

**FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
DIREITO**

MARINA CASTRO LUGÃO

A DIFERENÇA DA SUCESSÃO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

**Três Pontas
2016**

MARINA CASTRO LUGÃO

A DIFERENÇA DA SUCESSÃO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof.Me.Paulo Henrique Reis de Mattos.

**Três Pontas
2016**

MARINA CASTRO LUGÃO

A DIFERENÇA DA SUCESSÃO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Me. Paulo Henrique Reis de Mattos

Prof.

Prof.

OBS.:

Dedico o presente trabalho primordialmente a Deus, por ter concedido a mim tantas oportunidades e forças para concluir a graduação.

Aos meus familiares e amigos, especialmente a minha mãe Liliane e ao meu pai Ricardo, que sempre me concederam todo o suporte e apoio para concluir esta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois, sem ele eu não teria forças para essa longa jornada.

Agradeço a minha mãe, Liliane, pessoa na qual me espelho e que sempre me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Ao meu pai, Ricardo, que acreditou em mim e me ofereceu apoio;

Aos professores do curso de Direito da FATEPS pela excelente formação intelectual.

“A força do direito deve superar o direito da
força.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a exposição sobre o direito sucessório decorrente do casamento e da união estável, a fim de expor as diferenças existentes entre eles, e a possível inconstitucionalidade que paira sobre tais normas. Para tanto, percorrer-se-á os conceitos dos institutos, sua história e peculiaridades, além das normas sucessórias vigentes. Posteriormente, serão explanadas as diferentes opiniões dos doutrinadores sobre a questão, elucidandoos principais pontos que norteiam a problemática em questão. Tenta-se, assim, demonstrar a inconstitucionalidade de tais diferenças haja vista que a própria carta magna reconhece o dever o Estado em proteger as entidades familiares, sem, contudo, permitir qualquer diferenciação desmedida.

Palavras chaves: casamento, união estável, sucessão hereditária, inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This work aims exposure on succession rights arising from marriage and stable union in order to expose the differences between them, and the possible unconstitutionality hovering over such rules. To do so, it will run through the concepts of institutions, its history and peculiarities, beyond the current succession rules. Subsequently, they are covered the different opinions of scholars on the issue, elucidating the main points that guide the issue in question. It tries to thus demonstrate the unconstitutionality of such differences given that the very Magna Charta recognizes the duty the State to protect the family entities, without however allowing any excessive differentiation.

Key words: marriage, stable, hereditary succession, unconstitutional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 ENTIDADE FAMILIAR.....	10
2.1 Conceito e evolução histórica.....	10
2.2 Casamento.....	15
2.2.1 Conceito e evolução histórica.....	15
2.3 União Estável.....	19
2.3.1 Conceito e evolução histórica.....	19
3 SUCESSÃO HEREDITÁRIA.....	23
3.1 Do direito à Sucessão na Constituição Federal de 1988.....	23
3.1.1 Ordem de Vocação Hereditária.....	26
3.1.2 Concorrência.....	28
3.2 Sucessão Hereditária em Razão do Casamento.....	29
3.3 Sucessão Hereditária em Razão da União Estável.....	36
4 COMPARAÇÃO DA SUCESSÃO ORIUNDA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL.....	43
5 CRÍTICAS À HIERARQUIA AXIOLÓGICA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES.....	48
5.1 A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.....	50
5.2 Normas a serem aplicadas as sucessões dos companheiros.....	61
6 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Procura-se no transcorrer do presente trabalho elucidar as incongruências que circundam as normas legislativas vigentes sobre os direitos sucessórios destinados às entidades familiares.

Analisando sistematicamente o sistema normativo é possível observar as desigualdades de tratamento existentes nas regras aplicáveis à sucessão do cônjuge e do companheiro, fazendo com que surgissem ideias sobre a inconstitucionalidade, do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Tal constatação se deu pelo fato de que a Constituição Federal de 1988, a fim de quebrar a matrimonialização que pairava sobre as entidades familiares, em seu artigo 226, determinou que o Estado deve proteger as entidades familiares existentes, sem qualquer diferenciação frente a sua formação, reconhecendo como exponenciais de sua formação, as famílias formadas em virtude do casamento, da união estável ou entre um dos pais e seus descendentes.

Referido instrumento normativo não determinou qualquer hierarquização entre elas, pelo contrário, determinou que todas as entidades familiares seriam merecedoras da devida proteção do Estado. Ocorre que independentemente de tal fato, o atual acervo legislativo criou diferentes formas de tratamento para as instituições em comento principalmente no que tange ao direito sucessório a elas destinadas.

Assim, para melhor compreensão do que se alega se faz necessário analisar os preceitos que antecederam os dispositivos legais, outrora mencionados, razão pela qual no transcorrer do presente trabalho elaborar-se-á uma breve explanação sobre o tratamento do direito sucessório do cônjuge e do companheiro elencado no Código Civil de 1916 e as inovações normativas que antecederam o advento do Novo Código Civil, bem como os preceitos que se encontram vigentes.

Ao final poderá se elucidar um comparativo entre os direitos sucessórios delegados a estes institutos, evidenciando-se assim a inconstitucionalidade que circunda o preceito normativo em comento.

2 ENTIDADE FAMILIAR

2.1 Conceito e evolução histórica

Analisando todo o contexto que circunda a espécie humana, pode-se perceber, sem sombras de dúvidas, que o vínculo afetivo é uma prerrogativa desta. A vida em sociedade, os vínculos sexuais, sempre existiram, seja em virtude do instinto de preservar a espécie, ou em razão da abominação que as pessoas possuem de viver de forma isolada.

Neste contexto são facilmente observáveis pensamentos que consideram natural a ideia de felicidade somente encontrada a dois, vez que para este referido patamar de sentimento, não poderia ser alcançado de forma isolada. (DIAS, 2011a, p.27)

Corroborando com o entendimento acima transcrito tem-se o pensamento de Giselda Hironaka:

[...] não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto familiar. (HIRONAKA, 2000, *apud*, DIAS, 2011a, p.27).

Assim, depreende-se do exposto que a vida em sociedade é um fato natural que circunda os indivíduos, todavia, estes encontraram na família o instituto hábil para formalizarem suas relações, tornando-se, esta, o núcleo básico e essencial da vida em sociedade. (FARIAS; ROSENVOLD; 2015, p. 20)

Frente à importância que a família angariou no meio social o Estado não pode manter-se inerte no que tange a elaboração de mecanismos legais para a sua proteção, razão pela qual este configurou direitos e obrigações para regerem esta relação jurídica.

Ocorre que, para a efetivação e eficiência desta proteção, imperioso se fez conceituar o instituto em comento, o que agora se pretende fazer, de maneira breve, a fim de que todo o contexto seja observado, proporcionando assim, maior compreensão do tema proposto.

Ao observar a conjuntura histórica que circunda a conceituação do instituto em comento, observa-se que tal tarefa culminou em ferrenhos debates antagônicos até que um consenso fosse alcançado, fazendo com que surgissem, ao longo dos tempos, inúmeras definições, que à cada época, refletiam diretamente nos instrumentos legais criados pelo Estado com a intenção de concretizar o amparo legal que tal instituto requeria, entendimento este comungado por Silvio de Salvo Venosa (2009, p.3).

Seguindo nesta vertente, tem-se o pensamento do doutrinador supramencionado no que tange ao fato de que a definição do conceito de família, por algumas sociedades, difere daquele protegido pela legislação, frente suas mutações, senão veja-se:

[...] sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante daquela regulamentada pelo Código de 1916 e das civilizações do passado. (VENOSA, 2009, p. 03)

Depreende-se do exposto, em que pese à importância do instituto em comento para a sociedade, sua definição passou por inúmeras transformações refletindo, por conseguinte, diretamente do arsenal legislativo criado para sua proteção. Dito isto, para melhor compreensão do presente, no que diz respeito ao instituto em pauta, tanto em relação a sua definição, quanto sobre os meios legislativos que o envolve, necessário se faz travar algumas ponderações sobre as entidades familiares do passado, a fim de evidenciar as principais mudanças que estas vieram sofrendo ao longo dos tempos até alcançarem a definição contemporânea.

Ponderando pelo que se propôs acima, ao analisar todo o contexto da relação que se pauta, tem-se um longo arcabouço histórico sobre o tema, que demanda maior estudo, todavia, este não se faz necessário no presente trabalho, pois o foco deste pára sobre os sistemas legislativos depreendidos para as formas de representação da família.

Pautado nesse ideal, cumpre apenas registrar, de forma simples, que no estado primitivo, as famílias existentes formaram-se com base no instinto sexual e não possuíam os padrões organizacionais atuais, formavam-se, provavelmente, com base no instinto, pouco importando os laços afetivos (MALUF; MALUF, 2013).

Assim, tinham-se civilizações embasadas na endogamia, em que as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo, vez que intuito precípua, conforme já mencionado, operava-se na necessidade de proliferações dos indivíduos para manutenção da existência física destes grupos (VENOSA, 2009, p.03).

Por oportuno, cabe registrar que, pelo exposto, é possível deduzir que a proteção que se dava à família, até o presente momento narrado, abrangia a aceitação das inúmeras formas de convivência adotadas pelas partes a fim de manter a fortificação das tribos, aceitando por consequência a poligamia e a formação de famílias não puras.

Posteriormente, em virtude das guerras, da carência de mulheres e provavelmente até mesmo em razão de uma inclinação natural, o homem passou a buscar relações com mulheres

de outras tribos, sendo narrado tal fato pelos historiadores, como umas das primeiras manifestações contra o incesto social, exogamia, passando, assim, o homem a marchar para relações individuais, nascendo o sentido de monogamia (VENOSA, 2009, p.03).

Tem-se na monogamia a base para o impulso social em benefício da prole, do poder paterno, convertendo-se, assim, essa nova estrutura familiar em um fator econômico de produção, vez que se restringiam praticamente no interior dos lares, formando as pequenas oficinas (VENOSA, 2009, p.03). Neste sentido mais uma vez a legislação que vigorava em torno deste instituto teve de se adaptar às mudanças sofridas a fim de possibilitar sua devida proteção.

Ademais, diante dessa nova realidade que circunda a família, imperioso se faz mencionar que a monogamia foi tida como o novo enfoque das relações travadas, fato este defendido e sustentado pela Igreja, o que desencadeará importante papel na configuração e definição das famílias no futuro. Necessário se faz ainda, ponderar que a família deste período formava-se com vistas de estruturação do patrimônio, para posterior transmissão aos herdeiros.

A estrutura familiar supramencionada somente enfraqueceu nos tempos da Revolução Industrial, pois estas perderam suas características de unidade de produção, passando, neste momento, a serem protegidos pelos olhos da Igreja, desenvolvendo assim, valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre os membros. (BOSSET-ZANNONI, 1996:5, *apud*, VENOSA, 2009, p.03).

Ponderando o estudo histórico da evolução da entidade familiar acima exarado, tem-se que esta, surgiu com a finalidade precípua de procriação, todavia, depois passou a ter um viés mais voltado para a religião.

Do breve exposto, é possível perceber que a entidade familiar veio sofrendo grandes alterações durante o decorrer dos séculos, ocasionado, por conseguinte, modificações nas legislações que as protegia, vez que estas necessitavam se adaptar aos novos fatores preponderantes.

Afirmar-se, ainda, que num passado não tão distante esta passou a ser a célula básica da Igreja, representando uma miniatura desta, com sua hierarquia e seu local destinado ao culto (TEIXEIRA, 1993, p.16 *apud*, VENOSA, 2014, p. 05), sendo encontrada, nestes termos, em razão do casamento.

O casamento durante muito tempo foi a forma aceita pela Igreja, e por consequência pela sociedade, como a vertente coesa de exemplificação da família, assim, durante muito

tempo, as outras formas de manifestação deste instituto acabaram sendo deliberadamente marginalizados.

Todavia, é inegável que a multiplicidade e variedade de fatores, que circundam as relações interpessoais, não permitem fixar um modelo único e uniforme de família, razão pela qual se fez necessário compreendê-la de acordo com os movimentos que constituíram as relações sociais ao longo dos tempos. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.5).

Sobre o tema discorre os doutrinadores supramencionados:

Nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais independentemente de línguas ou territórios. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.6)

Em razão do exposto tanto a sociedade quanto o Estado tiveram de se adaptar a nova realidade fática que circundou a vida dos cidadãos, situação esta também vivenciada no direito brasileiro, pois, a partir da metade do século XX, gradativamente mudanças legislativas foram sendo sentidas até que em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, ora vigente, houve uma ampliação legislativa no sentido do que vem a ser, o conceito de família (VENOSA, 2009, p.15), separando-se, por conseguinte, dos ditames que guiavam as legislações passadas que seguiam os ideais da Igreja referentes ao conceito de família.

Por oportuno, imperioso se faz registrar, de um ponto de vista substancial, que é considerado o marco inicial, na legislação brasileira, sobre as medidas protetivas dispensadas a família, as previsões da Constituição de 1934, baseadas em um modelo único de família, qual seja, o casamento indissolúvel, e que posteriormente, considerando as evoluções sociais frente a necessidades individuais, ter-se-á legislações pautadas nas pluralidades de entidades familiares (CANOTILHO, 2014, p. 2115).

Seguindo nesse viés sobre as legislações e regulamentações do direito de família dentro da realidade brasileira, cumpre registrar que estas foram deixadas a mercê das Ordenações do Reino durante quase 300 (trezentos) anos e que por força da lei de 1823, seguida da Independência, foram mantidas em vigor até o advento do Código Civil de 1916 (CANOTILHO, 2014, p. 2115).

Tem-se que até o início do século XX as relações familiares eram tidas como de interesse exclusivamente particular, cujo pai de família, autoridade máxima dentro dessas

relações, não podia ser contestado por quem quer que fosse, razão pela qual os entes Públicos não tinham forças ou motivos para intervirem nessas relações (CANOTILHO, 2014, p. 2115).

O casamento tomou forças nessa época, tendo a Igreja como seu maior defensor, todavia, conforme já mencionado, a realidade fática em que viviam os cidadãos fizeram com que estes desenvolvessem novas formas de convivência familiar a margem daquela elucidada e protegida pelo Estado e pela Igreja até então.

Assim, em oposição ao modelo tradicional seguido por muito tempo, a Constituição de 1988, totalmente ciente das necessidades vivenciadas pela população, adotou um modelo democrático de família, em que não há discriminação entre as formas de constituição da entidade familiar (CANOTILHO, 2014, p. 2117).

Com o intuito de comprovar o que se estabelece nas linhas anteriores, segue artigo da Constituição Federal que introduziu esses novos entendimentos ao mundo jurídico, senão veja-se:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Tem-se da leitura sistemática do dispositivo legal acima transcrito que a Constituição Federal de 1988 consagra a efetiva proteção da família, concedendo a esta à especial proteção do Estado, para tanto considera esse instituto como sendo aquele formado em virtude do casamento, da união estável entre o homem e a mulher e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A sociedade há muito tempo clamava pelo reconhecimento da célula familiar desvinculada da existência do matrimônio, sendo que a Carta Magna em questão albergou em

seu manto a necessidade que a muito pairava sobre os cidadãos, neste contexto Francisco José Ferreira Muniz assevera:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexó família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidade distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). O do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família. (Francisco José Ferreira Muniz, in: Texeira, 1993:77, *apud*, Venosa, 2009, p.15)

Pelo exposto, pode-se concluir que o texto constitucional em questão, consagrou, dentro do sistema normativo brasileiro, a primeira e verdadeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, trazendo à baila vertentes familiares outrora marginalizadas (MADALENO, 2013), consagrando assim, os preceitos constitucionais fundamentais para essas relações.

Todavia, em que pese toda esta reestruturação legislativa, ainda é facilmente observáveis certas discrepâncias de tratamento dentro das relações familiares acobertadas pela Constituição Federal vigente, principalmente no que toca o direito sucessório desprendido para o casamento frente aquele da união estável, sendo este o foco do presente trabalho.

Ocorre, neste sentido, que para melhor compreensão do tema em questão, imperioso se faz traçar algumas ponderações sobre esses institutos a fim de que suas particularidades e semelhanças sejam efetivamente demonstradas para que ao final se tenha o entendimento necessário para o estudo das desigualdades normativas existentes.

2.2 Casamento

2.2.1 Conceito e Evolução Histórica

Antes de traçar o conceito do que vem o ser o casamento é importante ter em mente o cortejo histórico que circunda este instituto para que assim se possa obter um entendimento amplo sobre o tema.

Neste sentido, vale mencionar que conforme visto no tópico dedicado à noção do instituto da família, ponderou-se que as relações humanas são uma constante entre os povos, sendo que a priori eram constituídas para proliferação da espécie, pouco importando a sua

efetiva estrutura não pressupondo assim uma ritualização, uma formalidade social ou religiosa.

As relações foram evoluindo e por consequência o casamento tomou força como entidade familiar devidamente reconhecida pelo Estado, vários exponenciais sobre o tema podem ser observados ao longo dos tempos, todavia, seu estudo completo seria exaustivo e irrelevante para o presente trabalho.

Assim, em que pese à importância destas constituições, para o presente interessa depreender maior atenção ao contexto histórico que circunda o casamento dentro das vertentes oriundas do Direito Romano.

Em Roma, o casamento era destinado aos homens livres, consistindo em um ato privado, que, todavia, produzia efeitos jurídicos. No que diz respeito aos efeitos do casamento romano, vale transcrever a lição de Camilo de Lelis Colani Barbosa:

Os efeitos do casamento romano estavam vinculados, seguramente, aos aspectos materiais do dote, ao nascimento de filhos livres e cidadãos legitimados à sucessão e, naturalmente, ao sentimento de cumprimento de dever, expresso pelos historiadores como normas morais [...] (Barbosa, *apud*, Gagliano, 2014, p.128)

Têm-se ainda, sobre o tema os ensinamentos de Brigitte Goudemet que sustenta o fato de que o casamento, desde os primórdios dentro das civilizações romanas, era considerado um negócio, um acordo celebrado entre duas famílias (GOUDEMET, *apud*, MALUF; MALUF, 2013, p.92).

Em que pese às conotações acima exaradas, não se pode desvincular o contexto religioso que circunda a história do casamento, pois a união permitia, em especial, a propagação e a continuidade do culto nas famílias constituídas pelos nubentes, corroborando com o entendimento segue as observações de Silvio Venosa:

Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, como parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar. (Venosa, 2013, p.19, *apud*, Gagliano, 2014, p.129)

Considerando o exposto nas linhas acima, bem como o fato de que no cortejo histórico da sociedade, Estado e Igreja acabaram-se por confundir, razão pela qual era possível observar normas legais com cunho eminentemente religioso, principalmente no que diz respeito às relações familiares, mais precisamente sobre o casamento, vez que este era visto como um fundamento da sociedade.

Sobre o tema leciona Pablo Stolze:

Tomando o casamento como um sacramento, respaldava-se a visão de sua indissolubilidade para a Igreja, o que influenciou, durante muitos séculos, a normatização jurídica paralela ao Sistema Canônico. O advento do Cristianismo, portanto, sacralizando o casamento, alterou a própria concepção de família, que deixava de ser, na forma do Direito Romano, simplesmente o núcleo de pessoas submetido à autoridade de um mesmo pater familias, para identificar aqueles que estavam unidos pelo sagrado matrimônio religioso. Assim, tudo aquilo que fosse estranho a essa forma de origem da família deveria ser combatido pela Igreja, o que gerou a marginalização das uniões livres, bem como a preocupação cada vez maior com a ritualização da celebração, valendo destacar, no particular, o Concílio de Trento (realizado a partir de 1545, como um instrumento da Contrarreforma, em função do advento do Protestantismo), que emitiu numerosos decretos (especificando as doutrinas católicas quanto à salvação, aos sacramentos e ao cânone bíblico), inclusive unificando o ritual da missa de rito romano e abolindo variações locais. Se o Direito Canônico influenciou fortemente a disciplina jurídica do casamento, não se pode negar que o reconhecimento de outras modalidades de manifestação religiosa (em especial, a Reforma Protestante), bem como o movimento crescente de laicização do Estado (em que a Revolução Francesa é um símbolo de rompimento da estrutura tradicional, submetendo-a a um regime liberal e igualitário), terminou por gerar transformação na concepção social do casamento. (Gagliano, 2014, p.129)

A sociedade foi evoluindo, transformações foram sendo percebidas, novos valores incorporados, o que afetou, por consequência lógica, diretamente nesse modelo único institucionalizado do casamento supramencionado, que passou a ser questionado.

Neste contexto, tem-se que paralelamente ao casamento religioso, nasceu um casamento estritamente civil, destinado a todos os cidadãos, independentemente de credo, consistente em um especial negócio jurídico (GAGLIANO, 2014, p.131), o que, de certa forma, marcou o início da separação dos valores religiosos do instituto do casamento.

Depreende-se do exposto que o casamento é uma instituição histórica, que traz em seu bojo a marca da tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregam, como por exemplo, fatores culturais, sociais, religiosos, biológicos e jurídicos. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 141)

O casamento teve seu viés disciplinado pela religião, passando, posteriormente, a ser encarado como um instituto meramente jurídico, de natureza civil. Cada época trouxe para ele

características distintas, frente às necessidades das sociedades. Pode-se dizer assim, que este não possui de certa forma, características estanques, mas pelo contrário, se adequa a cada situação.

Considerando as explanações acima, que evidenciaram brevemente as circunstâncias históricas do casamento, pode-se agora travar breves ponderações sobre seu conceito. Nesta esteira é possível observar a criação de várias correntes doutrinárias sobre o tema na tentativa de definir o que vem a ser o casamento, assim, destaca-se dentre elas a corrente institucionalista, a contratualista e a mista ou eclética.

Para a teoria institucionalista, o casamento é uma instituição com forte carga moral e religiosa. Já nos termos da segunda corrente, o casamento seria um contrato de natureza especial e com regras próprias de formação, onde duas pessoas de sexos diferentes que pretendem constituir uma família se unem para uma plena comunhão de vida nos termos do Código Vigente. Em que pese a teoria mista ou eclética temos o casamento como sendo uma instituição quando conteúdo e um contrato especial quanto à formação (TARTUCE, 2011, p.997).

Ressalta-se neste contexto que Pontes de Miranda via o casamento nos termos da segunda corrente mencionada, ou seja, como sendo um contrato de Direito de Família a regular a união entre marido e mulher, no entanto a maioria da doutrina converge para a natureza híbrida do matrimônio, considerando-o um contrato especial quanto a sua formação e uma instituição quanto ao seu conteúdo, assim pondera Caio Mário da Silva:

Converge boa parte da doutrina brasileira para a natureza jurídica híbrida do matrimônio, considerando um contrato especial, 'dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeito puramente econômicos, ou um contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por eles criadas. (SILVIO, Caio Mário, *apud*, MADALENO, 2013, p. 104)

Nestes termos, pode-se perceber que o casamento é tido como um negócio jurídico especial oriundo de um contrato de vontades assinados pelos nubentes, que gerará a estes uma série de direitos e obrigações a serem seguidos nos moldes da lei.

É um mecanismo para a constituição de uma família, com diversos objetivos e perspectivas personalíssimas (FARIAS; ROSENVALD; 2015, p.146), que em razão da sua relevância social, necessitou da devida proteção estatal a fim de preservar os direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram dentro desta relação.

Dito isto, passe-se agora a análise do outro instituto familiar em voga, qual seja, o oriundo da União Estável, a fim de que sejam traçadas suas principais características, para que

posteriormente se possa adentrar nas especificidades da problemática enfrentada no presente trabalho, qual seja, o direito sucessório dispensado a estes institutos.

2.3 União estável

2.3.1 Conceito e Evolução Históricas

Apesar do incontestável repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram, assim registra-se que a união do homem e da mulher sem o vínculo jurídico do matrimônio remonta aos primórdios da civilização, sendo inquestionavelmente anterior a esta última, haja vista que em razão da natureza humana social a família surgiu como um fato natural. (MADALENO, 2013, p.1064)

Concludente é o fato de que a família formada em razão do vínculo matrimonial historicamente angariou prestígio social e legislativo, todavia, o mesmo não pode ser dito em relação às uniões livres que por muito tempo ficou a margem da sociedade, sendo deliberadamente repudiada socialmente.

Corroborando com o entendimento supramencionado, registra-se que os Romanos tinham a união estável como uma forma de relação inferior ao casamento, haja vista que esta ocorria entre pessoas impedidas de se relacionarem, quais sejam, os patrícios os plebeus.

Seguindo na mesma linha os franceses, guiados pelos ditames do Código de Napoleão e pelos ideais canônicos entenderam por bem ignorar deliberadamente este tipo de relacionamento, os expurgando do seu seio social (MADALENO, 2013, p.1064).

Enveredado nos ideais citados Madaleno (2013) colaciona os dizeres de Adahyl Lourenço Dias, senão veja-se:

[...] o concubinato foi proibido no Oriente, onde praticamente foi extinto, enquanto no Ocidente era admitido e tolerado pela Igreja, e diversos Papas, como Leão III e Alexandre VI, depois bispos, padres e leigos eram acusados de manterem concubinas. (DIAS, Adahyl Lourenço, 1975, p. 29, *apud*, MADALENO, Ralf, 2013, p.1065)

Em verdade, pode-se dizer que os preceitos normativos e religiosos seguidos pelos povos supramencionados e compartilhados pela maioria das civilizações, não condiziam com a realidade vivenciada pela população, o que, por conseguinte, gerava incontestáveis situações de injustiças para aqueles que não seguiam os moldes estabelecidos pelos Estados.

As uniões livres eram uma constante nas civilizações vez que em certos momentos históricos não se permitia a dissolução jurídica do casamento, restando a estes a convivência

apenas por meio destas uniões até então marginalizadas pela sociedade, bem como pelo Estado.

Colaciona-se que no direito brasileiro a situação em comento não foi diferente, vez que o Código Civil Brasileiro de 1916 refletiu o pensamento da Igreja Católica, rechaçando o instituto da união estável, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio. (DIAS, 2011a, p.167)

Em que pese os fatos narrados, o Código Civil de 1916, além de repudiar o instituto em comento, entendeu por bem ainda, puni-lo, haja vista que vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento.

Registra-se a relação familiar travada pelas pessoas que optavam por viver as solenidades do casamento, apenas vivendo junto e compartilhando seus interesses como marido e mulher, eram denominados de “concubinatos” que nada mais eram do que a vida em comum com aparência de casamento, sem a devida proteção do estado.

Não havia proteção legal alguma para este instituto, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência, tiveram de se posicionar na tentativa de evitar aberrantes injustiças, assim, tem-se relatos de que os primeiros julgados, que impulsionaram essa dogmática protetiva, são da década de 60, e possuíam um viés eminentemente patrimonialista. (DIAS, 2011a, p.167)

Nota-se do exposto um certo avanço no sentido de conferir um mínimo de proteção a este instituto, sendo que posteriormente foram surgindo mais posicionamentos nesse sentido, criando-se assim, respaldo previdenciário e sucessório para aqueles que viviam em união estável.

Segundo Gagliano (2014) essa fase seria marcada por um sentimento mais de tolerância do que de aceitação dessa forma de relação familiar, o que somente começou, efetivamente, a ocorrer, quando a tutela espraiou-se do campo previdenciário para chegar à disciplina civil *stricto sensu*.

Ocorre que com a evolução dos costumes, as uniões extramatrimoniais acabaram recebendo a aceitação da sociedade e por consequência lógica o Estado não pode mais manter-se a par da situação fática que circundava tais relações.

Assim sendo, levando em consideração a realidade legislativa brasileira, tem-se na Constituição Federal de 1988 um divisor de águas entre os pensamentos conservadores que rejeitavam a união livre como modalidade de família e sua legítima aceitação.

Em virtude do diploma legal mencionado, o concubinato, agora conhecido como união estável, foi equiparado à entidade familiar merecedora da devida proteção do estado, razão pela qual não poderia mais ser deixada a margem do sistema legislativo, sendo necessária a

criação de mecanismos para a sua real proteção, o que se deu com a publicação do Código Civil de 2002.

Corroborando sobre o tema segue o entendimento de Maria Berenice Dias:

A constituição acabou por reconhecer juridicamente ao afeto ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar. (DIAS, 2011a, p.169)

Nesta esteira, a fim de abrilhantar a discussão em comento, segue as diretrizes dogmáticas de Pablo Stolze Gagliano sobre a terminologia empregada a tal relação familiar:

Confessamos que nunca nos agradou muito a expressão “entidade familiar”. Em verdade, bastava dizer que a união estável seria reconhecida como forma de família, dispensando-se o acréscimo desnecessário da palavra entidade. Por outro lado, como se viu, longa trajetória teve de ser percorrida para se reconhecer a União Estável como uma família. E até mesmo a designação dessa forma de relacionar-se afetivamente passou por modificações: concubinato, união livre, união de fato, união consensual, união estável... Várias expressões popularizadas em diferentes fases, algumas delas impregnadas de uma carga discriminatória ou excludente que é difícil esconder. Os sujeitos dessa relação jurídica também passaram, historicamente, por diferentes designações. Quando a expressão consagrada para designar o instituto, em todas as suas modalidades, era concubinato, denominavam-se os integrantes da relação, sem pudores, de amásios ou concubinos. Superado esse primeiro momento, passaram os sujeitos dessa relação a serem chamados, especificamente, de companheiros ou conviventes, reservando-se a expressão concubinato para uma outra modalidade de relação, de que trataremos posteriormente. Hoje, porém, como se depreende de uma simples leitura do já transcrito art. 226 da Constituição Federal, a expressão consagrada é união estável. Tecnicamente, porém, não é mais aceitável considerar a sinonímia (e, a partir deste momento, será evitada a sua utilização neste capítulo, já que superada a análise histórica) com a expressão “concubinato”, pois esta, na forma do art. 1.727, CC-02, constitui uma modalidade específica para designar relações não eventuais, entre homem e mulher, impedidos de casar. A união estável, nesse diapasão, traduz uma constitucional forma de família, motivo pelo qual nem sequer recomendamos as expressões, consagradas pelo uso, de “concubinato puro” (como sinônimo de união estável) e “concubinato impuro” (para significar a relação paralela ao casamento ou mesmo à união estável), pela evidente confusão terminológica. (GAGLIANO, 2014, p.470)

Em que pese a breve explanação que circunda o contexto histórico da união estável, registra-se que esta pode ser definida como entidade familiar formada pela união entre o homem e a mulher, configurada pela convivência pública e notória, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família (TARTUCE, 2011, p.1090).

Ao deter-se maior análise aos conceitos empregados para a configuração da união estável, tem-se que as expressões: pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família, são abertas e genéricas, razão pela qual, cada caso demandará análise específica, ante a cláusula geral de constituição da união estável.

Conclui-se, pois, que a união estável, ao logo dos anos, deixou de ser vista como um instituto à margem da sociedade, merecendo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 a devida proteção do Estado; todavia, em que pese a determinação em comento, este não foi necessário para sufragar mudanças efetivas a fim de que se erradicasse qualquer discriminação a este instituto.

Analisando as normas infraconstitucionais é possível, ainda, observar gritante desequilíbrio entre a forma de tratamento despendido para as relações provenientes do casamento frente aquelas oriundas da união estável, principalmente no que tange ao direito sucessório reservados a estes institutos.

Para melhor compreensão do que se afirmar nas linhas acima traçadas, imperioso se faz, neste momento, elucidar algumas ponderações sobre o instituto do direito sucessório, adentrando nas especificidades que circundam o casamento e a união estável, para que em tópico próprio, possa-se produzir um paralelo entre eles.

3 DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

3.1 Do direito à Sucessão Hereditária na Constituição Federal de 1988

Terminologicamente, suceder significa substituir, ou seja, tomar o lugar do outro dentro de uma determinada situação, assim, registra-se que dentro do âmbito jurídico o significado acima transcrito se mantém, sendo definido como a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos (DIAS, 2011b, p.30).

É possível observar, dentro da realidade jurídica brasileira, duas modalidades de sucessão quais sejam, a causa mortis e entre vivos, ocorre que para o presente trabalho, somente a primeira sucessão se faz pertinente, vez que se configura com a ocorrência do falecimento de um sujeito e a consequente partilha do seu patrimônio aos seus herdeiros, que poderão ser dentre outros, os cônjuges ou os companheiros.

Quando ocorre a morte, não só o patrimônio, como também os direitos e obrigações do falecido serão transferidos para outrem, sendo o fenômeno em comento, devidamente regulado pelo direito das sucessões (DIAS, 2011b, p.31).

Corroborando para a compreensão do tema, mais precisamente no que tange o significado de direito das sucessões, segue os ensinamentos do doutrinador Carlos Maximiliano:

No sentido objetivo é o conjunto de normas que regula a transmissão de bens em consequência da morte. No sentido subjetivo é o direito de suceder, isto é, o direito de receber o acervo hereditário (MAXIMILIANO, Direito das Sucessões, v.I, 28, *apud*, DIAS, 2011b, p.31).

Em que pese a conceituação acima exarada é possível compreender que nas sociedades organizadas em bases capitalistas o direito sucessório surge como o reconhecimento natural da propriedade privada (DIAS, 2011b, p.25), e como consequente tentativa de manutenção da estrutura familiar.

Pondera-se sem sobras de dúvidas, que o Ente Público, quando da proteção do direito sucessório, estar-se-á garantindo ainda, várias relações como as patrimoniais, economias e a própria entidade familiar, conforme demonstrado nas linhas acima (VENOSA, 2014b, p. 04).

Neste rumo, o legislador constituinte a fim de acobertar as reais necessidades de proteção que o instituto em comento merecia frente os anseios sociais que o circunda, concedeu ao direito sucessório a característica de princípio constitucional elencado no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988, senão veja-se.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança;

[...] (BRASIL, 1988)

Historicamente, o direito sucessório não vinha previsto de forma expressa nas constituições anteriores, em que pese ter sido visto como uma garantia implícita em decorrência dos amparos oriundos dos direitos de propriedade (CANOTILHO, 2014, p. 337).

Razão pela qual, tem-se na Constituição brasileira de 1988 um verdadeiro avanço legislativo a fim de proteger uma situação constante nas vidas dos cidadãos. Em que pese o brilhantismo da inclusão da proteção em comento, tem-se ainda que referida norma elevou o direito sucessório a uma garantia fundamental, não podendo, assim, ser objeto de abolição, nem mesmo por emenda constitucional em razão da disposição do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal (NEVARES, 2015).

Todo corpo legislativo infraconstitucional vigente deve respeitar as determinações constitucionais acima evidenciadas, a fim de que os deveres e direitos sucessórios possam garantir aos cidadãos a devida proteção que lhes cabe.

Referida garantia é concretizada no Código Civil vigente, vez que na forma da tradição luso-brasileira, acolhe a sucessão testamentaria e a sucessão legítima, articulando, dentro de um mesmo diploma dois interesses distintos, quais sejam o individual (liberalidade) e o coletivo (proteção econômica da família) (CANOTILHO, 2014, p. 337).

A fim de corroborar pelo exposto, segue os dizeres do artigo 1.786 do Código Civil vigente, *in verbis*: a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o texto legal em comento tentou conciliar o princípio da liberdade do proprietário dos bens e o direito dos parentes próximos à sucessão, dando-lhes a eles a possibilidade de sucessão nos patrimônios deixados pelo *de cuius*.

Para melhor compreensão do tema em comento, imperioso se faz mencionar, que na sucessão legítima, a transferência patrimonial se dá em razão de disposição legal, que enunciará a ordem de vocação hereditária presumida como a vontade do autor da herança (TARTUCE, 2014).

Tal ordem de vocação consiste na determinação normativa de que havendo a morte do indivíduo receberá seu patrimônio seus descendentes, ascendentes, cônjuge/companheiro e, ou os colaterais.

Enquanto na sucessão testamentária será um ato de última vontade do falecido, configurada no testamento, legado ou codicilo, o mecanismo suficiente para o exercício da autonomia privada da sua vontade (TARTUCE, 2014), no qual o *de cuius* partilhará seu patrimônio disponível da forma que bem entender, sem ter necessidade de respeitar a ordem de vocação hereditária prevista na legislação vigente, desde que a legítima seja devidamente respeitada.

Tais formas de sucessão convivem entre si de forma harmônica e efetiva dentro do sistema legislativo vigente. Dessa forma, o falecido poderá ainda em vida determinar a forma como quer ver seu patrimônio deverá ser partilhado, respeitando, todavia, o direito sucessório de seus herdeiros que ficaram reservados dentro da legítima.

Ultrapassadas tais ponderações, necessário se faz mencionar que independentemente do momento no qual foi efetivamente realizada a partilha perante terceiros, mediante a confecção do instrumento legal pertinente, qual seja, o inventário, a sucessão hereditária inicia-se com a morte do indivíduo, vez que neste momento inicia-se a *saisina*.

O instituto supramencionado encontra-se devidamente regulado nas iras do artigo 1.784 do Código Civil vigente, *in verbis*: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002) e é visto com uma das regras fundamentais do Direito das Sucessões. Tem-se que em razão dele, com a morte do indivíduo, o patrimônio a ele pertencente instantaneamente é transferido para seus herdeiros. Nesta esteira Maria Helena Diniz, ensina com precisão, senão veja-se:

“[...] como óbito do hereditando, seus herdeiros recebem por efeito direto da lei (*sonsaisis de pleindroit*), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e seus direitos. Adotado está o princípio da *saisine*, o direito da *saisina*, ou da investidura legal na herança, que erradia efeitos jurídicos a partir do óbito do *de cuius*” (DINIZ, 2010, p.1264, *apud*, TARTUCE, 2014, p. 11)

Em que pese a morte do indivíduo ser o marco inicial para a transferência dos bens existentes aos herdeiros do *de cuius*, esta também determina o diploma legal pertinente que irá regular tal relação, conforme se depreende da leitura do artigo 2.041 do Código Civil vigente, *in verbis*: as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (BRASIL, 2002).

Neste sentido Nevares (2015) exemplifica:

“[...] É o que ocorre com o Código Civil de 1916 e com as Leis 8.971/94 e 9.278/96, que continuam a regular sucessões hereditárias abertas em sua vigência, por força do que dispõem o art. 2.041 do Código Civil de 2002, bem como diante do disposto no art. 1787 do mesmo diploma legal” (NEVARES, 2015)

Conclui-se, pois, neste rumo, que o Direito Brasileiro vem evoluindo em alguns aspectos no que tange a proteção sucessória dos indivíduos, determinando direitos e obrigações enveradas para esta efetiva proteção.

Todavia, em que pese às deliberadas tentativas, é possível perceber ainda, gritante discrepância de tratamento principalmente no que tange o direito sucessório reservado ao cônjuge frente ao que cabe ao companheiro.

Para melhor compreensão do que se aduz, imperioso se faz uma análise detida do direito sucessório reservado a estes dois institutos a fim de que assim possa-se estabelecer um paralelo entre eles e demonstrar-se as incongruências existentes.

3.1.1 Ordem de Vocação Hereditária

Antes de adentrar nas especificações da sucessão hereditária existentes em razão do casamento e da união estável, imprescindível se faz sanar alguns pontos sobre a ordem de Vocação Hereditária.

Quando alguém vem a falecer, seus bens, direitos, encargos e obrigações precisam ser transmitidos a alguém, quando o *de cujus* não estabelecer via testamento a quem estes, dentro da legítima, deverão ser direcionados. Em que pese essa situação o legislador, pode-se dizer, tentou adivinhar os graus de afetividade que clamariam a sucessão.

Neste rumo, utilizou-se do afeto como base a determinar a ordem de vocação hereditária, tendo em mente de que os graus afetivos mais pertos demandariam maior proteção, razão pela qual os descendentes são convocados antes dos ascendentes, vindo posteriormente os cônjuges e companheiros e os últimos a serem chamados seriam os colaterais (DIAS, 2011b, p.133).

Sobre o tema segue os ensinamentos de Rui Ribeiro de Magalhães:

A identificação de quem são os chamados para receber a herança caminha pelas linhas do parentesco: reta e colateral. Na linha reta, em primeiro lugar a herança desce para o descendente para depois ascender. Na passagem da linha reta para a colateral, indaga da existência do cônjuge sobrevivente. Se o encontrar não prossegue sua caminhada; do contrário, estende-se até os colaterais de quarto grau. (MAGALHÃES, p. 81, *apud*, DIAS, 2011b, p.133)

Depreende-se do exposto que a lei elege os legitimados para receber a herança, conforme se observa pela leitura do artigo 1829 do Código Civil vigente, *in verbis*:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002)

Em que pese o reconhecimento dos herdeiros legítimos conforme acima alinhavado, o legislador entendeu por bem determinar em seu artigo 1.845 que os herdeiros necessários seriam somente os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente, fazendo estes *jus* à reserva da legítima que compreende a metade da herança existente.

Com a reserva da legítima, os herdeiros necessários, em que pese há existência ou não de testamento, terão reservados direito imediato à metade da herança existente não podendo o *de cujus* estipular de forma contrária.

Por oportuno conclui-se que os colaterais serão classificados como herdeiros facultativos, vindo a receber a herança somente se não existirem herdeiros necessários, herdeiros preferentes (DIAS, 2011b, p.134).

Com a existência da ordem de vocação hereditária, surge para o direito brasileiro o princípio da preferenciabilidade dos herdeiros mais próximos, que determina a exclusão dos parentes da ocorrência destes, princípio este que será devidamente quebrado pela direito de concorrência devidamente apontado em tópico posterior.

Em que pese as breves explanações elaboradas até o presente momento sobre o direito sucessório, já foi possível observar determinações discrepantes de tratamento para as pessoas conviventes dentro do matrimônio, daquelas que mantem relações sobre o manto da união estável.

Tal discrepância encontra-se no fato de que o cônjuge é considerado herdeiro necessário vindo a ser resguardado com o direito, enquanto o companheiro é visto pela legislação vigente somente como herdeiro legítimo, sem a devida reserva da legítima.

Já nesse momento é possível indagar sobre a existência de respaldo legal para a diferença de tratamentos existentes, haja vista que a constituição Federal de 1988 consagrou ambos os institutos como sendo manifestações legítimas de entidades familiares merecedoras da devida proteção do Estado.

Para melhor compressão das discrepâncias existentes, cabe ainda, antes de adentrar especificamente em seu estudo, elaborar uma breve explicação do que vem a ser o instituto da concorrência sucessória, conforme se observa nas linhas abaixo.

3.1.2 Concorrência

A concorrência é o instituto no qual possibilita ao cônjuge e ao companheiro participarem da partilha da herança mesmo quando houver herdeiros necessários em posição melhor que a sua.

Nesta esteira tem-se que o Código Civil vigente produziu profundas alterações, vez que passou a dar primazia ao cônjuge e ao companheiro, contemplando-os com fração da herança, juntamente com os primeiros colocados na ordem de vocação hereditária. (DIAS, 2011a, p. 144)

Historicamente o cônjuge e o companheiro somente herdavam na ausência dos herdeiros necessários, agora com essa nova determinação legal toda a estrutura sucessória foi alterada, possibilitando, assim, que estes fossem beneficiados em demais situações, dependendo do regime de bens vigentes.

Corroborando com as linhas acima travadas segue os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

[...] Agora, os primeiros chamados são os herdeiros da classe dos descendentes, juntamente com o viúvo, que a depender do regime de bens do casamento, com eles concorre. Na falta de descendentes são convocados os ascendentes. Com estes o cônjuge concorre sempre, independente do regime de bens. Na união estável, a concorrência se estabelece com os descendentes, os ascendentes e também com os parentes colaterais. (DIAS, 2011a, p. 144)

Muitas justificativas foram lançadas na doutrina a fim de embasarem as mudanças legislativas trazidas com a concorrência, dentre elas tem-se a alegada distorção decorrente da alteração do regime legal de bens. Defensor desta teoria é Miguel Reale, que sobre o tema pondera:

Antes do advento da lei do divórcio, o regime legal era o da comunhão universal de bens, e o cônjuge sobrevivente fazia jus à metade de todo o acervo sucessório a título de meação. Com a mudança (que ocorreu no ano de 1977), o regime de bens passou a ser o da comunhão parcial, onde a meação limita-se aos aquestos. Mesmo havendo direito de usufruto, a exclusão do viúvo poderia deixá-lo em situação de apuro se não existisse bens comuns, eis que toda a herança destinava-se aos

descendentes ou ascendentes. (REALE, O cônjuge no novo Código Civil, *apud*, DIAS, 2011a, p.145)

Percebe-se, pois, que o legislador tentou evitar que os cônjuges e companheiros supérstites fossem de alguma forma prejudicados quando da efetivação da sucessão hereditária, possibilitando a estes, uma parcela do patrimônio reservados aos herdeiros de posição preferencial.

A concorrência irá se mostrar de forma diversa em razão do regime de bens estipulados pelas partes, bem como com quais herdeiros essa se mantém, o que será efetivamente observado nos tópicos destinados a demonstração da sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro, o que se passa a fazer neste momento.

3.2 Sucessão Hereditária em Razão do Casamento

Conforme já fora devidamente elucidado em tópico anterior à sucessão não é reservada somente aos parentes, sendo também determinada em favor do cônjuge sobrevivente. Este nos termos da legislação vigente ocupa o terceiro lugar na linha sucessória, sendo ainda considerado herdeiro necessário, não podendo mais, ser excluído desta.

Em que pese essa nova determinação legal, imperioso se faz colacionar que antes do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente estava alocado em quarto grau na escala hereditária, sendo chamado à sucessão somente após os colaterais de décimo grau.

Tal situação foi alterada com a edição de Lei nº 1.839 conhecida como “Feliciano Pena” de 1907, onde o cônjuge supérstite passou a herdar em terceiro lugar, podendo ainda, suceder como herdeiro único, na falta de descendentes e de ascendentes, se ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal ou não houvesse testamento o excluindo, haja vista não ser considerado herdeiro necessário, nos termos do artigo 1.603, III e do artigo 1.725 do revogado Código Civil de 1916, senão veja-se.

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes.

II - Aos ascendentes.

III - Ao cônjuge sobrevivente.

IV - Aos colaterais.

V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

[...]

Art. 1.725. Para excluir da sucessão os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar. (BRASIL, 1916)

Na vigência do Código Civil de 1916 o chamamento hereditário era feito por classes, assim sendo, somente se o *de cuius* não houvesse deixado descendentes e ou ascendentes é que este seria chamado à concorrência sucessória, podendo ainda, ser excluído da referida sucessão haja vista não ser considerado herdeiro necessário.

Tem-se então que diploma legal em comento tinha como base preponderante para a determinação da linhagem sucessória o parentesco consanguíneo, a fim de que assim possibilitasse a proteção da grande família patriarcal, haja vista que se buscava a conservação do patrimônio dentro do grupo familiar, razão pela qual se justificava os desfavores legislativos existentes em relação ao cônjuge supérstite.

Referidas discrepâncias não condiziam para o rumo que a sociedade ia caminhando, assim legislações esparsas tentavam amenizar as discrepâncias existentes. Tem-se nesse rumo às determinações da Lei nº 833, de 21 de outubro de 1949, que permitia o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, com consequente reconhecimento sucessório, sem, contudo, ter forças para excluir o cônjuge sobrevivente, salvo se houvesse testamento, vez que na falta deste, caso o regime fosse de separação, o cônjuge sobrevivente herdaria a metade dos bens deixados pelos outros, e cabia aos adulterinos reconhecidos a outra metade (PEREIRA, 2013, p. 122).

Posteriormente publicou-se a Lei nº 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada - que trouxe, dentre outras determinações, algumas modificações em relação à sucessão do cônjuge supérstite, como, por exemplo, o direito à herança concorrente de usufruto previsto no artigo 1.611, §1º do Código Civil de 1916, *in verbis*.

Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cuius".

[...] (BRASIL, 1916)

O dispositivo mencionado conferiu ao cônjuge supérstite o reconhecimento do direito a sucessão usufrutuária nos bens deixados pelo outro, em cota variável segunda as determinações legais acima esmiuçadas, a fim de que estes não ficassem deliberadamente desprotegidos quando do fim da relação conjugal em virtude do falecimento de um dos consertes.

Outra proteção conferida ao cônjuge supérstite pela lei em comento foi o direito real de habitação estampado no §2º do artigo supramencionado, *in verbis*.

[...] § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 1916)

Referida disposição veio no propósito de amparar o cônjuge supérstite contra a eventualidade de ser privado de moradia frente as lacunas legislativas existentes no que toca os direitos protetivos que estes necessitavam.

Pode-se observar do que brevemente fora explanado que a legislação por muito tempo foi falha ao determinar a devida proteção sucessória aos cônjuges sobreviventes, o que efetivamente mudou com as determinações Constitucionais de 1988 e com a vigência do Código Civil de 2002.

Em que pese a importância das mudanças em comento, antes de adentrar em suas especificações, imperioso se faz tecer a diferenciação entre meação e herança. Esta não é sinônimo daquela, e sua existência dependerá, em certos momentos, do regime de bens que regulava o casamento entre as partes e da existência de bens comuns entre estes.

Neste contexto, meação significa repartir os bens comuns adquiridos durante a constância do casamento, haja vista que estes já pertenciam às partes independentemente do falecimento de qualquer um destes. Enquanto a herança significa a obtenção de bens por meio da sucessão, transmite-se os bens pertencentes a uma pessoa a terceiros em razão do seu falecimento.

Assim ultrapassadas tais determinações passa-se agora a análise do direito sucessório conferido ao cônjuge supérstite dentro do Código Civil vigente. Para tanto segue os preceitos legais em comento:

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

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

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

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

Art. 1.842. Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

§ 1º Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça.

§ 2º Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.

§ 3º Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, está se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL, 2002)

A priori é possível determinar que o cônjuge passou a integrar o terceiro lugar na linha sucessória, vindo a receber todo o patrimônio deixado pelo de cujus quando não houver herdeiros de posição preferencial vivos.

Não obstante seu posicionamento na linha sucessória foi considerado ainda, herdeiro necessário nos termos da lei, razão pela qual a legítima lhe é devidamente assegurada, podendo ainda, concorrer com os demais herdeiros quando observadas determinadas situação.

Em que pese os fatos acima transcritos, imperioso se faz colacionar, que nos termos do artigo 1830 do Código Civil Vigente, o chamamento do cônjuge para participar da vocação sucessória está condicionado ao fato de que na data do óbito, o cônjuge sobrevivente não esteja separado judicialmente do de cujus, nem deste separado de fato há mais de 02 (dois) anos (PEREIRA, 2013, p.130).

Não há dúvidas no que tange a impossibilidade de sucessão hereditária quando as partes estiverem separadas judicialmente, por sentença transitada em julgado, pouco importando a fundamentação desta.

Todavia, quando a situação pairar sobre a separação de fato a mais de 02 (dois) anos poderá haver possibilidade de sucessão hereditária quando o cônjuge sobrevivente conseguir demonstrar que a dissolução se deu sem sua culpa, vindo, nesta situação, a suceder sobre os bens deixados pelo falecido.

Outro ponto de crucial importância no que tange a sucessão hereditária do cônjuge vem a ser o regime de bens adotados pelas partes na constância do casamento, haja vista que nos termos das novas regras impostas o cônjuge sobrevivente não é mais automaticamente excluído pela presença de descendentes e ascendentes, vindo a concorrer com estes conforme averiguado em tópico próprio.

Nestes termos tem-se três hipóteses que a lei deixa de reconhecer vocação ao cônjuge, atribuindo a totalidade da herança aos descendentes, quais sejam, quando o regime de bens do casal for o da comunhão universal de bens, for o da separação obrigatória ou o da comunhão parcial sem que o falecido tenha deixado bens particulares.

As determinações em comento possuem justificativas próprias, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira:

A exclusão do direito sucessório do cônjuge não se inspira, nos três casos, em motivos idênticos. No primeiro deles, cabendo ao cônjuge sua meação sobre o patrimônio comum, a lei presume não haver necessidade de recebimento de uma quota da herança; no segundo, como a própria lei impõe o regime da separação, não faria sentido permitir ao cônjuge eventual receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial; no último, a ausência de patrimônio particular do *de cuius* importa em serem comuns todos os bens; por uma circunstância fática, essa última situação se equipara à primeira (de comunhão universal) e, portanto, deve merecer igual tratamento. (PEREIRA, 2013, p.132)

Ultrapassadas as hipóteses em que o cônjuge sobrevivente não herdará/concorrerá ao patrimônio deixado pelo *de cujus*, cabe agora, as situações em que tal sucessão será devidamente observada, mais precisamente no que toca a concorrência com os descendentes.

Assim, haverá concorrência com os descendentes, quando o casamento for regido pelo regime da separação convencional de bens, comunhão parcial de bens com existência de bens particulares do *de cujus* e sobre o regime da participação final dos aquestos.

Observadas estas situações, o sistema normativo vigente estabeleceu, ainda, preceitos legais a serem observados para o cálculo da concorrência sucessória, para tanto leva em conta as peculiaridades dos descendentes que os cônjuges sobreviventes venham a concorrer.

Nesse sentido, o primeiro tema a ser abordado gira em torno da cota mínima, prevista no artigo 1832 do Código Civil, vez que cabe ao viúvo quinhão igual ao dos descendentes que herdaram por cabeça, ou seja, a divisão será feita em partes iguais, salvo quando este também for genitor dos herdeiros, situação na qual deverá lhe ser reservado no mínimo um quarto da herança (DIAS, 2011b, p. 171).

Assim, tem-se que a lei, quando da determinação da concorrência sucessória estabelece padrões a serem devidamente observados, como, por exemplo, a origem da filiação que venha a concorrer com o cônjuge. Para melhor compreensão do tema segue exemplo exarado na obra de Maria Berenice Dias:

Pedro e Maria, quatro filhos e patrimônio sucessório de R\$74 mil, já excluída a meação. Morto Pedro, se todos os filhos forem comuns, primeiro é preciso calcular o quinhão de Maria, pois ela tem direito a 25% da herança. Para isto basta dividir R\$74 mil por quatro. Seu quinhão é R\$18,5.

O restante, 75% do patrimônio, é partilhado entre os filhos. Assim, dividido R\$55,5 mil por quatro, se chega ao valor de R\$13,87 mil, que é o quinhão de cada filho.

Nesta hipótese é preservada a quota mínima de Maria, que recebe R\$18,5 mil e cada filho R\$13,87mil.

Se todos os herdeiros forem filhos exclusivos Pedro, nem por isso Maria deixa de ser herdeira concorrente; só não faz jus à quota mínima. Percebe o mesmo que cada um dos enteados. A divisão é feita entre todos por cabeça. Opatrimônio é repartido por cinco. Assim, tanto Maria como cada um dos filhos de Pedro recebem R\$14,8 mil. (DIAS, 2011b, p.172)

Tem-se que a norma em comento, de certa forma, teria agido com coesão dentro das necessidades existentes, todavia, esta mantém-se inerte quando a situação mais corriqueira vivenciada pelos cidadãos, qual seja, a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes híbridos, em outras palavras, descendentes híbridos significa a existência de descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cujus* concorrendo com o cônjuge supérstite.

Foi necessário, assim, que a doutrina a jurisprudência se posicionasse na tentativa de regular tal situação. Ocorre, todavia, que inúmeras correntes foram criadas, gerando incertezas

as partes acobertas pela situação em comento, que até os dias atuais, dependem de entendimentos esparsos para verem seus direitos respeitados.

As discussões pairam principalmente sobre a necessidade de reservar ou não a quota mínima ao cônjuge sobrevivente (DIAS, 2011b, p.172). Para Giselda Hironaka, a solução para o litígio em questão é buscar a média ponderada de modo a resguardar a quarta parte da herança com relação aos filhos comuns e afastá-la quanto aos filhos exclusivos, de tal modo que os quinhões de todos os herdeiros sejam iguais.

Em que pese o brilhantismo dos pensamentos outrora exarados, tem-se que estes não encerram o tema, razão pela qual vários pensamentos contrários e críticos foram observados ao longo dos tempos. Em razão de tais fatos, os preceitos legais ora em comento são deliberadamente rechaçados pela doutrina atual, conforme se denota da leitura do trecho abaixo transcrito:

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 a sociedade, tamanha são as improbidades 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. (VENOSA, 2014b, p.142)

Ultrapassadas as linhas sucessórias no que tange a concorrência entre os cônjuges e dos descendentes, tem-se que na inexistência destes são chamados a suceder, em concorrência com o supérstite os ascendentes.

O primeiro ponto importante sobre o tema gira em torno do fato de que diferentemente do que ocorre na concorrência com os descendentes, o regime de bens adotado durante o casamento em nada influenciará na possibilidade de concorrência.

Impendentemente do direito a meação, o cônjuge sobrevivente perceberá no mínimo um terço da herança e, no máximo, a metade quando concorrer com os ascendentes do *de cuius*, importando, todavia, o número de ascendentes vivos e o grau de parentesco que estes tinham como o falecido (DIAS, 2011b, p.176).

Resumidamente, tem-se que se o cônjuge concorre com ambos os pais do falecido este receberá um terço da herança existente e que caso este concorra com um dos pais, os avós ou os bisavós, o viúvo terá direito a metade dos bens deixados, independentemente do número de ascendentes existentes.

Em breves linhas, foi possível determinar a forma como é feita a sucessão hereditária em favor do cônjuge sobrevivente, passando-se desde a hipótese em que lhe caberá a

totalidade da herança, ante a falta de descendentes ou ascendentes, até as modalidades de concorrência que a lei lhe assegura frente os descendentes e ascendentes do falecido.

Assim, ultrapassadas as ponderações breves e necessárias sobre o tema, cumpre neste momento prosseguir com o que foi proposto, passando a análise do direito sucessório deflagrado a aqueles que vivem em união estável.

3.3 Sucessão Hereditária em Razão da União Estável

Em que pese a união estável ser uma constante na sociedade, conforme já mencionado nas linhas passadas, esta por muito tempo foi marginalizada pela sociedade e esquecida pelo Estado.

No Brasil a situação não foi distinta, razão pela qual as consequências oriundas dos relacionamentos pautados em uniões livres não projetavam qualquer efeito no Direito das Famílias e Sucessões, sendo sentidos, tão somente, no Direito das Sucessões. (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.276)

Assim sendo, as normas legislativas existentes reconheciam tão somente o casamento como entidade familiar passível de ensejar qualquer direito ou obrigações as partes, deixando sem qualquer proteção aos vínculos formados em razão da união estável.

Em que pese à falta de regulamentação tais uniões tornaram-se cada vez mais constantes nas sociedades, fazendo com que os tribunais e doutrinadores não tivessem outra opção a não ser manifestarem-se sobre as peculiaridades que circundavam a nova realidade vivenciada pela sociedade.

Assim sendo, tem-se que no direito brasileiro, à primeira norma a tratar diretamente sobre o assunto foi o Decreto-Lei nº 7.036/1944, que determinava o reconhecimento do companheiro como beneficiário da indenização em caso de acidente de trabalho de que foi vítima seu parceiro, previsão esta antes regulada pela Súmula nº 35 do STF (TARTUCE, 2014, p.252).

Tem-se que posteriormente, após inúmeras provocações, os entes competentes, mais precisamente o STF entendeu por bem editar duas súmulas a fim de reconhecer algum tipo de proteção às pessoas que viviam em concubinato, ou seja, fora do matrimônio.

Referidos preceitos consistiam na elaboração da súmula 380 com os seguinte dizeres “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” e a súmula 382 que

determinava que “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘*more uxorio*’, não é indispensável à caracterização do concubinato” (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.276).

Outra mudança pode ser observada em 1973 quando nos termos do artigo 57, parágrafo 2º da Lei de Registro Público nº 6.015/73 admitiu-se a possibilidade de a companheira utilizar o sobrenome do seu companheiro.

A sociedade clamava por mudanças, os preceitos normativos vigentes tinham que condizer com as necessidades vivenciadas pelos povos, assim o Estado teve de se adaptar paulatinamente, reconhecendo, nesse sentido, mesmo que de forma singela, certos direitos a este instituto que por muito tempo foi marginalizado.

Nesse sentido, cumpre registrar que além das normatizações acima transcritas, procurou-se, ainda, diferenciar espécies de uniões estáveis, até então conhecidas como concubinato. Nesse desenho conheceu-se duas categorias, quais sejam, o concubinato puro, formado pelas pessoas não possuíam impedimentos para o casamento, mas optaram por não realiza-lo; e o concubinato impuro, formado por pessoas que não poderiam casar (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.277)

Em que pese as mudanças supramencionadas, estas não foram suficientes para resguardar os direitos daqueles que viviam sobre a égide da união estável, sendo que, tão somente com a publicação da Constituição Federal de 1988 é que se teve efetiva mudanças quanto ao reconhecimento de tal instituto.

O texto normativo em questão, mais precisamente em seu artigo 226, §3º, ao determinar que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988) acabou por reconhecer que o vínculo formado pela união informal entre homem e mulher angariaria o status de entidade familiar merecedora da devida proteção estatal, o que por consequência lógica deveria promover uma mudança legislativa no que toca a aceitação e proteção deste instituto.

Todavia, a realidade fática não acompanhou os anseios embaixadores dos preceitos constitucionais em comento, vez que quando da sua entrada em vigor a legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código Civil de 1916, repudiava veementemente o instituto da união estável.

Neste contexto não houve outra saída a não ser a edição de preceitos normativos esparsos a fim de que houve a subsunção dos ditames constitucionais a realidade normativa vivenciada.

Assim, na sequência ao texto Constitucional entrou em vigor, a Lei nº 8.971/94, que veio a disciplinar direitos aos conviventes, principalmente no que toca aos preceitos relativos a alimentos e a sucessões, impondo como requisito para a união estável que os companheiros fossem solteiros, divorciados ou viúvos e tivessem convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole. (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.277)

Registra-se que a norma em comento atribuiu ainda aos cidadãos que viviam em união estável o direito do companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união, a ter usufruto de um quarto dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns. Caso não houvesse filhos, mas tão somente ascendentes, o usufruto em comento passaria a recair sobre a metade dos bens hereditários. Nos termos dessa legislação, o companheiro sobrevivente só teria direito a totalidade da herança caso não houvesse descendentes ou ascendentes vivos do *de cujus*.

Tem-se então as primeiras grandes mudanças no que tange ao direito concedido aos concubinos, agora denominados companheiros, principalmente no que tange aos direitos sucessórios a eles dependentes.

Posteriormente ao preceito normativo em comento, foi publicada em 10 de maio 1996 p a Lei nº 9.278, que trouxe mais inovações para o mundo dos companheiros. Colaciona-se que esta não sub-rogou a norma anterior, mas determinou a eliminação dos requisitos para a configuração da união estável que aquela estipulava. (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.277)

Assim, passou a considerar tal instituto como uma entidade familiar formada da convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Além da inovação mencionada, referido diploma legal, trouxe ainda para o âmbito dos direitos dos companheiros o direito real de habitação, que em outras palavras, concedeu ao companheiro sobrevivente, enquanto viver ou não constituir nova união estável, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (TARTUCE, 2014, p.255).

Determinou ainda, regras de divisão patrimonial, onde presume-se que os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável seriam adquiridos em decorrência do frutos do trabalho e da colaboração comum das partes, razão pela qual passavam a pertencer a ambos com conviventes em partes iguais e em condomínio, devendo assim, serem devidamente partilhados quando do fim da união formada (NEVARES. 2015).

Percebe-se do exposto uma gradativa mudança nos preceitos legais na tentativa de efetivar as proteções conferidas pela Constituição Federal vigente, sobre o tema Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram:

O mais importante por certo, é perceber a evolução da disciplina da união estável, através da colaboração da jurisprudência, culminando no tratamento constitucional da matéria, protegendo a união estável como entidade familiar e vinculando a legislação inferior. Com lastro na *Lex Mater*(art. 226, §3º), a união estável é uma entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado e submetidas ao tecido normativo do Direito da Família e das Sucessões, produzindo efeitos de uma relação afetiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.277).

Neste rumo, considerando a caminhada legislativa perseguida na tentativa de proteger a união estável, tem-se o Código Civil de 2002 que tentou em consonância com a Constituição Federal, abarcar as necessidades das pessoas unidas estavelmente.

Antes de adentrar nas especificações sobre os artigos direcionados ao tema, cumpre indagar se estes realmente alcançaram as determinações almejadas ou continuaram, ainda que de certa forma, a marginalizar o instituto da união estável.

Ultrapassada tal ponderação tem-se que os preceitos normativos em comento vieram elencados nos artigos 1.723 a 1.727 e 1.790, senão veja-se:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

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.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

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

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.
(BRASIL, 2002)

Em que pese as demais determinações sobre a união estável trazidas no bojo dos artigos supramencionados, para o presente trabalho, interessa tão somente as disposições contidas no artigo 1790 do Código Civil vez que trata diretamente dos direitos sucessórios concedidos a tal relação.

O *caput* do referido dispositivo legal é de clareza solar e estabelece que o companheiro somente terá direito à herança sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da relação convivencial, bens estes, também conhecidos por aquestos. (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.284)

Da leitura de tal preceito é possível depreender que não há entre os companheiros, qualquer direito a herança sobre os bens particulares das partes envolvidas na relação, bens estes configurados por aqueles adquiridos antes do início da relação ou provenientes de títulos gratuitos, com, por exemplo, aqueles oriundos de doações ou de uma herança.

Do exposto é possível compreender ainda, quando comungados os dizeres acima transcritos com as determinações contidas no artigo 1725, que cabe aos companheiros o direito a meação somente sobre os bens adquiridos onerosamente, não havendo que se falar sobre tal direito em relação aos bens particulares.

Em que pese tal constatação, pode-se ainda concluir que o companheiro ocuparia o quarto lugar na vocação hereditária, sem, contudo, ser considerado necessário nos termos da lei, podendo, por consequência, ser excluído da sucessão hereditária em razão de determinação testamentária (DIAS, 2011b, p.190).

Seguindo com as análises sobre os direitos sucessórios que são outorgados aos companheiros, tem-se que esta, assim, como o cônjuge terá direito a concorrência, em determinações diversas é claro.

Assim, tem-se o exposto no inciso I do art. 1.790 do Código Civil de 2002, que determina a concorrência entre o companheiro supérstite e os filhos comuns existentes entre as partes. Antes de qualquer ponderação sobre a forma de calcular o quinhão cabível ao companheiro, necessário se faz fazer um adento sobre o fato de que a lei utiliza da terminação filho, referindo-se tão somente a estes, todavia, a melhor doutrina entende que na verdade o que se procurou foi conferir a concorrência do companheiro com os descendentes existentes, angariando, desta forma, todos os demais assim considerados.

Corroborando com o entendimento transcrito segue os dizeres do enunciado 266 da Jornada de Direito Civil: “Aplica-se o inciso I do art. 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.287)

Voltando ao calculo do quinhão hereditário recebido pelo companheiro quando da concorrência em comento, tem-se que este irá receber uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Já o inciso II do artigo em comento, determina a situação de concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes só do autor da herança, momento no qual a partilha será feita de modo diferente, vez que caberá ao companheiro sobrevivente a metade do que cabe ao descendente do *de cuius*.

Sobre o tema segue os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Quando se fala em partilha dos bens a primeira operação é sempre isolar a meação do sobrevivente: a metade dos bens comuns, que não se trata de direito sucessório. O direito de concorrência do companheiro com os descendentes toma como base de calculo a metade dos bens que corresponde a meação do falecido. A apuração do valor se sujeita a duas regras. Primeira: o companheiro recebe parte igual a seus filhos. Herda como se fosse um deles. Segunda: os filhos somente do falecido recebem o dobro do quinhão do companheiro sobrevivente. Os enteados fazem jus a uma quota simples. [...] (DIAS, 2011b, p.183).

Como ocorre no caso da concorrência destinada ao cônjuge, a legislação vigente quedou-se inerte mais uma vez no que tange a forma de se proceder com a concorrência quando houver a filiação híbrida, cabendo a doutrina e a jurisprudência solucionarem a questão.

Neste rumo ponderou-se que a solução deveria ser embasada na média de filhos existentes, assim, se a maioria da prole for comum, o companheiro sobrevivente deve receber quantia que se aproxima da parcela destinada a cada filho, já se o número de enteados for maior, menor será seu quinhão. (DIAS, 2011b, p.185)

Ultrapassadas tais constatações, passa-se agora a outra hipótese de concorrência conferida ao companheiro, qual seja a prevista no inciso III do artigo 1790 que trata da concorrência do companheiro com outros parentes suscetíveis, momento no qual este terá direito a um terço do patrimônio passível de partilha.

Referido inciso, dentro de suas especificações garante aos companheiros um terço da “herança”, ou seja, este não irá concorrer tão somente sobre os aquestos, mas sim, sobre toda a herança deixada pelo falecido. Todavia, em que pese essa amplificação da partilha, independentemente do número de parentes vivos, o supérstite receberá apenas um terço do patrimônio existente.

Ponto de curiosidade referente a sucessão conferida ao companheiro paira sobre o fato de que este irá concorrer até mesmo com os colaterais de até quarto grau do falecido, na proporção acima especificada, não importando nem quem são ou quantos são.

Por derradeiro, tem-se a possibilidade do companheiro sobrevivente adquirir toda a herança existente prevista no inciso IV do artigo em análise, momento no qual, é incluindo todo o patrimônio deixado pelo falecido na partilha com o companheiro.

Em que pese à determinação contida no dispositivo legal mencionado, o próprio Código Civil acabou por finalizar qualquer discussão sobre o tema, vez que determinou em seu artigo 1.844 do Código Civil de 2002 que só se admite a herança vacante na ausência de cônjuge, companheiro, cabendo, por conseguinte, a este último todo o patrimônio existente.

O presente capítulo foi elaborado na tentativa de demonstrar, em breves linhas, o tratamento sucessório desprendido aqueles que vivem na constância da união estável, não procurou-se esgotar o tema, mas tão somente elucidar os principais pontos, para que em momento próximo seja possível elaborar uma comparação entre os tratamentos sucessórios existentes na legislação vigente a fim de demonstrar os posicionamentos existentes sobre a constitucionalidade ou não de tais determinações.

4 COMPARAÇÃO DA SUCESSÃO ORIUNDA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Da simples leitura dos tópicos acima alinhavados é possível perceber que sem qualquer justificativa plausível a lei empresta tratamento desigual ao casamento e a união estável, haja vista que mesmo assegurando a ambas entidades familiares o direito sucessório há gritante disparidade tanto no que diz respeito ao cálculo como no que tange a base de incidência. (DIAS, 2011b, p.158)

Referidas incongruências são observáveis desde o Código Civil de 1916, pois, como se sabe, segundo suas disposições, o cônjuge sobrevivente não era considerado herdeiro necessário, recebendo a totalidade da herança somente na ausência de descendente e ascendente. Acaso concorresse com tais parentes, o cônjuge supérstite receberia uma quota do patrimônio em usufruto, caso não fosse casado sobre o regime da comunhão universal de bens, sendo que nesta hipótese ser-lhe-ia reservado o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único desta natureza inventariar.

Efetivada a proteção do cônjuge na forma acima exposta, tem-se que o companheiro, deliberadamente marginalizado, não recebia qualquer proteção, razão pela qual, por falta de regulamentação, a jurisprudência entendia que o convivente não teria qualquer direito sucessório, sobre o tema segue o seguinte julgado:

União estável. Sucessão. Lei vigente. Antes da Edição da Lei nº 8.971/94, o colateral do *de cuius* recebia a herança, a falta de descendentes e de ascendente (art. 1.603 do CC). Recurso provido em parte (STJmResp 79.511/GO, 4ª Turma, Rel. Min, Ruy Rosado de Aguiar, apud, TARTUCE, 2014, p.254).

A sociedade clamava por mudanças vez que a realidade fática por ela vivenciada não se amoldava as determinações legais vigentes, assim, conforme já mencionado a doutrina e a jurisprudência vinham se posicionando na tentativa de solucionar as pendengas existentes.

O divisor de águas que determinou a necessidade de tratamento igualitário para estes institutos foi a Constituição Federal de 1988 com seu já mencionado artigo 226, §3º que estipulou serem a união estável e o casamento institutos de direito de família merecedores da devida proteção do Estado.

Em que pese esta estipulação, quando do início da vigência da norma constitucional em comento, reinava os ditames do Código Civil de 1916 que deliberadamente excomungava

o instituto da união estável, razão pela qual foram elaboradas as leis nºs 8.971/94 e a 9.278/96.

Em síntese referidos diplomas legais, de certa forma, concederam aos companheiros certos direitos inerentes ao cônjuge, como por exemplo, o fato destes terem direito à totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes e o direito a concorrência com parentes, que lhes outorgava a possibilidade de usufruto de um quarto da herança, se houver descendentes e metade, se concorrer apenas com ascendentes, além de lhes garantir o direito real de habitação, relativo ao imóvel destinado à residência da família.

Os textos normativos em questão não foram suficientes para por fim as demandas sobre a questão, assim com a publicação do novo diploma civil, o legislador ordinário entendeu por bem reservar preceitos normativos específicos sobre o tema.

Todavia, em que pese às intenções que circundaram a edição do diploma em comento é evidente que o Código Civil de 2002, tratou de forma equidistante os institutos do casamento e da união estável, principalmente no que tange o direito sucessório a estes deflagrados, o que se elucida a seguir.

A priori, já demonstrando a efetiva falta de zelo com o tratamento sucessório do companheiro, tem-se que o artigo 1.790, dispositivo criado especificamente para deliberar sobre este tema, está inserido nas disposições gerais sobre os direitos sucessórios, de forma “jogada” e sem sentido no diploma legal.

Frente a sua importância legislativa, este deveria ser alocado em um espaço específico à sucessão hereditária da união estável, assim como ocorre com os dispositivos legais sobre o tema reservados ao casamento.

Corroborando para tal entendimento, segue as palavras de Zeno Veloso:

Sem dúvidas, o companheiro é sucessor legítimo, mais o Código Civil dedica ao tema o art. 1790 que estão no capítulo denominado ‘Das Disposições Gerais’. A sucessão dos companheiros, por óbvio, tinha de ficar no capítulo que regula a ordem de sucessão hereditária. Estamos diante de uma topografia ilógica. (VELOSO, 2012, p. 2009, *apud*, TARTUCE, 2014, p. 257).

Ultrapassada tal deliberação e seguindo com o proposto, registra-se que no casamento, ausente o pacto antenupcial, vigora entre as partes o regime da comunhão parcial de bens, conforme determinação do artigo 1.640 do Código Civil, sendo este o regime estabelecido para a união estável nos termos do artigo 1.725 do mesmo diploma legal. (DIAS, 2011b, p.154)

Conclui-se então que as partes poderão determinar, por meio de pacto, qual será o regime que regulará as relações por elas estabelecida, todavia, em que pese esse direito, diferentemente do que ocorre no casamento, referido pacto em nada influenciará nos direitos sucessórios dos companheiros, vez que este, em tese, recai somente sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

A vontade dos companheiros é deliberadamente afastada, não sendo sequer levada em consideração, demonstrando, já de início a discrepância de tratamento dos institutos em comento, haja vista que conforme demonstrado em tópico próprio o regime de bens adotados na constância do casamento irá influencia diretamente nas disposições sucessórias.

Seguindo no tema sobre as discrepâncias de tratamento, tem-se o fato de que o companheiro não é considerado herdeiro necessário como é o cônjuge, podendo, por conseguinte, ser afastado da sucessão hereditária em razão da elaboração de testamentos.

Tem-se então que nos termos do artigo 1.829 do Código Civil o companheiro é mero herdeiro legítimo figurando em último lugar na linha sucessória, enquanto o cônjuge é classificado como herdeiro necessário ocupando o terceiro lugar na linhagem em comento, fatos estes que influenciaram deliberadamente no direito de concorrer resguardados a estes.

Em que pese a concorrência sucessória e as determinações legais vigentes, imagine a seguinte situação: duas pessoas, sem filho e patrimônio resolve comungar a vida, quando da morte de um deles, diferente será a divisão de bens caso optem pelo casamento ou pela união estável, levando em consideração o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, se tiverem dois filhos e durante a constância do relacionamento adquirirem bens, no casamento o cônjuge supérstite terá direito somente a meação sendo o restante partilhado entre os filhos enquanto o companheiro fará jus a meação e a um terço da herança a título de concorrência. (DIAS, 2011b, p.155)

Seguindo, tem-se o fato de que na concorrência sucessória com os descendentes, o quinhão recebido por cônjuge e companheiro só será igual em um único momento, qual seja, quando todos os herdeiros são filhos comuns e estes não excedam a 03 (três), haja vista que nessa situação, ambos herdaram como se filhos fossem, dividindo-se o montante por cabeça.

Tal situação muda drasticamente se o número de filhos aumentarem, nesta hipótese o cônjuge terá direito a uma quota mínima de 1/4 (um quarto), enquanto o companheiro continuará a dividir a herança de forma igualitária com os descendentes.

Corroborando para o entendimento do exposto segue exemplo elaborado por Maria Berenice Dias:

Se o número dos herdeiros for superior a quatro, o cônjuge tem direito a uma quota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança, recebendo quinhão maior que seus filhos. Assim, se o casal tenha 5 (cinco) filhos, o cônjuge recebe 25% (vinte e cinco por cento) dos bens comuns, e cada um dos filhos 15% (quinze por cento). Os bens particulares são divididos somente entre os descendentes. Esta garantia não é assegurada na união estável. Se os pais dos herdeiros não eram casados não eram casados, a divisão é igualitária entre o companheiro e os filhos: cada um recebe $\frac{1}{6}$ (um sexto), ou seja, aproximadamente, 16,6% (dezesesseis vírgula seis por cento) dos aquestos. (DIAS, 2011b, p.156)

Já quando a concorrência ocorre somente com filhos do autor da herança, o viúvo receberá parcela igual as dos enteados, enquanto o companheiro sobrevivente recebe a metade do que couber a estes. Assim, considerando o exempli narrado pela doutrinadora mencionada, acaso os cinco filhos fossem somente do falecido o cônjuge sobrevivente receberia 16,6% (dezesesseis vírgula seis por cento) enquanto o companheiro receberia 9% (nove por cento).

No que tange o tratamento discriminatório estes não para por aí, é também perceptível quando comparada a concorrência sucessória dos cônjuges com os ascendentes e dos companheiros para com estes.

O primeiro ponto a ser considerado é que quando a concorrência recai sobre os ascendentes esta será calculada sobre toda a herança, no que tange ao calculo realizado para o cônjuge sobrevivente, deixando de ser relevante o regime de bens. No que tange aos companheiros surge nesse momento discussões sobre qual montante hereditário recairia a divisão, se sobre a totalidade ou somente sobre os bens particulares, preponderando na doutrina essa última vertente (DIAS, 2011b, p.158).

Ultrapassada as ponderações acima, tem-se que o quinhão recebido pelo cônjuge e pelo companheiro só será igual quando a concorrência se estabelecer com ambos os genitores do falecido, recebendo assim, cada um a fração de $\frac{1}{3}$ (um terço) do monte sucessório.

Nos demais casos, haverá distinção, vez que cabe ao viúvo metade da herança enquanto ao companheiro será reservado apenas $\frac{1}{3}$ (um terço) independentemente do numero de ascendentes e o grau de parentesco. Neste rumo segue os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Logo, na hipótese de o falecido ter sido casado, se os herdeiros forem os quatro avós, o cônjuge recebe a metade e a outra metade é dividida entre os avós: cada um vai receber $\frac{1}{8}$ da herança. Porém, se o falecido vivia em união estável, o parceiro ficará com $\frac{1}{3}$ e cada um dos avós, com $\frac{1}{6}$. (DIAS, 2011, p.158)

Por derradeiro, registra-se que o companheiro como se encontra em quarto lugar na linhagem sucessória, quando da ausência de ascendentes e descendentes, diferentemente do

que ocorre com o cônjuge que receberá a integralidade da herança, concorrerá ainda, com os colaterais, caso estes existam, recebendo, nos termos da lei 1/3 do monte hereditário.

Tem-se do exposto a elucidação das discrepâncias de tratamento existentes em relação as entidades familiares consagradas pela Constituição Federal vigente, demonstrando assim, incompreensível desleixo para com o instituto da união estável.

Tais normas colocam em cheque a determinação de garantia constitucional de proteção, razão pela qual, muito se discute sobre a inconstitucionalidade das mesmas.

Sobre o tema Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald colacionam:

Como se percebe a partir da simples – e ainda que perfunctória – leitura do texto legal, o sistema sucessório do casamento está baseado em normas (principiológicas e regulatórias) diferentes daquelas que norteiam a sucessão na união estável heteroafetiva, quanto na homoafetiva, conforme reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.

A clara opção do legislador, de duvidosa constitucionalidade, foi prestigiar o sistema sucessório do casamento, estabelecendo regras mais favoráveis ao cônjuge do que ao companheiro sobrevivente. Ignorou toda a evolução histórica da união estável e, ao mesmo tempo, atentou frontalmente contra a ideologia constitucional de proteção especial do Estado dedicada a quem vive em companheirismo.

Trata-se de visível e indiscutível retrocesso. E, lembrando a sede constitucional da proteção da união estável, é de se pontuar a proibição de retrocesso social, também denominada proibição de evolução reacionária, que advém da mais avançada doutrina constitucional. [...] (FARIAS; ROSENVALD, 2015b, p.282)

É inquestionável que os institutos em análise estável não significam a mesma coisa, caso o fossem a própria Constituição Federal não teria possibilitado a conversão de união estável em casamento. De fato estes se referem a entidades familiares distintas merecedoras da devida proteção do Estado.

Em que pese a distinção que as circundas, não há, todavia, que se falar em hierarquia entre elas, pois, referem-se, conforme já mencionado, a entidades familiares merecedoras da devida proteção estatal o quê, por conseguinte, não justifica o tratamento discrepante acima evidenciado.

Tendo isto em mente, imperioso se faz nesse momento, demonstrar os posicionamentos doutrinários e jurisprudências que ponderam sobre a inconstitucionalidade das normas em comento.

5 CRÍTICAS À HIERARQUIA AXIOLÓGICA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES

Inúmeras discussões foram travadas, vários posicionamentos são observáveis, culturas legislativas são fixadas a fim de regularem as entidades familiares existentes, principalmente no que toca os direitos sucessórios que as circunda conforme elucidados nos tópicos anteriores.

Assim, considerando tais fatos, bem como as determinações legais vigentes tem-se que a concepção que preconiza a hierarquia entre as entidades familiares é gritantemente inconstitucional, não podendo assim, prevalecer (NEVARES, 2015, p.140).

Para tanto a fim de corroborar com o exposto, segue os ensinamento de Consoante Vincenzo Scalisi sobre o instituto de família no ordenamento jurídico brasileiro:

O novo direito brasileiro realizou a passagem da família como valor em si ou estrutura portadora de um valor em si, à pessoa humana, não somente como fim direto e imediato da tutela jurídica, mas ainda como razão justificadora da relevância da instituição familiar. A família – como escreveu o Prof. Trabucchi – se torna um ente regulado para a vida e desenvolvimento de seus membros. Como tal, ela assume um valor para o direito somente enquanto instrumento de promoção e desenvolvimento da personalidade individual e em vista da obtenção de uma melhor qualidade de vida (SCALISI, *La famiglia e lefamiglie*, p.274, *apud*, NEVARES, 2015, p.140).

Depreende-se do exposto que se procura proteger não só as relações em si, mas sim os indivíduos que as forma a fim de que a dignidade da pessoa humana seja devidamente resguardada. Tendo isto em mente, como é possível legislar no sentido de que o casamento seria uma entidade superior aos demais, se todos os organismos sociais possuem a mesma função de promover o desenvolvimento de cada pessoa envolvida nessas relações.

Ao admitir que as incongruências acima alinhavadas perdurem na sociedade estar-se-á, protegendo mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, pelo simples motivo de que estas optaram por relacionarem-se dentro dos mantos do matrimônio.

Tal fato caracteriza gritante contrariedade ao ordenamento constitucional, ferindo por morte o princípio da igualdade, corolário da sociedade, vez que estabelece privilégios a alguns em detrimento de outros. (NEVARES, 2015, p.141)

O preceito constitucional oriundo do artigo 226, §3º é claro e não enseja qualquer interpretação de que haveria prioridade de tratamento para o instituto do casamento. Nesse sentido colaciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

[...] configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casa-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como uma norma de indução. Contudo para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, para facilitar uma situação não significa dificultar a outra. (LÔBO, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*, p. 43, *apud*, NEVARES, 2015, p.141)

Evidencia-se assim que não deve haver tratamento desigual, hierarquizando uma entidade em detrimento da outra, o que pode haver, todavia, dentro dos ditames legais é evidenciar as diferenças a fim de que proteções distintas e oportunas quanto a esta.

Para tanto, destaca-se que a diferença precípua entre o casamento e a união estável encontra-se na maneira das suas constituições, ante a solenidade que circunda este frente à situação de fato, que marca aquele.

Neste rumo, um tratamento discrepante justificável encontra-se nos ditames previstos no artigo 1.647 do Código Civil, que impede que os cônjuges de praticarem determinados atos sozinhos, o que não ocorre aos companheiros, frente a sua formação ser em virtude de realidades fáticas não solenizadas.

No mesmo viés, também se justifica a possibilidade da emancipação somente para aqueles que celebrarem o ato formal do casamento, haja vista que a fim de assegurar direitos de terceiros, necessário se faz a formalismo do casamento para que se possa comprovar a possibilidade a emancipação.

O formalismo que circunda o casamento possibilita ainda, a possibilidade de suspensão do prazo prescricional entre os cônjuges previsto no artigo 197, inciso I do Código Civil de 2002, *in verbis*.

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. (BRASIL, 2002)

Tal previsão seria impossível para aqueles que vivem em união estável, vez que não se tem como ao certo determinar quando esta de fato se iniciou como ocorre no casamento (NEVARES, 2015, p.148).

Conclui-se assim, que as normas informadas pelos princípios relativos à solenidade do matrimônio, não podem por lógica serem estendidas à união estável o que justifica o

tratamento discrepante ao conceder certos direitos a estes em detrimento daqueles, no que tange as perspectivas em comento.

Assim, conforme ensina NEVARES (2015, p.143) ao contrário do que ocorre com as normas estabelecidas no viés acima mencionado, os preceitos normativos informados por princípios próprios de convivência familiar, devem ser aplicados sim a união estável, a fim de que os ditames constitucionais sejam devidamente respeitados, razão pela qual se demonstra mais uma vez a institucionalidade que circundam os preceitos sucessórios outrora evidenciados.

Considerando tudo o que foi exposto até o presente momento conclui-se que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 afastou-se dos preceitos constitucionais esperados para o tratamento do tema sobre a sucessão hereditária do companheiro, não respeitando as peculiaridades que circundam tal instituto, o que por consequência fez com que inúmeros doutrinadores entendessem pela sua inconstitucionalidade, sendo a questão levada até mesmo a apreciação dos nossos tribunais conforme se demonstra a seguir.

5.1 A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Durante todo o presente trabalho tentou-se demonstrar que a sucessão hereditária deflagrada a companheira é incompatível com os preceitos constitucionais vigentes, razão pela qual seria deliberadamente inconstitucional.

Há flagrante desequilíbrio nas normas existentes no que tange aos direitos concedidos aos conviventes sobre o manto do matrimônio daqueles que vivem uma união de fato com a comunhão da vida e dos valores domésticos.

Assim, muitas manifestações no sentido de elucidar tais impropérios foram sendo elaboradas e diversos posicionamentos doutrinários levantados. Nesse rumo, no intuito de demonstrar que se alega, segue em breve linhas, algumas teses doutrinárias sobre o tema.

Em que pese o artigo 1790 determinar a sucessão do companheiro somente em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, surge discussões sobre a quem pertenceria os demais bens quando somente houvesse o companheiro na linhagem sucessória.

Há quem defenda que o companheiro sobrevivente concorreria com o Estado, todavia, na tabela doutrinária, entende-se pela inconstitucionalidade de tal pensamento, repudiando-o, razão pela qual, optam pela aplicabilidade do art. 1844 do Código Civil, ficando assim, o sobrevivente com a totalidade da herança.

A corrente majoritária e defensora desta vertente é comporta, dentre outros, por Caio Mário da Silva Pereira, Chistiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Mario Roberto de Faria, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Silvio de Salvo Venosa. (TARTUCE, 2014, p.1236)

Em que pese à discussão acima alinhavada, há ainda doutrinadores que entendem pela inconstitucionalidade total do artigo 1.790, haja vista que este desprezaria a equalização do companheiro ao cônjuge, constante do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, o que atentaria os principio da dignidade de pessoa humana e da isonomia, vertente esta defendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Paulo Lôbo, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Zeno Veloso. (VELOSO, 2008, p. 1955, apud, TARTUCE, 2014, p. 303)

Outros, como, por exemplo, Flávio Tartuce (2014, p. 306) condenam apenas parte do referido diploma legal, haja vista a patente inferioridade conferida aos companheiros que emana deste dispositivo.

Inúmeros são os posicionamentos, a incerteza paira de maneira sólida sobre a questão, razão pela qual a problemática, por óbvio alcançou os tribunais de justiça, sendo que cada momento e região entendem pela aplicabilidade desta norma de forma distinta.

Com a finalidade de elucidar o que se propõe segue alguns julgados sobre o tema:

Agravo de instrumento. Inventário ajuizado por sedizente companheira do *de cuius*. Questão prejudicial, Colaterais ainda não citados. Necessário o reconhecimento, por primeiro, da existência de união estável para posterior pronunciamento sobre a aplicabilidade e alegada inconstitucionalidade do art. 1790, do CC/2002. Exige-se – antes do pronunciamento por este Tribunal sobre a questão relativa à constitucionalidade ou não do art. 1790 do CC/02 – que se determine se a agravante foi ou não companheira do falecido. Ou seja, primeiro se deverá determinar a vinculação existente entre o falecido e a agravante, para depois se enfrentar a alegação da recorrente de que seria herdeira exclusiva do falecido, pois questão prejudicial. Ademais, existentes parentes colaterais, que, enquanto não solvida a questão da existência ou não da união, devem ser citados. Agravo desprovido. (TJRS, Agravo de Instrumento 70021945092, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 05.12.2007, DOERS 19.12.2007, p. 31, apud, TARTUCE, 2014, p. 307)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. Conforme o entendimento uníssono desta Câmara, é inconstitucional a aplicabilidade do artigo 1790, do Código Civil, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, equiparou o companheiro ao cônjuge. Logo, é inviável a diferenciação hereditária entre o companheiro e o cônjuge supérstite. USUFRUTO VIDUAL. O Código Civil atual não prevê o usufruto vidual ao cônjuge, o que implica que, reconhecida a paridade entre cônjuge e companheiro, não há falar na incidência da Lei nº 9.278/96

e, via de consequência, do direito do companheiro ao usufruto viudal. Deram parcial Provimento ao agravo. (TJRS, Agravo de Instrumento 70022652879, 8ª Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. AlzirFelippeSchmitz, j. 10.04.2008, DOERS, 16.04.2008, p.39, *apud*, TARTUCE, 2014, p.307)

Inventários Sucessão da companheira Inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil Regime sucessório do cônjuge sobrevivente - Não havendo descendentes e ascendentes, a companheira recolhe toda a herança Recurso provido. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0078186-86.2013.8.26.0000, Acórdão 6878634, Peruíbe, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 25.07.2013, DJESP 06.0.2013)

Sucessão do(a) companheiro(a), Decisão agravada que declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e determinou a retificação do plano de partilha apresentado pela companheira sobrevivente do autor da herança. Correção, Inaplicabilidade do artigo 1.790 do CC/2002. Tratamento desigual dado pelo legislador aos viúvos (casados ou não) que afronta os postulados constitucionais da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana. Sucessão que deverá obedecer às regras da sucessão legítima dos cônjuges (art. 1.829 do CC/2002). Decisão mantida. Recurso desprovido, revogado o efeito suspensivo (TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.283225-0, Acórdão 4391378, 1ª Câmara de Direito Privado, Bauru, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 23.03.2010, DEJSP 12.05.2010, *apud*, TARTUCE, 2014, p.309)

Inventário. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1790, III, do CC/2002. Falecida a companheira, sem deixar descendente ou ascendentes, herda com exclusividade seu companheiro. Interpretação sistemática da atual ardem constitucional. Art. 1.829, III, CC/2002 c/c 226 CF. Falecido o companheiro-herdeiro no curso do inventário, sucede-o seu filho, único herdeiro, ao qual devem ser adjudicados todos os bens inventariados, em detrimento dos colaterais da autora da herança. Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento 654.999.4/7, Acórdão 4034200, 4ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 27.08.2009, DJESP 23.09.2009, *apud*, TARTUCE, 2014, p.312)

Arrolamento. Companheiro sobrevivente. Reconhecimento incidental da união estável, á vista das provas produzidas nos autos. Possibilidade. Exclusão do colateral. Inaplicabilidade do art. 1.790, III do CC, por afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e leitura sistematizada do próprio Código Civil. Equiparação ao cônjuge supérstite. Precedentes. Agravo Improvido. (TJSP, Agravo de Instrumento 609.024.4/4, Acórdão 3618121, 8ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 06.05.2009, DJESP 17.06.2009, TARTUCE, 2014, p. 312)

Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito á totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. Inconstitucionalidade artigo 1.790, inciso III, do Código Civil. A decisão agravada está correta. No caso, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório, não havendo razão para os parentes colaterais permanecerem no inventário. As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros, no Novo Código Civil, são inconstitucionais. Isso porque a nova Lei substantiva - artigo 1.790, inciso III, do Código Civil - rebaixou o *status*, hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios da fundamentais da igualdade e da dignidade. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei acima citada, deve o incidente de inconstitucionalidade ser apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, artigo 481 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 209 do RITJRGS, Incidente de inconstitucionalidade suscitado (TJRS, Agravo de Instrumento 70027138007, 8ª Câmara Civil, Porto Alegre. Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 18.12.2008, DOERS 11.03.2009, p. 31, *apud*, TARTUCE, 2014, p. 312 e 313)

As controvérsias sobre o tema são inegáveis, não há estabilidade e garantia do direito aos que vivem na constância de uma união estável. Há momentos e tribunais que pesam para a inconstitucionalidade albergando os interessados com mantos protetivos diferenciados daqueles que optam pela sua constitucionalidade.

Não há estabilidade e certeza do direito, os companheiros ainda encontram-se a margem da sociedade principalmente no que tange aos direitos sucessórios que lhes são outorgados.

Neste rumo, frente aos inúmeros processos existentes sobre o tema, juntamente com os posicionamentos doutrinários existentes, em abril de 2015 foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) 878694 em que se discute a legitimidade do tratamento diferenciado dado a cônjuge e a companheiro, pelo artigo 1.790 do Código Civil, para fins de sucessão.

Registra-se, por oportuno, que o RE consiste em um instrumento recursal de caráter excepcional para o Supremo Tribunal Federal contra decisões de outros tribunais, em única ou última instância, quando houver ofensa à norma da Constituição Federal. (GLOSSÁRIO JURÍDICO, 2015)

Para ser admitido o Recurso Extraordinário, a matéria constitucional deve ser pré-questionada, nascendo aí o instituto da repercussão geral. Em outras palavras, a sentença recorrida tem de tratar especificamente do dispositivo da Constituição que se pretende fazer valer, no presente caso, refere-se ao artigo 226 da Carta Magna.

O objetivo da Repercussão Geral é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica, evitando assim, o abarrotamento de recursos. (GLOSSÁRIO JURÍDICO, 2015)

Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. Ou seja, a forma como se decide em sede de Recurso Extraordinário deverá ser seguida por todo o judiciário, evitando-se assim, decisões controvertidas sobre o tema.

Em que pese às elucidações feitas, conforme mencionado, em abril de 2015 o RE nº 878694 foi devidamente acolhido, vez que a discussão embasadora da sua proposição, qual

seja os preceitos legais da sucessão hereditária do companheiro, preencheram os requisitos necessários para a configuração da repercussão geral necessária, nos seguintes termos:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.

2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral reconhecida.

1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa transcrevo:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações.

2) A teor do inciso III do art. 1790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus.

2. O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, I, e 226, § 3º, ambos da Constituição. Defende-se a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por prever tratamento diferenciado e discriminatório à companheira em relação à mulher casada. A recorrente alega, ainda, a violação à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o acórdão permitiu a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente. Requer ainda que, verificada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, seja declarada a aplicação do art. 1.829 do mesmo Código, em consonância ao disposto na Constituição.

3. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

4. O art. 1.790 do Código Civil prevê o seguinte:

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.

5. Por sua vez, o art. 1.829 do Código Civil dispõe:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

6. Possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivos que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, distinguindo a família proveniente do casamento e da união estável, especialmente à luz do princípio da isonomia e do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

7. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico: (i) social, por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), o que pode resultar numa situação de desamparo não apenas emocional, como também financeiro; e (ii) jurídico, porque relacionado à especial proteção conferida pelo Estado à família, como prevê o art. 226, caput, da Constituição de 1988.

8. Por fim, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação do Judiciário em casos semelhantes. A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

9. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em exame.

10. É a manifestação. Brasília, 27 de março de 2015. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – Relator (JURISPRUDENCIA e REPERCUSSÃO, 2015)

Considerando que o Próprio Superior Tribunal Federal entendeu haver inquestionáveis incontroversas sobre o tema, que apontam para a inconstitucionalidade do artigo em comento, especialmente à luz do princípio da isonomia e do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual é reconhecida a união estável como entidade familiar merecedora de toda a proteção do Estado.

Considerando que o tratamento diferenciado hoje em voga fere por morte as proteções jurídicas destinadas as relações familiares num momento de particular gravidade, que pode resultar numa situação de desamparo não apenas emocional como também financeiro.

Tem-se que todas as discussões travadas até o presente momento se fizeram frutíferas ao menos para levar a questão ao debate máximo da esfera judiciária brasileira, para que assim, possa-se findar qualquer discussão sobre o tema, restando, agora, somente aguardar o julgamento da questão.

Em que pese os fatos outrora narrados, o RE em comento foi levada a efetivo julgamento em agosto do corrente ano, sendo, todavia suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

Ocorre que até a presente data 07 (sete) Ministros já votaram pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002, sendo considerado pelos

doutrinadores matéria encerrada e confirmada, haja vista que a maioria dos julgadores se manifestaram nesse sentido.

Sobre a questão segue informativo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família:

Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) participou como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) julgada, nesta quarta-feira (31), acerca da concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro, no Supremo Tribunal Federal (STF). Com sete votos favoráveis, os ministros decidiram pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que, conferido pelo Código Civil, trata de forma diferenciada os cônjuges e os companheiros no que diz respeito à sucessão hereditária. Com pedido de vista de Dias Toffoli, ainda estão pendentes os votos de Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O IBDFAM defende a inconstitucionalidade do artigo.

Diante do resultado obtido nesta quarta-feira, apesar do pedido de vista de Dias Toffoli, Ana Luíza Maia Nevares, vice-presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do IBDFAM, que proferiu sustentação oral representando o instituto, considera definitiva a decisão, uma vez que a maioria dos ministros já se posicionou favoravelmente à inconstitucionalidade do artigo 1.790. Para ela, o impacto da decisão é “enorme”, pois irá repercutir de forma bastante contundente, trazendo maior segurança no sentido de previsibilidade dos julgamentos.

Quanto aos casos apreciados anteriormente pelo Poder Judiciário, Nevares explica que “não cabem recursos. Segundo o que foi sugerido pelo ministro (Luís Roberto) Barroso, essa decisão será aplicada somente às partilhas que ainda não foram estabelecidas. A modulação não atinge essa partilha e as estruturas já estabelecidas”, conclui.

De acordo com a norma, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, obedecendo quatro condições: a primeira delas diz respeito à concorrência com filhos comuns, quando o companheiro terá direito a uma cota equivalente à que, por lei, for atribuída ao filho; no segundo caso, se concorrer com descendentes só do autor da herança, terá a metade do que couber a cada um deles; a terceira condição diz respeito aos outros parentes sucessíveis, quando o companheiro terá direito a um terço da herança; por último, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

RETRÓGRADO E PRECONCEITUOSO

Para a professora Giselda Hironaka, diretora nacional do IBDFAM, o histórico do artigo 1.790 já induz ao entendimento de que ele carrega consigo inúmeros problemas, eis que só foi inserido no texto do Projeto de Código Civil com a Emenda nº 358, apresentada pelo senador Nelson Carneiro.

Segundo ela, antes dele, nada constava a respeito da sucessão do companheiro, e a escolha do habitat legislativo para a sua inserção foi extremamente desastrosa, uma vez que não foi acolhido pelo dispositivo que abrigou a ordem de vocação hereditária, mas restou instalado fora do título destinado à Sucessão Legítima, no título destinado à Sucessão em Geral, no Capítulo das Disposições Gerais.

“O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável”, argumenta.

No mesmo sentido, Zeno Veloso esclarece que o “art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”, chegando à conclusão de que “a

discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.

Em outras palavras, a questão debatida pelo Supremo, aos olhos da Constituição, diz respeito à atribuição de direitos sucessórios diversos ao casamento e à união estável. O IBDFAM considera inconstitucional o trato diferenciado em matéria sucessória entre cônjuge e companheiro e requereu ao STF que proclame o reconhecimento jurídico da equiparação entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória, “pois não há família de segunda classe”, completa Veloso.

“O tema da concorrência sucessória entre cônjuge ou companheiro e demais herdeiros do falecido, especialmente os descendentes e colaterais, tem causado muitas provocações, perturbações, dúvidas, reflexões, desafios e tentativas – esta é a verdade – desde a promulgação do Código Civil até os dias de hoje”, diz a professora Giselda Hironaka.

Ela explica, ainda, que o Código Civil deixou à deriva inúmeros aspectos corriqueiros na vida comum (no que diz respeito ao regramento sucessório), sem uma indicação mais precisa a respeito do que exatamente fazer no caso real e específico. “Os ‘vazios’ encontráveis no tecido legal do Código, e que não permitem se possa ter ou acolher uma posição terminativa para todos os casos semelhantes, acarretou, nestes quase treze anos de sua vigência, um tal desconforto que é possível dizer que injustiças foram praticadas, porque se julgou diferentemente casos assemelhados”, afirma.

Para ela, as diversas decisões dos tribunais sobre a matéria representaram um verdadeiro “caos jurisprudencial”. O tema é polêmico, afirma Giselda, “ainda que determinados pontos – os mais fortes, importantes, prementes e urgentes – sejam tratados pela vigorosa maioria dos sucessionistas de maneira muito próxima, isto é, a partir de reflexões e conclusões bastante assemelhadas e coerentes. Mas, como sempre, no direito, há vozes que correm em sentido inverso, às vezes sem tanto cuidado, cautela, ou acerto teórico”.

A decisão do STF afetará, por repercussão geral, todos os casos assemelhados. “A decisão da Suprema Corte, quer declare a inconstitucionalidade do dispositivo legal em apreço, quer o julgue válido e, portanto, apto a produzir seus efeitos, fará com que a decisão ultrapasse o limite do caso concreto que ali se julga, para alcançar o interesse de toda a coletividade. É de se esperar, portanto, que prevaleça o bom senso e o bom direito”, conclui. (IBDFAM, 2016)

Assim diante de tudo o que foi demonstrado no presente trabalho, bem como em razão do julgamento que se segue perante o STF pode-se concluir que o tratamento dispensado a sucessão oriunda da união estável encontra-se eivado de gritante inconstitucionalidade, sendo referida circunstância reconhecida nos termos acima exarados, faltando apenas sua devida homologação.

Corroborando para comprovação do que se alega, segue trecho da justificativa do voto do proferido por Barroso acolhendo a alegação de inconstitucionalidade do preceito normativo em comento.

III. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E VEDAÇÃO AO RETROCESSO

III.1. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

50. Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica

(1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁵. No caso da previsão de um regime sucessório diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações.

51. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração²⁶. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiante de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar.

52. Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A 25 Luís Roberto Barroso, "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais*, vol. 919, p. 127, maio/2012. 26 Ronald Dworkin, *The sovereign virtue: the theory and practice of equality*, 2002, p. 1-7. 20 autonomia privada consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Trata-se de uma questão que toca a intimidade de cada indivíduo, de sua vontade de seguir (ou não) tradições, crenças e sonhos, e de viver sua união segundo a sua própria concepção de vida boa. Porém, quando o Código Civil cria regimes sucessórios diversos para os casais casados e para os que vivem em união estável, restringe-se inequivocamente a autonomia de optar por um ou outro regime. Considerando-se que, na quase totalidade dos casos, o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge, o ordenamento jurídico impõe um ônus maior às famílias em união estável. Assim, acaba-se induzindo quem deseja viver em união estável a adotar o modelo do casamento, por receio de que seus parceiros não venham a fazer jus ao regime sucessório devido.

53. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1988.

54. Em verdade, a ideia de se prever em lei um regime sucessório impositivo parte justamente da concepção de que, independentemente da vontade do indivíduo em vida, o Estado deve fazer com que ao menos uma parcela de seu patrimônio seja distribuída aos familiares mais próximos no momento de sua morte, de modo a garantir meios de sustento para o núcleo familiar. E não faz sentido desproteger o companheiro na sucessão legítima apenas porque não optou pelo casamento. O fato de as uniões estáveis ocorrerem com maior frequência justamente nas classes menos favorecidas e esclarecidas da população apenas reforça o argumento da impossibilidade de distinguir tais regimes sucessórios, sob pena de prejudicar justamente aqueles que mais precisam da proteção estatal e sucessória.

55. Diante do exposto, conclui-se que a diferenciação entre os regimes sucessórios 21 do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

III.2. Violação ao princípio da proporcionalidade

56. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.

57. No caso em discussão, a violação à proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é bastante evidente. Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência 27 Sobre o tema, ver: Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2014, p. 482 e sgs; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015. 28 Nesse sentido, vejam-se: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Enrique Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio. 29 A proteção insuficiente de determinado direito ou princípio constitucional é apurada através da aplicação dos subprincípios da princípio da proporcionalidade, devendo-se verificar, no caso concreto, “(a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo ou princípio constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).” (Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, 2014, p. 481) 22 constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido.

III.3. Violação ao princípio da vedação do retrocesso

58. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso³⁰. Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional

conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.

59. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Isso limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial.

60. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 30 Sobre o tema, ver: Christian Courtis (org.), Niunpaso atrás: La prohibición de regresividaden material de derechossociales, 2006; Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003, p. 370. Felipe Derbli, Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988, In: A reconstrução democrática do direito público no Brasil, 2007; Ingo Wolfgang Sarlet. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 15, set.-nov./2008. 23 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988.

61. Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. No que concerne a essa involução, convém destacar que a proposta de redação originária do artigo do CC/2002 que versava sobre regime sucessório foi elaborada em 1985, antes mesmo da edição da Constituição de 1988. Embora tenham transcorrido mais de quinze anos entre o projeto original da norma sobre o regime sucessório dos companheiros e a efetiva promulgação do Código Civil (em 2002), a proposta permaneceu praticamente inalterada. Não foram consideradas em sua elaboração nem a completa alteração dos paradigmas familiares pela nova Constituição, nem a igualação dos regimes sucessórios de cônjuges e companheiros pelas leis posteriores. Nesse sentido, veja-se que o relatório geral da Comissão Especial do Código Civil apontou uma preferência expressa pelo instituto do matrimônio como fundamento do regime sucessório dos companheiros aprovado pelo CC/2002: “As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge superstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio -- quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. (...) Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável”

62. Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias 31 Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que instituiu o Código Civil. Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza, volume 1, p. 44. O regime

sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção. 63. Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso (CÂMARA, 2016).

Ultrapassada tais ponderações, restando assim deliberadamente reconhecido a inconstitucionalidade do artigo em pauta, quando do termino da votação, que a tudo indica penda para o reconhecimento do impropério alegado, e conseqüente proferimento da respeitável decisão, após a sua homologação, esta terá efeitos sobre todas as esferas judiciais devendo ser observada a fim de que se efetive o direito dos companheiros.

Roga-se para que a partir da entrada em vigor dos novos preceitos sobre o tema, haja maior estabilidade para os direitos sucessórios daqueles que vivem na constância da união estável, que a que tudo indica terá seus direitos equiparados àqueles que vivem sobre o manto do casamento.

Destarte a importância das mudanças que estão por vir, indaga-se se estas, nos termos como estão sendo moldadas, acabaram por trazer a luz os princípios constitucionais que tanto se espera ou afastaram seus verdadeiros intuitos.

5.2 Normas a serem aplicadas as sucessões dos companheiros

Assim, efetivamente ficou demonstrado que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 não encontra amparo na Constituição de 1988, caracterizando-se como norma discriminatória e anacrônica, e proporcionando uma hierarquização do casamento em relação à união estável.

Em que pese essa nova realidade e a eminência da declaração da inconstitucionalidade do mesmo Barroso, quando do proferimento de seu julgamento sobre o tema versou sobre a necessidade de se estipular como referida relação deve ser tratada segundo a nova visão que se paira sobre o mundo jurídico atual. Neste rumo, concluiu, por duas alternativas, senão veja-se:

Nesse ponto, duas alternativas poderiam ser aventadas. A primeira delas parte da ideia de que, retirada a validade da norma pela declaração de sua inconstitucionalidade, as relações jurídicas devem ser regidas pela norma anteriormente existente, que supostamente havia sido retirada do ordenamento pela

norma declarada inválida. Na presente hipótese, isso significaria restabelecer a validade do regime estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. Já a segunda alternativa se funda na concepção de que se deve garantir regimes sucessórios iguais a cônjuges e companheiros, de modo a não promover uma diferenciação ilegítima dessas duas formas de constituição familiar. Como resultado, no caso, o regime estabelecido pelo próprio CC/2002 para os cônjuges seria estendido aos companheiros. A solução mais acertada é justamente esta última. Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regramento sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente. Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (CÂMARA, 2016).

Conclui-se do exposto o entendimento no qual com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002, as relações sucessórias vivenciadas pelos companheiros passam a ser regidas pelas normas estabelecidas para o casamento, haja vista a inexistência de hierarquização entre os institutos que pautasse qualquer tratamento diferenciado, quando considerado os preceitos sucessórios.

Com a finalidade ainda de por fim a qualquer insegurança que tal mudança do ordenamento jurídico pátrio possa trazer, o ministro relator entendeu ainda, ser imprescindível determinar que a mudança deve alcançar apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública (CÂMARA, 2016).

Evidencia-se assim, um marco na mudança legislativa no que toca os direitos sucessórios, sendo que a partir da homologação da decisão do RE em comento, haverá um reestruturação da ordem vocacional, impedindo assim tratamentos discrepantes e injustificáveis para aqueles cujo intuito precípua é a constituição de uma entidade familiar.

Registra-se por derradeiro que em que pese os direitos sucessórios, inobstante o avanço alcançado, para que não haja qualquer discriminação, injustiça ou ilegalidade é necessário que as normas que versem sobre o tema levem em consideração não só o patrimônio existentes, mais também as características próprias que circundam os bens e os herdeiros sucessórios, a fim de que este atinja efetivamente os preceitos constitucionais existentes (NEVARES, 2015, p.33).

Deve-se comungar do entendimento de que não se procura proteger somente uma instituição ou o patrimônio em si, mais sim os indivíduos que compõem as relações, a fim de que os preceitos constitucionais da dignidade humana, igualdade e isonomia sejam devidamente observados.

Assim, conclui-se que as mudanças horas observadas e que se encontram na eminência de serem efetivadas, configuram grande passo para o avanço da proteção dos direitos sucessórios, para que estes passem efetivamente a protegerem os indivíduos na forma como preceitua a Constituição Federal vigente.

6 CONCLUSÃO

A família, conforme elucidado no transcórre deste trabalho, vem sofrendo constantes mudanças ao logo dos tempos frente à evolução da sociedade. Assim, com a finalidade de adequar-se a tais modificações, a legislação gradativamente também foi sendo alterada, registra-se que o intuito precípua de tais fatos é tutelar os direitos e deveres decorrentes da formação destas unidades.

Antes da Constituição Federal vigente, a família exclusivamente era considerada válida se decorrente de matrimônio, o que geraria efeitos legais apenas no caso de haver casamento válido e eficaz, sendo este o único legitimador do núcleo familiar.

Em observância a evolução dos moldes morais e sociais, o mesmo dispositivo legal supra mencionado, qual seja a Constituição Federal vigente assegurou após sua publicação em 1988, a especial proteção do Estado a este instituto, caracterizando a família como base da sociedade em seu artigo 226.

Dentre outras determinações o artigo em comento reconheceu em seus parágrafos outras formas de entidades familiares, além daquela oriunda do vínculo do matrimônio, quais sejam, a União Estável e a família mono parental que se refere à comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Nesse diapasão, a união estável, antes denominada concubinato, foi reconhecida como um tipo de entidade familiar e passou a merecer a devida proteção estatal, razão pela qual, dentre outras determinações, passou a ser tutelada pelo direito de família, tornando-se necessária a criação de normas que regulassem as relações entre pessoas que assim se correlacionam.

Ocorre, todavia, que o Código Civil vigente, a época da promulgação do texto constitucional exarado, seguindo os preceitos das sociedades matrimonizadas, acabava por marginalizar o instituto da união estável, razão pela qual se fez necessária à edição das Leis nº 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996, cujo intuito precípua era angariar direitos sucessórios para entidade em comento.

Quando da promulgação de tais instrumentos legais já era possível observar gritante disparidade de tratamento entre o casamento e a união estável, o legislador preferia garantir mais direitos para estes em detrimento daqueles.

Posteriormente, com a promulgação em 2002 do Código Civil vigente, referidas discrepâncias se concretizaram e ultrapassaram os preceitos constitucionais vigentes, ante a

diferença de tratamento sucessório para as entidades familiares reconhecidas e protegidas pelo Estado.

Tem-se que referido regulamento elevou o cônjuge à qualidade de herdeiro necessário e passou a tratar o companheiro de forma diferenciada ao que preceituava as Leis supracitadas que tratavam desta situação, evidenciando uma hierarquização inexistente frente as estipulações constitucionais.

Conclui-se, portanto, que existe ainda hoje, mesmo com tamanha evolução dos tipos de estruturas de famílias e as diversas maneiras em que as pessoas se relacionam e se agrupam de acordo com seus laços afetivos, uma discriminação por parte da legislação no que se refere aos tipos de entidades familiares.

Em que pese a ocorrência de tal fato, surgiu na doutrina e na jurisprudência correntes de pensamentos que defendiam a inconstitucionalidade das normas que tratassem de maneira hierarquizada as entidades familiares, principalmente em relação ao artigo 1790 do Código Civil que trata especificamente da sucessão hereditária conferida aos companheiros.

Em que pese às inúmeras discussões sobre o tema, coube ao Supremo Tribunal Federal deliberar sobre a questão quando da análise do RE 878.694, cuja repercussão geral fora devidamente acolhida.

Os eméritos julgadores quando da análise do tema, entenderam pela inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, posicionamento este defendido e acompanhado por mim, determinando, por conseguinte a retirada deste dos seios normativos vigentes, garantido aos companheiros o mesmo tratamento dispensados aos companheiros.

Considerando o avanço alcançado, cuja homologação se encontra pendente, entendo ainda, que há necessidade de reforma legislativa no que tange os direitos sucessórios, pois, a meu ver, o legislador deve atentar-se as peculiaridades de cada situação/herdeiro, a fim de que assim, os preceitos constitucionais sejam realmente observados.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. 1916. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 01/01/1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01/10/2016.
- BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 05/10/1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constitui-cao.htm>>. Acesso em: 01/10/2016.
- BRASIL. 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01/10/2016.
- CAMARA. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. 24 constituídas por união estável> Acesso em: 13/10/2016.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.2380.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a, p.688.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b, p.688.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil - Família**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015a, p. 970.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil –Sucessões**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015b, p. 525.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.870.
- GLOSSÁRIO JURÍDICO. **STF/2015**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=D&id=207>> Acesso em 13/10/2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – **IBDFAM** – 31/08/2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pel+a+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790,+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a>>. Acesso em 13/10/2016.
- JURISPRUDENCIA e REPERCUSSÃO. **STF/2015**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5556109>> Acesso em: 01/10/2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1269.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 819.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.172.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, **Direito das Sucessões**. 20º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.421.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Sucessões**. Direito Civil Volume 6. 7ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 637.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 1ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1356.

TJSP, 2006 – **Jurisprudência** TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0078186-86.2013.8.26.0000, Acórdão 6878634, Peruíbe, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 25.07.2013, DJESP 06.0.2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116837446/agravo-de-instrumento-ai-781868620138260000-sp-0078186-8620138260000>>. Acesso em 01/10/2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família. Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 483.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. Direito Civil. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 445.