferenciado inegavelmente desobedeceu o princípio da igualdade que tem assento constitucional, sede que consagrou a união estável como entidade familiar e a igualou ao matrimônio, sem distinções de ordem patrimonial.

Não prospera a justificativa do Deputado Ricardo Fiúza, relator do Projeto do Código Civil, para dar prevalência à relação matrimonial sobre o relacionamento estável. Afirma que a união estável é instituição-meio, enquanto o casamento seria instituição fim. Essa predileção não existe. Produziu a lei civil verdadeiro retrocesso aos direitos dos conviventes, direitos que já estavam consolidados na legislação infraconstitucional.

Descabido não deferir aos companheiros direitos iguais aos assegurados aos cônjuges. Ao depois, a restrição em sede de direito sucessório aos bens adquiridos na vigência da união estável não corresponde ao regime de bens da comunhão parcial, que é assegurado à união estável no art. 1.525. A promoção do cônjuge à condição de herdeiro necessário é uma novidade. Porém, indevido excluir da parceria estável a sucessão necessária, condição a que o cônjuge foi guindado pelo art. 1.845.

De todo descabida, por consequência, a disparidade de tratamento que resultou em severas sequelas, dando margens a gritantes injustiças. Quanto ao direito de concorrência o tratamento diferenciado também não se justifica. O art. 1.829 estabelece que o cônjuge concorre em iguais proporções com os descendentes, sejam filhos comuns ou filhos só do de cujus. Mas o inc. I do art. 1.790 aos companheiros somente concede o mesmo direito se concorrerem com os filhos comuns. Limita o inc. II do art. 1.790 a concorrência à metade do quinhão, se os herdeiros forem filhos só do autor da herança, distinção que não é feita quanto ao

vínculo matrimonial. Como não integra o companheiro a ordem de vocação hereditária, concorre com os herdeiros sucessíveis, ou seja os colaterais até o quarto grau. Nessa hipótese, percebe somente um terço da herança, ficando a maior parte (2/3) para sobrinhos netos ou primos do companheiro falecido. Tal não ocorre quando há casamento, pois o cônjuge antecede os colaterais na ordem de vocação hereditária (art. 1829, inc. III).

A disparidade prossegue no que diz com o direito real de habitação deferido somente ao cônjuge (art. 1.831). Também é subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, quota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente, se concorrer com os filhos comuns (art. 1.832).

Ambas as leis regulamentadoras da união estável deferem direitos outros, não contemplados no Código. A Lei nº 8.971/94 garantiu o direito de usufruto da metade ou da quarta parte da herança, a depender da existência de filhos do de cujus. Já a Lei nº 9.278/96 assegura o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Como o novel estatuto não revogou expressamente esses diplomas legais, e não disciplina exhaustivamente a matéria, pois não prevê o direito de habitação e o direito de usufruto, mister reconhecer que não estão derogados esses direitos deferidos na legislação pretérita. Outra não pode ser a conclusão em face do que dispõe os §§ 1º e 2º do art. 2º da LICC.

No entanto, há sério risco de a jurisprudência deixar de reconhecer a permanência de ditos direitos na união estável bem como afastar todo e qualquer tratamento desigualitário ente casamento e união estável. Seria uma severa limitação às relações extramatrimoniais, além uma injustificável afronta aos princípios constitucionais.

Devem as diferenciações ser afastadas do sistema jurídico. Mas, até que seja corrigido tal equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a inconstitucionalidade das

mesmas. Esta é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem a proteção do Estado

A união estável é a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se fossem casados, sob o mesmo teto constituindo sua família. Assim a união estável foi consagrada como entidades familiares merecedoras da proteção do Estado.

De acordo com o código civil brasileiro equiparou a união estável ao casamento, porém isso não acontece na prática, o casamento sempre tem força maior do que a união estável. Contudo essa discriminação não deveria acontecer, já que temos proteção jurídica acerca da união estável.

O art. 1.829 do Código Civil expressa que os herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária, dividem-se em herdeiros necessários e facultativos. Os necessários são os que podem ser afastados da sucessão, salvo em caso de deserção ou exclusão por indignidade. Já os herdeiros facultativos, são aqueles parentes que pertencem à ordem da vocação hereditária legítima, mas que receberão o legado se a vontade do autor da herança for diversa.

No que tange ao regime de bens na união estável, caso não seja estipulado nenhum contrato de convivência aplica-se as regras da comunhão parcial de bens, de acordo com o art. 1725 do código civil de 2002.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

No momento da ordem da sucessão, o companheiro se encontra numa situação confortável e justa, onde terá direito a totalidade do bens do companheiro. Sendo assim, ocorrendo à união estável, a companheira terá direito de participar da sucessão do falecido, nos termos do artigo 1790 do código civil, que assim expressa:

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.

Então, mostra-se que as uniões estáveis entre homens e mulheres conseguiram através do poder jurídico ser vista como entidades familiares, garantindo os direitos sucessórios para os companheiros.

A sucessão na união estável surge no momento em que um dos companheiros vem a falecer. Pois é necessário que o companheiro prove a convivência, prove que adquiriu bens enquanto convivia com o companheiro falecido, de modo que a lei obriga que a união estável tenha capacidade sucessória.

Vale ressaltar que a sucessão na união estável é uma situação delicada, tendo em vista que muitos casais que não querem oficializar um casamento, mantêm apenas uma convivência. Sendo certo que a sucessão na união estável é tratada de forma diversa do que é tratada no casamento, e não se sabe o porquê, visto que dos dois deveriam ser equiparados conforme a lei determina, principalmente porque os deveres da união estável e do casamento são os mesmos, tais sejam: I – fidelidade recíproca; II – Vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; V – sustento, guarda e educação dos filhos.

Em relação ao companheiro, a maioria dos doutrinadores conclui que eles podem ser excluídos da sucessão pela simples vontade do autor da herança. Maria Helena Diniz (2006, p.143) diz que o companheiro é facultativo.

O embasamento correspondente aos herdeiros necessários é o amparo da entidade familiar, por isso o cônjuge foi incluído no art. 1.845 do Código Civil.

Considerando que a união estável assemelha-se com o casamento, pois consiste numa entidade familiar, já que os companheiros têm conduta igual ao dos casados.

De acordo com a Constituição Federal no qual determina a proteção de toda entidade familiar. Portanto, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário.

De qualquer modo no direito sucessório dos companheiros, contrariando as expectativas, o Código Civil de 2002 representou retrocesso inegável e irregular com a dinâmica das relações sociais modernas que caracterizam as relações entre indivíduos independentes, autônomos e racionais. Não foi por acaso que Silvio Venosa (2005, p. 236) destacou que:

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para sociedade tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível o que as pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto.

Enfim, na ordem constitucional contemporânea, bem como no ordenamento civil às relações privadas no seio da sociedade civil, não é mais possível à interpretação de pessoas a partir de seu status marital, seja ele conjugal ou estável. Portanto nada é mais distante do que a realidade que a atual circunstância de diferenciação, para efeito sucessório, que assola o direito privado brasileiro que se refere à doutrina exposta com Código Civil.

Então não é lícito restringir as pessoas casadas aos direitos sucessórios, pois os casais que vivem em união estável também tem seu direito adquirido. A doutrina tem entendido a união estável como a união de homem e mulher solteiros, separados, divorciados ou viúvos. Para tanto, a união, como já demonstrado, deverá ser estável, ou seja, pública, continua e duradoura. Contudo esse direito, esse direito

mínimo não é estendido ao companheiro da mesma forma que é ao cônjuge de acordo com a doutrina civil brasileira.

Por fim, vale dizer que o Código Civil também enumera as pessoas que são ilegítimas para suceder. O art. 1.801 determina que a pessoa que, a rogo escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente não poderão ser nomeados herdeira ou legatárias. Tal proibição existe, pois, para o legislador tais pessoas poderiam abusar da confiança nelas depositadas, obtendo benefícios próprios.

## **9. UNIÕES HOMOAFETIVAS**

As uniões entre pessoas do mesmo sexo estão conquistando seu espaço através das decisões favoráveis sobre alguns conflitos decorrentes dessas uniões pelo Judiciário Brasileiro.

As uniões advindas de pessoas do mesmo sexo enfrentam preconceitos e discriminações, ainda existentes em nossa sociedade. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, albergando a liberdade da livre orientação sexual.

A realidade social aceitou as relações afetivas constituídas fora do casamento. Outra não foi a saída da moderna doutrina e da mais vanguardista jurisprudência senão buscar um novo conceito de família. Acabou por se definir família pela só presença de um vínculo afetivo. Mudaram os paradigmas da família. O casamento deixou de ser seu traço identificador.

Em relação a sexualidade de cada indivíduo, sexualidade esta que é um direito do primeiro grupo/geração, Maria Berenice Dias explica:

“Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito do indivíduo, um direito do indivíduo sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.”

Ainda em relação aos direitos da segunda geração, está inserido o direito à livre orientação sexual, porém tal direito decorre de uma classe social que necessita da proteção do Estado, em face de discriminação e preconceitos por parte da sociedade.

A entidade familiar não mais tem por finalidade precípua e exclusiva a função reprodutiva, quer pelo surgimento dos métodos contraceptivos, quer pela evolução da engenharia genética que permite a fecundação manipulada. Assim, imperativo incluir no Direito de Família, como espécie do gênero união estável, as relações homossexuais, chamadas de uniões homoafetivas, e que, tanto quanto as uniões heteroafetivas têm por razão de existir o afeto entre os conviventes.

A existência de regulamentação das uniões homossexuais no Brasil, ainda persiste, pois tal assunto confronta pensamentos conservadores, valores e costumes culturais existentes na sociedade. Mesmo com a falta de regulamentação.

Hoje a discriminação não é mais aceitável. Traduz puro preconceito de ordem sexual, banido expressamente pelo inciso IV do art. 3º da Constituição da República. Não se justifica a omissão do legislador, ao consolidar as normas de direito privado. Deixar à margem da lei os vínculos afetivos que não se definem pela diferença do sexo do par, embora haja convivência duradoura, pública e contínua, com objetivo de constituição de família, é uma postura discriminatória e inaceitável.



Mais uma vez, cabe ao Poder Judiciário, invocando o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, aplicar às uniões homoafetivas a legislação que regulamenta o casamento e a união estável. 1[1] Art. 1º da Lei nº 8.971/94: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos). 1[2] Art. 1º da Lei 9.278/96: É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir família. 1[3] Cabe referir que os arts. 1724 e 1790 falam em “companheiros.

## **CONCLUSÃO**

A família é o núcleo básico de qualquer sociedade. Ela representa o meio pelo qual o indivíduo desenvolve sua personalidade e busca a felicidade. Já se foi o tempo em que a família era limitada ao casamento e determinada por interesses puramente patrimoniais. Está-se diante da era do afeto, na qual se consagra o amor acima de qualquer estigma e preconceito, almejando a promoção da dignidade dos integrantes que compõe o núcleo familiar. Verifica-se, desse modo, o caráter instrumental da família contemporânea, visto que representa o meio pelo qual se promove a dignidade humana, permitindo que o indivíduo se realize e alcance a felicidade individual e coletiva.

Em consonância com essa realidade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu novas formas de constituição de família, além daquela formada pelo casamento, consagrando o princípio da pluralidade das entidades familiares. Diante desse princípio, deve-se legitimar todas as formas de família, não se limitando àquelas expressamente elencadas pelo texto constitucional. E é nesse contexto que se encontra o fundamento para o reconhecimento das famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, pois tendo por base o afeto, assim como as uniões heteroafetivas, tais relações merecem o amparo estatal devido.

A união homoafetiva é um fato incontestável em nossa sociedade. Relações entre pessoas do mesmo sexo sempre se fizeram presentes na história da humanidade, desde as civilizações antigas até a atualidade. Muitos foram os tratamentos que essas relações receberam ao longo de todos esses anos. Por vezes, foram consideradas um fato natural, representando importante função social, tal como em Roma e na Grécia. Já, em outras ocasiões, configuravam uma transgressão à ordem natural, devendo ser repreendidas, visto que afrontavam a família natural, consubstanciada no homem, na mulher e na sua prole. Ainda, foram encaradas como doença, como distúrbio mental, como fruto de determinismo hereditário. Constata-se, pois, que não se conhece as causas da homossexualidade. Todavia uma coisa é certa: não se trata de uma escolha livre, motivo pelo qual não se justifica o desrespeito, a discriminação e o preconceito por vezes dispensados aos homossexuais.

A sociedade encontra enormes dificuldades para aceitar as uniões homoafetivas como uma forma de entidade familiar, muito por conta da considerável influência, ainda, exercida pela religião. Todavia, o reconhecimento dessas uniões não pode ser uma questão de vontade da maioria, mas, sim, deve basear-se no justo, numa questão de Direito.

A Constituição Federal de 1988 em momento algum exclui da proteção jurídica as relações entre homossexuais, apenas regulamenta especificamente as formas de constituição de família que se apresentam mais comuns na sociedade. Não se pode interpretar a Magna Carta de forma isolada, tomando por base um artigo em exclusivo. A Constituição tem que ser lida de forma sistemática e teleológica (princípio da máxima efetividade), para se ter uma compreensão justa do ordenamento jurídico como um todo.

Desse modo, em que pese não haver uma norma específica que regule as uniões entre pessoas do mesmo sexo, isso não impede que, com base nos princípios constitucionais, tal como o da dignidade humana, da isonomia, da intimidade, da não discriminação, da liberdade, dentre muitos outros, bem como por meio da utilização da analogia, se reconheçam efeitos jurídicos às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Nesse diapasão, se nas uniões formadas por homossexuais estiverem presentes os requisitos que permitam a configuração da união estável heterossexual, tais como: afetividade, ostensibilidade e estabilidade, deve-se atribuir normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo existente entre pessoas do mesmo sexo, em decorrência do princípio constitucional da isonomia.

Como o objetivo da pesquisa é demonstrar a possibilidade de reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas, evidencia-se, no decorrer do trabalho, que não há qualquer óbice, além de fundamentos baseados no preconceito, ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Para responder o problema de pesquisa proposto restou fundamental a análise da evolução histórica e normativa da família, para uma melhor compreensão da base do núcleo familiar contemporâneo, bem como a verificação da trajetória da homossexualidade, o seu surgimento e evolução, as diferentes concepções acerca das relações homossexuais e o seu desenvolvimento no território nacional. Analisou-se, ademais, a união estável constitucionalmente prevista, no que concerne à sua evolução histórica e aos elementos que a caracterizam, bem como os obstáculos e os alicerces para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

Nota-se, pois que todos os objetivos foram alcançados, permitindo-se verificar que é por meio dos princípios constitucionais, dos costumes e do emprego da analogia, que se torna possível o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Isso se constata por meio de uma interpretação unitária da Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, não obstante ainda haver muita discriminação contra os homossexuais, fruto de preconceitos injustificados, essa realidade, felizmente, aos poucos vem se alterando, visto que, a exemplo das decisões pioneiras de muitos tribunais, especialmente o gaúcho, começou-se a se conferir certo amparo jurídico aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo. É neste contexto que o Supremo Tribunal Federal, conclamado a suprir a omissão do legislador, se manifestou acerca da constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas, determinando que o artigo 1.723 do Código Civil seja interpretado conforme a Constituição, no sentido de lhe retirar qualquer significado que impeça o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis constituídas entr

e pessoas do mesmo sexo. Tal julgado representa um grande passo na luta contra o preconceito e a discriminação por orientação sexual, visto que impôs vigência à Constituição Federal, Carta esta que assegura o respeito à dignidade humana, sob a égide dos princípios da igualdade e da liberdade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5 ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao código civil: parte especial: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.19.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2 ed. rev. atual. e ampliada por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

**BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: RJ, 1824.**

\_\_\_\_\_. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: RJ, Congresso Nacional Constituinte, 1891.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: RJ, Assembléia Nacional Constituinte, 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: RJ, 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: RJ, 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, 1967. \_\_\_\_\_ . Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 114

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

\_\_\_\_\_. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História & consciência do mundo, 2: da Idade Moderna ao mundo atual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. revista, atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva: 2009, v. 5.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 11 ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

FACHIN, Luiz Edson. **Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000. v. LXXVI.

\_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 115

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FUGIE, Érika Harumi. **A união homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, (mar./maio 2002). n. 15.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: RT, 2. ed., 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Arqueologia das famílias: da ginecocracia aos arranjos plurais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte:IBDFAM, (ago./set. 2010). v. 17.

\_\_\_\_\_. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. GOMES, Orlando. **Direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2. ed. atual. de acordo com a Lei n. 11.698/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **Olhar, ver, reparar: uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (fev./mar. 2010). v. 14.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial (ou "ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição")**. Disponível em: Acesso em: 04 maio 2015.



MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO, Beatrice Marinho. **Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, (out./nov. 2009). v. 12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Concubinato e união estável**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.