

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

BÁRBARA FERREIRA GOMES

**O TRATAMENTO LEGAL DIFERENCIADO DO CÔNJUGE E DO
COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO**

MARÍLIA
2016

BÁRBARA FERREIRA GOMES

**O TRATAMENTO LEGAL DIFERENCIADO DO CÔNJUGE E DO
COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:
Prof.^a ALINE STORER

MARÍLIA
2016

Gomes, Bárbara Ferreira.

O Tratamento Legal Diferenciado do Cônjuge e do
Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro/ Bárbara Ferreira
Gomes; Orientador: Aline Store. Marília, SP: [s.n.], 2016.
50f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Cônjuge 2. Companheiro 3. Sucessão

CDD: 342.165



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

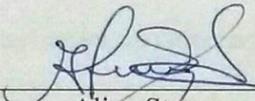
Bárbara Ferreira Gomes

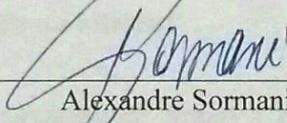
RA: 51434-9

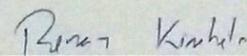
O Tratamento Legal Diferenciado do Cônjuge e do Companheiro no Direito
Sucessório Brasileiro.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa
de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Nota: 8,0

ORIENTADOR(A): 
Aline Storer

1º EXAMINADOR(A): 
Alexandre Sormani

2º EXAMINADOR(A): 
Renan Kirihata

Marília, 29 de novembro de 2016.

A todos que tiveram paciência, compreensão e dedicação ao me acompanhar durante toda essa jornada. E ao meu amigo André Luiz Alvares Messas que deixou uma saudade imensa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, por me dar forças para superar os momentos mais difíceis e por permitir a realização de um sonho.

Aos meus pais, por absolutamente tudo, por sempre estiverem do meu lado, apoiando - me, incentivando -me, torcendo por mim. Por serem meu exemplo e por fazer de mim um ser humano melhor a cada dia.

Agradeço imensamente aos amigos e amigas que estiveram junto comigo ao longo dessa jornada, em todos os momentos, desde as horas mais difíceis aos momentos de mais pura alegria, em especial aos inesquecíveis amigos: Amanda Cantarin, Ana Elisa Porto, Ana Paula Giroto, Anderson Silva, André Rossetti, André Antoniazzi, Camila Sanches, Dominique Matias, Elisiane Domingues, Elisângela de Brito, Jéssica Reis, Jéssica Charamitara, Lara Lisboa, Lucas Scalon e Mariane Miguel.

Agradeço ao corpo de docentes desta Faculdade, profissionais qualificados e competentes para ensinar. Em especial a Professora e Orientadora Aline Storer pelo conhecimento, pela dedicação e paciência ao me orientar.

Agradeço aos funcionários da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, pois sempre foram prestativos, principalmente ao pessoal do NTC (Núcleo de Trabalho de Curso), que ao longo desses cinco anos sempre foram muito atenciosos, competentes e muito pacientes.

Enfim, obrigada a todos por tornar mais prazerosa essa jornada tão longa que agora chega ao fim.

“Não tenha pena dos mortos. Tenha pena dos vivos, e acima de tudo, daqueles que vivem sem amor”.

J.K. Rowling

GOMES, Bárbara Ferreira. **O Tratamento Legal Diferenciado do Cônjuge e do Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro**. 2016. 50f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –, Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

O presente trabalho visa realizar um estudo sobre o tratamento legal diferenciado entre o cônjuge e o companheiro dentro do Direito Sucessório. No qual será abordado acerca da entidade familiar no sistema jurídico brasileiro, trazendo um breve relato histórico e conceitual a respeito da família, e sobre a regulamentação legal e por fim uma abordagem sobre o a liberdade de escolha na forma como se pretende constituir a família. Também irá tratar do Direito Sucessório no Brasil, e por fim será analisada, especificamente, a forma como ocorre a sucessão do cônjuge e a sucessão do companheiro, para em seguida se abordar a diferença existente no tratamento legal sucessório entre o cônjuge e o companheiro com ênfase na Constituição Federal e no artigo 1.790 do Código Civil.

Palavras-chave: Cônjuge. Companheiro. Sucessão

GOMES, Bárbara Ferreira. **O Tratamento Legal Diferenciado do Cônjuge e do Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro**. 2016. 50f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –, Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

ABSTRACT

This study aims to conduct a study on the different legal treatment between the spouse and the life partner in the Inheritance Law. Which will be addressed on the family unit in the Brazilian legal system, bringing a brief historical and conceptual story about the family, and the legal regulation and finally an approach to the freedom of choice in how they want to be family. It will also deal with the Inheritance Law in Brazil, and finally it will be analyzed, specifically, how is the succession of the spouse and the succession of the life partner, for then to address the difference in the legal treatment of succession between the spouse and the life partner with emphasis on the Federal Constitution and Article 1790 of the Civil Code.

Keywords: Spouse. Life Partner. Succession.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

Art.: Artigo

CC: Código Civil

EC: Emenda à Constituição

PL: Projeto de Lei

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 - A ENTIDADE FAMILIAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	2
1.1. Aspectos Históricos e Conceituais Relevantes Sobre Entidade Familiar	2
1.2. Regulamentação Legal Sobre a Família	4
1.3. A Liberdade de Escolha da Forma de Constituir a Família	6
CAPÍTULO 2 - O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL.....	12
2.1. Aspectos Conceituais Relevantes	12
2.2. Regulamentação Legal do Direito Sucessório	13
2.3. A Ordem de Vocação Hereditária.....	16
CAPÍTULO 3 - ASPECTOS DIFERENCIADOS NO DIREITO SUCESSÓRIO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO.....	19
3.1. Sucessão do Cônjuge	19
3.2. Sucessão do Companheiro	21
3.3. Tratamento Legal Diferenciado do Cônjuge e do Companheiro: Análise do Artigo 1.790 do Código Civil em Harmonia com a Óptica Constitucional.....	25
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS	34
ANEXO A - Lei 8.971 de Dezembro de 1994	38
ANEXO B - Lei 9.878 de Maio de 1996.....	39

INTRODUÇÃO

O tema proposto para este trabalho visa realizar um estudo sobre o tratamento legal diferenciado entre o cônjuge e o companheiro dentro do Direito Sucessório.

No ordenamento jurídico brasileiro estão presentes algumas diferenças no que se refere ao tratamento sucessório entre o cônjuge e o companheiro, diferença essa que em determinados casos passa a ser prejudicial para aqueles que optam pela União Estável.

Mesmo com a igualdade trazida pela Constituição Federal, uma vez que está considera o Casamento e a União Estável como entidade familiar, ainda assim, o Código Civil inferioriza o companheiro no tocante a sucessão.

Fazendo uso do método dedutivo, desenvolvendo uma pesquisa sistematizada com base, principalmente, nas doutrinas publicadas pelos autores especializados no tema no Brasil. Utilizando também da legislação brasileira, artigos em sites jurídicos e jurisprudências, o estudo irá se desenvolver em três capítulos.

No primeiro capítulo desse projeto, será abordado acerca da entidade familiar no sistema jurídico brasileiro, trazendo um breve relato histórico e conceitual a respeito da família também sobre a regulamentação legal e por fim uma abordagem sobre o a liberdade de escolha na forma como se pretende constituir a família.

Já o segundo capítulo irá tratar do Direito Sucessório no Brasil, iniciando pelos aspectos históricos, passando pela regulamentação legal tratando, principalmente, do cônjuge e do companheiro e por fim uma análise sobre como ocorre a ordem de vocação hereditária.

No terceiro e último capítulo será analisada, especificamente, a forma como ocorre a sucessão do cônjuge e a sucessão do companheiro, para em seguida se abordar a diferença existente no tratamento legal sucessório entre o cônjuge e o companheiro com ênfase na Constituição Federal e no artigo 1.790 do Código Civil.

CAPÍTULO 1 - A ENTIDADE FAMILIAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Aspectos Históricos e Conceituais Relevantes Sobre Entidade Familiar

Para entender o significado de entidade familiar no sistema jurídico brasileiro é necessária uma breve compreensão histórica, pois desde os primórdios dos tempos já se ouvia falar em agrupamentos de pessoas que interagem de forma mútua. Dentre esses agrupamentos de pessoas, surge a entidade familiar ou, simplesmente, a denominada família.

O conceito e a compreensão de família ou entidade familiar são os que mais se alteraram no curso dos tempos dentre os organismos sociais e jurídicos. Assim, afirma Lôbo:

A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX. No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. (LÔBO, 2011).

Muitas características básicas da estruturação da família como unidade jurídica, econômica e religiosa, com a presença da figura autoritária de um chefe, presente no Direito brasileiro e que perduram até os tempos atuais, vieram do direito romano.

No direito romano, a autoridade que embasava a família em todo o seu contexto vinha do poder patriarcal, o qual era exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos. Embora houvesse afeto, não era esse o elemento fundamental na constituição da família. (VENOSA, 2013).

O poder patriarcal vinha de uma única pessoa que era o símbolo basilar da estrutura familiar, intitulado como patriarca ou *pater familia*, cujo papel se baseava em prover todos os membros da família e ditar as regras a serem seguidas dentro do grupo familiar.

Não obstante, o pátrio poder era vedado às mulheres. Logo, caso o patriarca viesse a falecer, o poder era transferido obrigatoriamente ao primogênito. Na ausência deste, transferia-se para os outros homens que faziam parte do grupo familiar. Como fica demonstrado por Gonçalves:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. (GONÇALVES, 2014 A).

Com a expansão da Igreja Católica, o matrimônio do homem e da mulher passou a ser a forma sagrada, de acordo com a visão religiosa, de se constituir uma família, por meio do qual o casal se relacionava apenas para a procriação. A família passou a ser vista, desse modo, como aquela constituída somente através do matrimônio religioso, realizado nos moldes do catolicismo e dentro de suas regras.

No Brasil, antes da Proclamação da República, o casamento era exclusivamente religioso, não só com relação à celebração, mas também com relação aos efeitos. No entanto, em 1890, com o Governo Provisório casamento religioso foi, de certa forma, proibido, deixando clara a separação do Estado e da Igreja, determinando que a República só reconheceria o casamento civil. Somente com o advento da Constituição Federal de 1934, que novamente fora permitida a celebração do casamento religioso desde que houvesse habilitação perante a autoridade civil. (LÔBO, 2011).

O Casamento é uma das entidades jurídicas, sociais e religiosas mais discutidas entre os doutrinadores, além de ser uma estrutura basilar na formação das famílias ao longo dos tempos. Deste modo, afirma Dias:

Quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição da família: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. (DIAS, 2015).

Desde o início dos tempos até contemporaneidade, existe uma grande dificuldade de se conceituar família, uma vez que, hoje, o próprio Código Civil Brasileiro não a conceitue. Entretanto, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) define família como qualquer relação íntima de afeto. (DIAS, 2015).

Isso se dá, pois, cada ramo de saber adota um conceito próprio de família. A saber, para a história e sociologia, ela é o conjunto de pessoas que habitam a mesma casa. Ademais, a antropologia já a define em função da interdição de relações sexuais incestuosas. Outrossim, na psicanálise, a definição parte dos papéis psicológicos desempenhados pelas pessoas. Como se não bastasse, o direito, por sua vez, adota a definição de família tendo em vista certas relações jurídicas entre os sujeitos. (COELHO, 2012).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, discorreu em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (BRASIL, 2011).

A Magna Carta não traz o conceito de família, mas demonstra de forma exemplificativa a existência de três entidades familiares, quais sejam, a formada pela União Estável, a formada pelo Casamento, seja ele civil ou religioso com efeitos civis, e a família Monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Todavia, isso não exclui o fato de existirem outros tipos de estruturas familiares, como a união homoafetiva, a família pluriparental, as quais serão tratadas mais adiante.

A família sempre será o núcleo fundamental de formação da sociedade e sempre haverá dificuldade em se conceituá-la, devido aos diversos tipos de família existentes e que ainda possam surgir, uma vez que a sociedade está em constante modificação.

1.2. Regulamentação Legal Sobre a Família

Historicamente, a existência da família brasileira esteve vinculada ao casamento, isto é, desde os tempos da colonização do Brasil até o fim do século XIX, é visto como forma de se constituir uma família devido a influência do catolicismo.

Entretanto, após a Proclamação da República, o casamento civil passou a ser o único meio de constituição de família legítima, e não mais exclusivamente o casamento religioso.

Contudo, ainda que fosse um casamento civil, era impossível sua dissolução. Assim afirma Lôbo:

Um dos primeiros atos da República, proclamada em 1889, foi a subtração da competência do direito canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio, que se tornaram seculares ou laicas. O casamento religioso ficou destituído de qualquer efeito civil. A Constituição de 1891 assim o enunciou: “A República só conhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art. 72, § 4º). (LÔBO, 2011).

Nada foi modificado, com a vinda do Código Civil de 1916, no século XX, uma vez que o Casamento permaneceu com uma única forma aceita e legal de se constituir uma família. Nas palavras de Venosa:

O legislador do Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, aquela constituída sem casamento, fazendo apenas raras menções ao então chamado concubinato unicamente no propósito de proteger a família legítima, nunca reconhecendo direitos à união de fato. O estágio social da época impedia o legislador de reconhecer que a grande maioria das famílias brasileiras era unida sem o vínculo do casamento. (VENOSA, 2013 A).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mudanças significativas ocorreram, isto é, a Magna Carta trouxe em seus artigos a garantia de proteção à família, independentemente do casamento, deixando de prever o matrimônio como único meio para se constituir uma família.

A Constituição de 1988 não só concretizou a proteção da família, como também reconheceu como entidade familiar outros tipos de família, que não só aquela oriunda do matrimônio, como a família monoparental e a união estável. Nesse sentido, afirma Carlos Roberto Gonçalves:

A aludida Carta Magna alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. (GONÇALVES, 2014 A).

O Código Civil de 2002 incorporou em seu texto muitas das alterações trazidas pelas leis especiais e também introduziu importantes mudanças em todos os livros do ordenamento civil, especialmente no Direito de Família. (OLIVEIRA, 2016).

Conforme Oliveira (2016) explica, o novo Código manteve a estrutura de divisão de Parte Geral e Parte Especial utilizada pelo Código de 1916, mas acrescentou matérias

específicas como o Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito das Coisas, etc. Afirma Venosa que:

O Código de 1916 disciplinava o direito de família no Livro I, Parte Especial. Não era a melhor colocação didática e técnica, pois a matéria deveria ser estudada não somente após a parte geral, mas sim depois de conhecidos os princípios dos direitos reais e das obrigações, que antecede o direito das sucessões. O direito de família pressupõe o conhecimento dessas outras áreas. (VENOSA, 2013 A).

No tocante a União Estável, o Código Civil manteve o conceito trazido pela Lei 9.278/96 e dentro do aspecto patrimonial praticamente a igualou ao casamento.

Já no que tange a sucessão, o novo Código nem sequer inclui o companheiro na ordem da vocação hereditária, limitando-se a tratar de seus direitos nas disposições gerais do Livro IV, que trata do Direito das Sucessões. (OLIVEIRA, 2016).

Apesar do Código Civil ser de 2002, seu projeto original data de 1975, tramitou pelo Congresso Nacional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, em completo descompasso com o novo sistema jurídico. O projeto sofreu modificações profundas para adequar-se às diretrizes constitucionais, inúmeras modificações foram feitas, mas ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e clareza necessária para reger a sociedade nos dias de hoje. (DIAS, 2015).

1.3. A Liberdade de Escolha da Forma de Constituir a Família

Todos devem ter a liberdade de escolha no tocante ao modo como pretendem constituir sua família, visto que nos dias atuais existem diversas formas de família e, antigamente, isso só era possível por meio do casamento.

A Constituição viu a necessidade de reconhecer outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo matrimônio, dando proteção especial não só ao casamento, mas também a união estável e à comunidade formada por um dos pais com seus descendentes, que passou a ser conhecida como família monoparental. (DIAS, 2015).

Entretanto, além dessas entidades reconhecidas pela Constituição, a doutrina e jurisprudência, entendem que o conceito de família se ampliou e agora outros tipos de família devem ser reconhecidos pelo Direito.

Maria Berenice Dias afirma:

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família [...] A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (DIAS, 2015).

Os tipos de entidades familiares trazidos pelo artigo 226 da Constituição fazem parte de um rol exemplificativo, uma vez que é inegável a existência de outras formas de família na contemporaneidade. Dessa forma, afirma Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput*. (LÔBO, 2011).

Das diversas formas de se constituir uma família, o Casamento sempre foi a forma mais tradicional e comumente escolhida pela sociedade, seja pela facilidade ou por motivos religiosos. A Constituição o reconhece de forma explícita como entidade familiar e o Código Civil determina, de forma completa, os direitos e deveres necessários para se consolidar o Casamento.

Maria Berenice Dias explica:

O Casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. (DIAS, 2015).

Em semelhança ao casamento e também protegida pela Constituição, existe a União Estável. Essa é outra forma de entidade familiar prevista de forma explícita, de acordo com o artigo 1.723 do Código Civil, é união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. De acordo com Lôbo:

Por ser convivência geradora de estado de casado, o sistema jurídico brasileiro, ainda que mantendo as singularidades de cada entidade familiar, aproximou as regras estruturais dos direitos e deveres entre cônjuges e entre

companheiros, e entre estes e os filhos. Em virtude do princípio da igualdade jurídica entre filhos, não há qualquer distinção entre as relações paterno-filiais na família constituída pelo casamento ou pela união estável. (LÔBO, 2011).

Segundo Dias (2015), tanto a união estável quanto o casamento são estruturas de convívio que têm origem em elo afetivo, somente divergem no modo de constituição. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios.

Ainda dentro do rol das entidades familiares explícitas no texto da Constituição, têm-se a família Monoparental que, como visto anteriormente, é aquela composta por um dos pais e seus descendentes, mas de acordo com Dias (2015), a entidade familiar chefiada por algum outro parente que não os genitores também é classificada como tal. E ainda diz:

Quando inexistir hierarquia entre gerações e o convívio não dispõe de interesse sexual, o vínculo familiar que se constitui é de outra natureza: chama-se **família parental** ou **anaparental**. O exemplo é a família constituída pelos irmãos, entre parentes ou até entre pessoas sem laço de consanguinidade (...) (DIAS, 2015).

Para um melhor entendimento, família parental é aquela constituída por pessoas que tem vínculo de parentesco, pertencentes a gerações distintas, como por exemplo, um tio que tutela os sobrinhos ou os avós que tutelam os netos. Já quando não houver diferença de grau de parentesco entre seus membros, como a família formada por irmãos, é chamada de família anaparental. (DIAS, 2015).

É muito comum, atualmente, a presença desse tipo de família. A grande maioria que tem adotado esse modelo de família é feminina, principalmente por conta dos divórcios e dos fins das uniões. Segundo Dias:

Essas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e sabidamente percebe salário menor do que o homem. A família monoparental é mantida, na maioria dos casos, exclusivamente pela mulher, situação que revela mais uma face injusta de nossa realidade social. (DIAS, 2015).

Alguns doutrinadores trazem como forma de entidade familiar implícita na Constituição Federal a União Homoafetiva. Essa união decorre da relação afetiva entre duas

pessoas do mesmo sexo. Conforme afirma Dias (2015), a Constituição não se refere a um único tipo de família, mas determina que sob sua tutela está a família, isto é, qualquer família.

De acordo com Lôbo (2011), a ausência de lei que regulamenta não impede a existência desta união, pois as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação.

Maria Berenice Dias expõe que:

A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. (...) A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual. (DIAS, 2015).

A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais, pois as uniões homoafetivas já conquistaram o status de unidade familiar graças aos avanços jurisprudenciais. (DIAS, 2015).

Acerca dessa questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), reconheceu, pela primeira vez no ano de 2001, a união de pessoas do mesmo sexo como unidade familiar, cuja ementa se faz necessária citar:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SÃO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIÃO ESTÁVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001).

Assunto: 1.Sociedade de fato. Casal do mesmo sexo. Dissolução por morte. Partilha de bens. Direito a meação.

2. Sociedade de fato. Casal do mesmo sexo. Dissolução. Critério.

3. União Estável. Homossexualidade. Efeitos jurídicos.
4. Sociedade de fato. União Estável. Casal do mesmo sexo. Considerações sobre o tema. Direito comparado. Evolução histórica. Disposições Doutrinárias e Jurisprudenciais.
6. Médiun.
7. Relação Homoafetiva. (RIO GRANDE DO SUL, 2001).

Do mesmo modo a ementa publicada em 2014 demonstra:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. CABIMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM. EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária.

2. Há possibilidade jurídica de reconhecimento de **união** estável **homoafetiva** pelo ordenamento jurídico brasileiro por realizar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, aplicando-se, por analogia, a legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas, tendo em vista a caracterização dessa relação como modelo de entidade familiar (STF, ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, DJe 5/5/2011).

3. Assentando o Tribunal local restar comprovada a existência de **união** afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, independentemente da prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida, conforme remansosa jurisprudência do STJ.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial. (BRASIL, 2014).

Como mencionado anteriormente, a Lei Maria da Penha trouxe um conceito legal de família e assim acabou inserindo no sistema jurídico a união homoafetiva entre duas mulheres, uma vez que menciona em seu artigo 2º que toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, independente de classe, raça, orientação sexual, etc.

De acordo com Dias (2015), isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares, mesmo que legalmente isso esteja inserido na lei de proteção a mulher dentro do ambiente doméstico.

Além da união homoafetiva, alguns doutrinadores entendem estar implícita na Constituição a Família Pluriparental, Recompota, ou ainda, como alguns preferem Família Mosaico. Segundo Lôbo (2011), é a entidade que se constitui, com vínculo afetivo, entre o cônjuge ou companheiro e os filhos do outro vindo de um relacionamento anterior.

Para Dias (2015), são as famílias que resultam da pluralidade das relações parentais, geralmente fomentadas pelo divórcio, pelo recasamento ou pelas desuniões, muitas vezes ocorre do novo casal trazer para nova família seus filhos e também ter filhos em comum.

Devido às mudanças sociais e a evolução dos costumes, é cada vez mais recorrente o surgimento de novos tipos de família, muitas ainda não estudadas e por isso não se encontra definição adequada, mas é certo que com o passar do tempo serão consideradas entidades familiares, uma vez que todos já estão acostumados com a distância existente entre o antigo perfil tradicional de família e os tipos de família presentes na contemporaneidade.

CAPÍTULO 2 - O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

2.1. Aspectos Conceituais Relevantes

Importante se fazer à análise de alguns aspectos conceituais relevantes a respeito da sucessão. O direito sucessório é o ramo do Direito que estuda a transmissão dos bens de um titular para outro em decorrência da morte, isto é, aquele que fora denominado sucessor assume a posição jurídica do então autor da herança.

Nader (2016) afirma que o Direito de Família e o Direito das Coisas estão ligados de forma considerável ao Direito das Sucessões, pois, de um lado, os herdeiros legítimos são membros da família e, de outro, a sucessão configura um dos modos de aquisição de propriedade.

De acordo com Monteiro (2011), é possível afirmar que a sucessão é o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Para o direito das sucessões, emprega-se sentido mais restrito, onde a transferência da herança, ou do legado se dá pela morte de alguém, seja por força de lei, ou em virtude de testamento.

Na antiquíssima família patriarcal, em que o patrimônio comum permanecia sob o poder do *pater familias* e para o qual confluíam os recursos obtidos pelo grupo doméstico, inclusive pelos fâmulos, a sucessão se registrava na pessoa do *pater* e, por via de consequência, a administração dos bens. (NADER, 2016).

Salienta Monteiro (2011) que o direito sucessório contemporâneo é resultado da fusão entre dois direitos, o direito romano e o antigo direito germânico. Para o direito romano o testamento podia englobar todo o patrimônio do testador, já o direito germânico, desconhecia a forma de sucessão por testamento, pois se acreditava somente na sucessão para aqueles com vínculo sanguíneo.

No direito civil brasileiro a sucessão tem como pressuposto subjetivo a morte do autor da herança, uma vez este tendo falecido, a figura do herdeiro surgirá para tomar o título de todas as relações jurídicas do então *de cuius*.

O direito brasileiro apresenta dois tipos de sucessão: a legítima e a testamentária. A sucessão legítima ocorre em virtude da lei, deixando-se o patrimônio do falecido a seus herdeiros necessários e facultativos, convocados conforme a ordem de vocação hereditária. Já a testamentária ocorre quando há um testamento deixado pelo autor da herança. A existência de um testamento não anula a sucessão legítima.

No caso de sucessão testamentária, nem sempre a totalidade dos bens ficará com o aquele que está presente no testamento, pois existirá a possibilidade da presença de herdeiros necessários, fazendo com que parte da herança fique resguardada para os mesmo. Como afirma Washington de Barros Monteiro:

(...) se houver testamento, acatar-se-á a vontade do *de cuius*; mas, se tem este herdeiros necessários (art. 1.845), só poderá dispor da metade de seus bens (quota disponível), porque a outra metade (legítima), de direito, pertence aos aludidos herdeiros. Eis aí as duas espécies de sucessão, a *legítima* e a *testamentária*. (MONTEIRO, 2011).

Assim, apresentados os aspectos conceituais relevantes, passa-se a análise da regulamentação legal do direito sucessório.

2.2. Regulamentação Legal do Direito Sucessório

Em harmonia com o que prescreve o ordenamento jurídico, o direito sucessório traz sua regulamentação legal sobre sucessão legítima a partir do artigo 1.829 do Código Civil e a sucessão testamentária a partir do artigo 1.857 do mesmo Código. O qual determina expressamente:

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 - os ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

(...)

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado. (BRASIL, 2002).

No art. 1.784 o Código Civil de 2002 impõe regra de suma importância: aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (MONTEIRO, 2011).

É importante salientar a existência de três tipos de sucessores: os legítimos, os testamentários e os legatários; os legítimos são aqueles previstos pela legislação e eleitos por meio da vocação hereditária. Os testamentários são aqueles indicados pelo autor da herança como disposição de sua última vontade. E por fim, os legatários são aqueles instituídos, também por testamento, mas que recebem coisa certa e determinada.

Assim afirma Venosa:

(...) o testador estatui herdeiros testamentários, ao lhes atribuir uma porção facionária ou percentual da herança, ou legatários, ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio. O herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio do testamento. (VENOSA, 2013 B).

Em razão do regime de casamento, o cônjuge concorrerá com os descendentes na divisão da herança. Vale lembrar que não deve haver confusão quanto ao direito do cônjuge à herança e a existência da meação.

O direito a herança está relacionado aos bens pertencentes somente ao cônjuge falecido, que em razão da morte, pode o cônjuge sobrevivente herdar. Já a meação ocorre de acordo com o regime de bens e da propriedade comum do casal.

De acordo com Venosa:

Ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida ente os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso. (VENOSA, 2013 B).

O Código Civil regula o casamento de forma bastante completa, principalmente no tocante ao direito sucessório, mas com relação união estável, a parte da sucessão é, de certa forma, incompleta. Dessa forma afirma Venosa:

Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão. (VENOSA, 2013 B).

Igualar os desiguais na medida de sua desigualdade é o objetivo principal do Estado Democrático de Direito e, atendendo a isso a Constituição Federal reconheceu em seu artigo 226, §3º, não só o Casamento e a Família Monoparental, mas também a União Estável como entidade familiar. A Constituição de 1988 trouxe apenas o reconhecimento e proteção a União Estável, mas não a regulamentou, assim como o Código Civil vigente naquela época.

Em 1994, com o advento da Lei nº 8.971 foi possível concretizar o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Mais adiante a Lei 9.878/2006 veio regulamentar o artigo 226 da Constituição Federal, no tocante a habitação após a dissolução da União Estável em decorrência da morte do companheiro, deixando claro que o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento.

Segundo Venosa:

Embora haja o reconhecimento constitucional, as semelhanças entre o casamento e a união estável restringem-se apenas aos elementos essenciais. O diploma legal mais recente, Lei n. 9.278/96, que poderia aclarar definitivamente a questão, mais ainda confundiu, pois se limitou, laconicamente, a atribuir direito real de habitação ao companheiro com relação ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto não constituísse nova união. (VENOSA,2013 A).

Em contrapartida o Código Civil de 2002, no tocante ao artigo 1.790, restituiu a desigualdade, ao fazer com que o companheiro ocupasse posição inferior àquela trazida pela Constituição Federal, ao passo que o cônjuge foi elevado a categoria de herdeiro necessário.

De acordo com Venosa:

O companheiro ou companheira somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. Isso quer dizer que concorrerá na herança, por exemplo, com o vulgarmente denominado tio-avô ou com o primo irmão de seu companheiro falecido, o que, digamos, não é uma posição que denote um alcance social, sociológico e jurídico digno de encômios. Muitos sustentam com veemência que o art. 1.790 ofende a Constituição, colocando os conviventes em situação inferior aos unidos pelo casamento. (VENOSA, 2013 B).

Segundo Venosa (2013), o atual Código Civil conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros, uma vez que trata de tal assunto em apenas um único dispositivo (art. 1.790) e em local absolutamente excêntrico, isto é, entre as disposições gerais.

Completa Venosa:

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável "participará" da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero "participante" da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro! (VENOSA, 2013 B).

Essa desigualdade trazida pelo Código Civil está prestes a ser corrigido, caso todo procedimento legal que envolve o Projeto de Lei 699/2011 seja concluído, tal projeto busca reformar diversos artigos incluindo aqueles que tratam da União Estável, fazendo com que o tratamento do companheiro se eleve ao mesmo nível do cônjuge dentro dos parâmetros legais.

2.3. A Ordem de Vocação Hereditária

O ordenamento jurídico estabelece uma ordem de precedência para os herdeiros, isto é, um rol das pessoas que podem suceder, que é chamada de ordem de vocação hereditária, tal ordem classifica os herdeiros em graus de parentesco, sendo parentes em linha reta e colaterais.

Segundo Venosa (2013) a ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança.

O Código Civil, mas precisamente no artigo 1.829, elenca quatro classes de herdeiros legítimos, a primeira classe é a dos descendentes, a segunda é a dos ascendentes, lembrando que ambas as classes são em concorrência com o cônjuge sobrevivente, a terceira é a classe do cônjuge e por fim a classe dos colaterais. O qual determina:

Art. 1.829. A sucessão legítima deferese 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).

Os herdeiros em linha reta são os ascendentes (pais, avós, etc.) e descendentes (filhos, netos, etc.). Já dentre os colaterais encontra-se o cônjuge e os demais entes até o quarto grau de parentesco.

De acordo com Venosa (2013), a chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, só serão chamados os ascendentes na ausência de descendentes, só será chamado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ascendentes, e assim por diante.

Na sucessão em linha reta, de acordo com o Código Civil, entre os descendentes, os de graus mais próximos excluem os de grau mais remoto. Sendo que na falta de descendentes para suceder, são chamados os ascendentes, como consta no artigo 1.836. Já o artigo 1.835, dispõe que os filhos deverão suceder por cabeça, e os outros descendentes por cabeça ou estirpe dependendo somente do grau em que se encontram. Os quais determinam de forma expressa:

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

(...)

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. (BRASIL, 2002).

Os ascendentes são convocados somente se não houver descendentes; por sua vez, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes e ascendentes, com as exceções previstas no inciso I do art. 1.829, na falta desses o cônjuge terá exclusividade na herança, já com a ausência de todos citados anteriormente, convocam-se os colaterais até o quarto grau. (MONTEIRO, 2011).

Segundo Venosa:

A lei, ao colocar os descendentes em primeiro lugar na sucessão, segue uma ordem natural e afetiva. Normalmente, os vínculos afetivos com os descendentes são maiores, sendo eles a geração mais jovem à época da morte. Na classe dos descendentes, há o direito de representação, que funciona como uma forma de igualar a atribuição da herança às estirpes existentes (descendentes de cada filho do morto). (VENOSA, 2013 B).

Nesse mesmo raciocínio Monteiro (2011) conclui que os descendentes devem herdar, em primeiro lugar, pois se presume que essa seja a vontade do autor da herança. Outrossim, a lei prefere os descendentes aos ascendentes por razões de continuidade da vida humana.

Quando da inexistência de descendentes, ascendentes, cônjuge e/ou companheiro, colaterais, ou tendo qualquer um dos herdeiros renunciado, a herança será dirigida ao Município ou ao Distrito Federal, ou ainda, à União, assim afirma o artigo 1.844 do Código Civil.

Nesse caso ocorre a vacância da herança, de acordo com Monteiro (2011), uma vez praticadas todas as diligências, e comprovado que não há herdeiros, não mais se espera a habilitação na herança, como ocorre na herança jacente, e por isso defere-se a mesma para o Município.

Acrescenta Monteiro que:

Decretada a vacância, deferem-se os bens ao Município ou Distrito Federal, mas não em caráter definitivo ou fatal. Durante cinco anos, se aparecerem, poderão os herdeiros reclamar os bens. Decorrido, porém, o quinquênio, a herança arrecadada incorpora-se definitivamente ao domínio daquelas pessoas jurídicas de direito público interno. (MONTEIRO, 2011).

Com efeito, afirma o artigo 1.822 do Código Civil:

Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal. (BRASIL, 2002).

A Herança jacente vem a ser aquela cujos herdeiros não são conhecidos, ou que ainda não foi aceita pelas pessoas sucessíveis, onde ainda se aguarda o aparecimento do beneficiário. (MONTEIRO, 2011).

O direito brasileiro não reconhece personalidade jurídica à herança jacente, segundo Monteiro (2011), não passa de acervo de bens, de patrimônio especial, arrecadado por morte do *de cujus* e administrado por um curador, até que se habilitem os herdeiros, incertos ou desconhecidos, ou se declare por sentença a respectiva vacância.

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS DIFERENCIADOS NO DIREITO SUCESSÓRIO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO

3.1. Sucessão do Cônjuge

Quando um dos cônjuges vem a falecer se abre a sucessão do falecido, como visto anteriormente, quando não há testamento deixado pelo *de cuius* transmite-se a herança aos herdeiros legítimos, isto é, aqueles determinados em lei, dentre os quais está presente a figura do cônjuge em concorrência com os ascendentes e descendentes, como consta no artigo 1.829 do Código Civil.

Interessante verificar, que após a edição do Código Civil de 2002, o cônjuge foi levado a um patamar diferente, no que tange à vocação hereditária, uma vez que foi elevado de herdeiro facultativo, para figurar como herdeiro necessário, o qual está disciplinado no artigo 1.846 do mesmo diploma. (PEREIRA, 2010).

E como já bem citado anteriormente, é o artigo 1.829 do Código Civil o responsável por colocar o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação, acabando por estabelecer também a sua concorrência com aqueles considerados como descendentes do *de cuius*, cujo artigo é considerado por Pereira (2010), como sendo confuso, por possibilitar diversas interpretações.

Tartuce (2011) acerca de tal dispositivo leciona que o interesse do legislador, foi impedir que o cônjuge sobrevivente ficasse à mingua, passando por dificuldades que até então eram frequentes em situações análogas, após o falecimento do autor da herança.

Entretanto, ao verificar a maneira utilizada pelo legislador para expressar-se, principalmente no que concerne ao artigo 1.829, inciso I do C.C., há que se verificar que em razão da escrita técnica, houve diversos questionamentos práticos, que foram enfrentados pelo Judiciário, que acabou por ter de pacificar o entendimento (SOUZA, 2014).

E a pacificação do entendimento no âmbito do Poder Judiciário deu-se principalmente no âmbito de uma ação, na qual uma das partes interpôs Recurso Especial de nº 1.377.084, cujo objetivo foi sanar suposta ofensa a vários artigos do C.C., dos quais os artigos 1.658, 1.659, 1.661 e 1.829, inciso I, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi. Nesta demanda, alegou o recorrente que o espólio do cônjuge sobrevivente não poderia concorrer com os descendentes do falecido, uma vez que o *de cuius* teria deixado tão somente bens particulares, sendo que a exclusão da viúva na partilha era a medida que se oporia (BRASIL, 2013).

Acerca desta questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir deste caso concreto, acabou por entender que o cônjuge supérstite deveria sim herdar, em concorrência com os demais herdeiros, à quota de bens pertencentes ao patrimônio, tendo em vista que o viúvo ou viúva ajudou a construir. Ademais, o STJ entendeu que isto se dá, em razão de que caso a outra metade dos bens, venha a se perder, ainda subsistirá a outra metade, alegando por fim que esta medida poderia ser aplicada tanto na morte quanto no divórcio, cuja ementa é imperioso citar:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGESUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.

1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.
2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.
3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.
4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.
5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.
6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.
7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (BRASIL, 2013).

Desta forma, em que pese haver críticas acerca do artigo 1.829, no concerne à sucessão no que diz respeito ao cônjuge sobrevivente, o Poder Judiciário tem levado sua

interpretação, ao menos na maioria das oportunidades que lhe coube julgar, em favor do viúvo ou viúva, alegando em grande parte das vezes, que decidiu desta forma de modo a beneficiar o cônjuge supérstite, para que este não fique desamparado e a mercê das intempéries habituais.

Tal atitude se mostra como bem arrazoada, uma vez que antes do falecimento do *de cuius* o agora viúvo tinha uma realidade, em razão da renda de ambos, sendo que após a viuvez acabou ficando sozinho, estando sujeito a diversas situações de risco.

3.2. Sucessão do Companheiro

No que tange à sucessão do companheiro, urge esclarecer que esta se dá nos casos em que subsiste relação de união estável, sendo que os parceiros afetivos são denominados companheiros, sendo que quando do falecimento de um destes, abrir-se-á a sucessão, a qual foi regulamentada pelo artigo 1.790 do Código Civil, sendo que o legislador entendeu por bem que este procedimento se daria de forma distinta aos casos de casamento.

No entanto, antes de adentrar especificamente ao 1.790 do Código Civil, importante salientar, que como este diploma legal não revogou expressamente as leis anteriores que tratavam do tema, quando de sua promulgação, não há real consenso sobre a revogação tácita ou não das leis anteriores, quais sejam as leis 8.971/1994 e 9.128/96, sendo que a respeito disto, Venosa (2013) pondera:

(...) outra questão é saber se os dois diplomas legais citados que se dedicaram à união estável foram integralmente revogados pelo vigente Código. A nova lei não optou pela revogação expressa, no que andou na contramão da boa técnica legislativa, neste e nos demais assuntos que ora se abrem com o atual Código. A resposta não é simples e trará certamente muitas dúvidas. (VENOSA, 2013).

No que concerne ao companheiro ou companheira, o Código Civil de 2002, diferenciou-o do cônjuge, estabelecendo regras diversas, no que tange à sucessão, cuja regra acabou por ser contida no artigo 1.790 de referido diploma legal, que assim estabeleceu:

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).

Acerca deste dispositivo, Tartuce (2011), leciona que foi ruim a forma como o legislador resolveu inseri-lo no Código Civil, uma vez que ele foi alocado nas Disposições Gerais da Sucessão, quando na realidade, deveria estar no rol do Título II, o qual dispõe sobre a Sucessão Legítima, tendo em vista que o tema abordado pertence à ordem de vocação hereditária, aduzindo ao final que “essa péssima localização, na visão de grande parte da doutrina, reflete a má vontade com a qual o legislador de 2002 tratou da sucessão do companheiro”.

Esta realidade legislativa, que dentre outras questões alocou de forma irregular no Código Civil o dispositivo concernente a sucessão do companheiro, também foi objeto tratado por Madaleno (2014), que aduziu:

(...) mais uma vez resta discriminada a relação afetiva oriunda da união estável que perde sensível espaço no campo dos direitos que já haviam sido conquistados após o advento da Carta Política de 1988, em nada sendo modificada a atual redação do novo Código Civil e será tarefa pertinaz da jurisprudência corrigir estas flagrantes distorções deixadas pelo legislador responsável pela nova codificação civil. (MADALENO, 2014).

Vista a irregularidade de estrutura do texto empreendida pelo legislador, bem como as considerações dos eminentes doutrinados citados, passa-se às considerações a respeito do artigo 1.790 do CC.

No próprio *caput* do referido artigo, é possível verificar que a participação do cônjuge supérstite no que tange à sucessão, fica adstrita somente ao patrimônio adquirido de forma onerosa, durante a constância da união estável, de modo que eventuais doações recebidas pelo *de cujus*, por exemplo, não estão sujeitas, bem como deve-se observar quais foram os bens incorporados tão somente do tempo em que vigorou a união estável, até a morte do companheiro (SOUZA, 2014).

Carlos Roberto Gonçalves (2014), ao debruçar-se sobre este mesmo artigo, aduz que tanto o inciso I quanto o II, acabam por evidenciar uma distinção sem razão existente entre os descendentes exclusivos do próprio autor da herança, quanto os comuns que foram provenientes da união entre o autor da herança e do companheiro supérstite.

Em razão desta diferenciação formulada pelo legislador, decorrem grandes discussões, principalmente quando do momento de cálculo do quinhão das cotas a que couber a cada herdeiro, quando existirem descendentes de origem híbrida (GONÇALVES, 2014).

Acerca do inciso II, Gonçalves (2014) também aduz que o Código Civil traz um problema, o qual omite-se em resolver, sendo que a doutrina procura corrigir tal omissão por meio de três correntes, sendo cada uma delas antagônicas às outras. Desta feita, leciona que:

Como a Lei não prevê solução para hipótese que os filhos têm origem híbrida, a omissão dá ensejo a mesma discussão mencionada no n.2.1.3, na qual se entrecrocavam três correntes antagônicas. Uma delas vislumbra a possibilidade de partilhamento da herança considerando todos os filhos como se fossem comuns, para atribuir ao companheiro quota igual à que lhe for destinada. Outra, restringe a quota do companheiro à metade do que àqueles couber. Uma terceira, por fim, propõe a realização de um cálculo proporcional do que caberia ao companheiro, considerando-se quota igualitária com relação aos filhos havidos em comum, e só metade do que coubesse aos demais. (GONÇALVES, 2014).

Dentre as três correntes mencionadas, Gonçalves (2014) aduz que a melhor solução, a seu ver, é passar-se a uma divisão igualitária das quotas hereditárias, de forma proporcional, de modo que deve afastar-se o direito dos descendentes de caráter unilateral de receberem o dobro do que couber ao companheiro supérstite.

Já no que diz respeito ao disciplinado pelo inciso III do artigo em estudo, o mesmo acaba por afirmar que nas hipóteses em que o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes, restar-lhe-á o direito sobre um terço da herança, sendo que por outros parentes, compreende-se àqueles que estão dispostos no rol contido nos artigos 1.592 e 1.839, ambos do Código Civil, que assim preveem respectivamente (SOUZA, 2014):

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

(...)

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. (BRASIL, 2002).

Souza (2014) ao estudar sobre o tema acaba por lecionar que:

Note-se que o Código de 2002, ampliou as hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente, estabelecendo uma longa cadeia concorrencial deste, com os parentes sucessíveis. Nesse diapasão, o companheiro será obrigado a concorrer com os primos, tios e sobrinhos do de cujus, cabendo-lhe a fração ideal de um terço da herança partilhável, ao passo em que aos

colaterais tocam os dois terços restantes, ou seja, ao concorrer com os colaterais do falecido, tocará ao companheiro sobrevivente uma fração menor do que a atribuída àqueles. (SOUZA, 2014).

Já Leite (2005), aduz que parte do disciplinado no referido artigo acaba por ser um grande retrocesso no que diz respeito aos direitos do companheiro, e ainda:

O inciso é plenamente justificável, na medida em que prioriza a pretensão do (a) companheiro (a) que, na ótica do codificador, contribuiu na aquisição do patrimônio. Causa, porém, espécie, quando se refere ao direito de “um terço da herança” e inquestionável retrocesso pois, se na união estável, a regra às relações patrimoniais é o regime da comunhão parcial dos bens (art. 1.725), o direito do (a) companheiro (a) no direito sucessório diz respeito à metade do patrimônio e não, certamente, a um terço. (LEITE, 2005).

No que diz respeito ao disciplinado no inciso IV também do artigo 1.790 do Código Civil, extrai-se que na hipótese, embora remota, na maior dos casos, de não haver nenhum outro parente do *de cuius*, que tenha direito ao percebimento da herança, o companheiro supérstite terá o direito de receber a integralidade dos bens do companheiro falecido e autor da herança (BRASIL, 2002).

No entanto, não é de mais reiterar, que no que tange ao companheiro, quando o legislador refere-se a “totalidade dos bens”, na realidade ele quer dizer os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, ou seja, os bens que o companheiro sobrevivente em tese auxiliou a conquistar e a angariar ao longo do período em que permaneceu junto com o companheiro que veio a falecer (SOUZA, 2014).

Assim, o que parece ser entendido em primeiro momento, é que os bens que eventualmente não fizessem parte deste rol, ou seja, bens que já eram de propriedade do autor da herança antes mesmo do início da união estável, ficariam vacantes. Todavia, é pacífico o entendimento que nestes casos, deve ser aplicada a regra contida no artigo 1.844 do Código Civil, que assim determina (SOUZA, 2014):

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.(BRASIL, 2002).

Neste sentido, não há que se falar em herança vacante, quando houver companheiro que faça jus a receber sua quota. Ademais, Ciríaco (2013) ainda afirma que a herança somente

será vacante, nas hipóteses em que não houver nenhum cônjuge, companheiro ou ainda algum parente que faça parte da sucessão, a não ser que tenham renunciado dela.

A partir do contexto da referida lei, no que tange à sucessão do companheiro, é possível depreender que se durante a vigência da união estável, os companheiros não adquirirem novos bens, mesmo que o companheiro que veio a falecer possua uma infinidade de bens, o companheiro supérstite, não fará jus a nenhum destes bens, mesmo que o casal tenha um relacionamento de caráter público, notório, duradouro e que configure um núcleo familiar (SOUZA, 2014).

Acerca disto, Pereira (2010) critica de forma contundente tal dispositivo, aduzindo ter havido grande retrocesso, comparando-se com os diplomas legais que vigiam antes da promulgação do Código Civil de 2002, quais sejam, as leis 8.971/94 e 9.278/96, uma vez que a lei de 1994 previa que no caso de inexistirem ascendentes ou descendentes, o companheiro supérstite perceberia a integralidade da herança deixada pelo companheiro falecido. Por outro lado, o Código Civil, uma lei mais moderna, que deveria assegurar maiores direitos ao companheiro, mas seguiu na contramão desta vertente, previu que o companheiro ou companheira, somente fariam jus a integralidade da herança, caso não existissem mais nenhum outro parente na linha sucessória.

Desta forma, à luz dos estudos lançados sobre o dispositivo legal que disciplina a sucessão dos companheiros, sobram críticas por parte dos doutrinadores, em razão da minoração de direitos frente ao tratamento dado ao cônjuge, bem como as diferenciações legais existentes no bojo do artigo 1.790 do Código Civil.

3.3. Tratamento Legal Diferenciado do Cônjuge e do Companheiro: Análise do Artigo 1.790 do Código Civil em Harmonia com a Óptica Constitucional

Acerca do tema no que tange à diferenciação entre cônjuge e companheiro no âmbito do Código Civil, os comentários doutrinários acerca do artigo 1.790 deste diploma legal, perfizeram-se em verdadeira enxurrada de críticas a este artigo, em razão das grandes diferenciações feitas.

Passando-se a uma análise dos dispositivos constitucionais que tratam dos direitos envolvidos no presente tema, tem-se a presença do artigo 5º, XXX, bem como do artigo 226, §3º, ambos do diploma constitucional, que assim asseveram respectivamente:

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;

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, grifo nosso).

Em que pese o reconhecimento constitucional acerca da existência e legalidade da união estável, a Carta Magna não igualou totalmente a figura do companheiro com a do cônjuge, sendo que acerca deste ponto, bem leciona Gustavo Tepedino:

Aí esta o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de ratio. À União estável, como entidade familiar, aplicam-se. Em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprio, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundado no matrimônio. (TEPEDINO, 1999, p.385).

Desta forma, a respeito do artigo 1.790 do Código Civil e à luz dos dispositivos constitucionais mencionados, Coelho é categórico, quando passa a lecionar que:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade dos preceitos. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na

proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais. (COELHO, 2012).

Vê-se desta forma, que Coelho chega a afirmar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, ante a sua acentuada distinção entre a união estável e o casamento no plano do direito sucessório, sendo que muito embora a Constituição Federal não tenha equiparado totalmente a figura do cônjuge com a figura do companheiro, a distinção do legislador que editou referida norma, acaba extrapolando a distinção constitucional sobre o tema.

Acerca disto, também chama a atenção o discurso exarado por Carlos Roberto Gonçalves (2014), quando aduz que:

A nova disciplina dos direitos sucessórios dos companheiros é considerada pela doutrina um evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes (GONÇALVES, 2014).

Também corroborando com este entendimento, Veloso (apud NOGUEIRA, 2006), leciona que o artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substancia. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco.

E de forma a melhor exemplificar o que na prática configura o artigo 1.790 do Código Civil, Hironaka (2004), busca apresentar as possibilidades que este artigo disponibiliza na prática, sendo que aduz referida autora que os cálculos práticos são difíceis de serem bem elucidados, ante a grande indefinição da matéria, sendo que melhor interpretação somente se dará, com interpretação pacificada no âmbito judicial. Sendo que a autora aduz:

Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes deste, percebendo, quanto aos bens comuns, apenas a meação do condomínio até então existente (e não mais do que isso), o companheiro que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns (e aqui em igualdade ao cônjuge supérstite), como herda quota-parte destes mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando, solução esta que para adaptar uma expressão de Zeno Veloso a uma outra realidade, “não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema. (HIRONAKA, 2004).

Em razão do entendimento doutrinário, que acaba por criticar a redação dada no Código Civil, cuja alteração, se comparada à lei 8.971/94, foi *in pejus* ao companheiro, como

apontou Gonçalves, houve várias decisões esparsas na seara judicial, corroborando com este entendimento, conforme se pode perceber das decisões colacionadas abaixo:

Agravo de instrumento contra decisão que, tendo em vista o reconhecimento judicial da união estável entre o de cujus e a Agravante, determinou a retificação das primeiras declarações a fim de aplicar a regra do artigo 1.790, III, do Código Civil. O de cujus não deixou descendentes nem ascendentes, habilitando-se à sucessão seus irmãos, herdeiros colaterais. **O E. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça decretou incidentalmente a inconstitucionalidade da norma que prevê a concorrência à sucessão entre o ex-companheiro e os herdeiros colaterais do de cujus.** O decreto de inconstitucionalidade implica em afastar a incidência da referida norma, e no vácuo de preceito disciplinando especificamente a situação jurídica da companheira impõe-se equiparar o direito sucessório do ex-companheiro à situação legal do cônjuge sobrevivente como previsto no artigo 1.829 do Código Civil que regula a ordem de vocação hereditária e dá preferência a este com relação aos colaterais. Recurso provido (RIO DE JANEIRO, 2012, grifo nosso).

União estável. Reconhecimento e dissolução. Companheiro falecido. Sucessão. Inconstitucionalidade do arr. 1.790, II do CC/02. Falecido o companheiro deixando apenas um filho, sua companheira herda em concorrência com este, nos bens adquiridos a título gratuito. Interpretação sistemática da atual ordem constitucional. Art. 1.829 I, CC/02 c/c 226 CF. Bem imóvel adquirido na constância da sociedade de fato deve ser partilhado. Recursos desprovidos (SÃO PAULO, 2009)

Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 § 3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente. (RIO DE JANEIRO, 2012).

INVENTARIO - EXCLUSÃO DA COMPANHEIRA DO ROL DE HERDEIROS DO BEM IMÓVEL - CABIMENTO -IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DA UNIÃO ESTÁVEL - COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - INADMISSIBILIDADE -INEXISTÊNCIA DE ESCRITURA PÚBLICA- CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA QUANTO AOS BENS FUTUROS -INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC - OBSERVÂNCIA À RESERVA DE PLENÁRIO - SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF - AGRAVO DESPROVIDO (SÃO PAULO, 2010).

Em razão desta e de outras decisões que apontavam grave inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, é que a demanda acabou por chegar no Supremo Tribunal Federal, conforme noticiou o *site* Migalhas (2016), o qual afirmou que uma ação chegou ao conhecimento da Corte Constitucional, após a interposição de Recurso Extraordinário, alegando a inconstitucionalidade de referido artigo, tendo sido reconhecido a repercussão geral em abril de 2015.

No caso posto *sub judice*, a decisão do juiz *a quo* foi de reconhecer à companheira de um homem já falecido, como sendo a herdeira universal dos bens do casal, atribuindo à união estável mantida pelos dois, a mesma regra disposta em relação ao casamento. Todavia, o Tribunal de Justiça Mineiro acabou por reformar a decisão, atribuindo à companheira tão somente um terço dos bens adquiridos de maneira onerosa pelo casal, sendo que o restante dos bens seriam repartidos com os três irmãos vivos do *de cujus*, atestando a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (MIGALHAS, 2016).

Em razão desta decisão em segunda Instância, os patronos da então viúva, entenderam por bem interpor recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal, com intuito de questionar a decisão exarada pelo Tribunal de Minas Gerais, alegando que se a Constituição Federal não fez diferenciação alguma acerca das famílias constituídas por meio de casamento daquelas advindas da união estável, não poderia o legislador ordinário encabeçar tal discriminação (MIGALHAS, 2016).

Desta forma, o Recurso Extraordinário que recebeu o nº 878.694 foi recebido em instância extraordinária para julgamento, sendo que até o presente momento, constata-se que sete Ministros já votaram pela Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sendo eles Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia além do Relator o Ministro Luís Roberto Barroso (MIGALHAS, 2016).

Neste sentido, importante destacar a ementa proposta por Barroso, nos autos do Recurso Extraordinário de nº 878.694, em que decide:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (BRASIL, 2015).

Para chegar no voto exarado acima, o Ministro Barroso, fez grande ponderações as quais algumas delas são importantes para compreensão do tema, até mesmo pelo motivo de que pelo número de votos favoráveis à inconstitucionalidade desta norma, muito no direito pátrio será alterado, justamente a partir desta decisão.

Primeiramente, aduziu o Ministro Barroso (2015), que o Código Civil trouxe modificações *in pejus* aos companheiros, comparando-se com a legislação anteriormente vigente ao aduzir que:

Essa evolução, no entanto, foi abruptamente interrompida pelo Código Civil de 2002. O Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por união estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro. Assim, caso se interprete o Código Civil em sua literalidade, um indivíduo jamais poderá excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas este mesmo indivíduo, caso integre uma união estável, poderá dispor de toda a herança, sem que seja obrigado a destinar qualquer parte dela para seu companheiro ou companheira. (BRASIL, 2015).

Passou, em seguida, em seu voto, a elencar as principais diferenças legislativas entabuladas pelo legislador ordinário no Código Civil, entre os companheiros dos cônjuges, aduzindo ao final, que comparando-se tais textos à luz da Constituição Federal, não há que se falar em possibilidade de haver tal discrepância legislativa, lecionando ainda:

Como se vê, a ampliação do conceito jurídico de família pela CF/1988 não significou uma equiparação absoluta do casamento às demais entidades familiares. Especificamente em relação à união estável, a Constituição, de um lado, dispõe que ela é reconhecida como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, mas, de outro, prevê que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. À luz do texto constitucional, casamento e união

estável são, assim, organizações familiares distintas. Caso não o fossem, não haveria sentido tratá-las em trechos distintos da Constituição, nem se afirmar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Na verdade, há várias diferenças entre casamento e união estável, que decorrem de fatores diversos, como os modos de constituição, de comprovação e de extinção. A questão que se coloca, porém, é saber se é possível extrair do art. 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Em outras palavras, resta analisar se as diferenças entre casamento e união estável justificam uma disparidade de tratamento no que diz respeito ao regime sucessório de cônjuges e de companheiros. (BRASIL, 2015).

E por fim, acaba por concluir que podem sim existir diferenciações entre o regime do casamento com o da União Estável, entretanto é preciso saber a qual ponto, asseverando preciosa lição ao destacar:

Apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a parte final do § 3º do art. 226 da CF/1988 estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Está implícita nesta cláusula a possibilidade de o legislador infraconstitucional traçar contornos distintos para as duas entidades familiares. Afinal, se a lei deve facilitar a conversão de uma em outra, pressupõe-se que ambas são figuras juridicamente (e não apenas socialmente) distintas. Essa é uma primeira constatação importante que decorre do sistema constitucional: o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável. Todavia, como será detalhado adiante, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988, que trazem a noção de funcionalização da família, alcança-se uma segunda constatação importante: **só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.** (BRASIL, 2015, grifo nosso).

E ainda:

Ante o exposto, conclui-se que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade. (BRASIL, 2015).

Desta forma, conforme bem demonstrado acima, em que pese ainda existirem Ministros da Corte Suprema para votar, percebe-se que a maioria deles, que seguiram o

relator, cujo algumas partes foram citadas acima, entenderam pela inconstitucionalidade de referido dispositivo, uma vez que é patente a diferenciação exacerbada e que foge dos parâmetros constitucionais, a medida imposta pelo legislador ordinário, de modo que o Supremo Tribunal Federal novamente vem em socorro da sociedade, para fazer valer a Constituição Federal em detrimento das irregularidades praticadas em âmbito legislativo, que infelizmente acabam sendo mais frequentes do que se espera, redundando em dor e sofrimento contínuos ao viúvo/ viúva, que já passam por momento sofrido e se veem às voltas com uma injustiça legalizada.

CONCLUSÃO

A intenção do trabalho foi discorrer sobre a diferença sucessória, desnecessária, existente entre o cônjuge e o companheiro. A Constituição Federal 1988 ao reconhecer a união estável como entidade familiar, assim como o casamento, igualou o nível de proteção de ambos. Isso quer dizer que não há uma hierarquização entre as entidades, não podendo assim, existir tal diferenciação trazida pelo Código Civil vigente.

O Código Civil de 2002 traz dois regimes sucessórios diversos, um para o cônjuge e outro para o companheiro, enquanto no regime sucessório do casamento o cônjuge é elevado a herdeiro necessário, o companheiro é inferiorizado e esquecido. Ao ignorar leis 8.971/94 e 9.878/96, acaba por discriminar os companheiros dando-lhes direitos sucessórios inferiores aos conferidos pelos cônjuges.

Pelo estudo do caso em tela observou-se que muitos doutrinadores especializados no tema consideram o artigo 1.790 como inconstitucional devido essa diferença gritante existente na sucessão entre o cônjuge e o companheiro, e trazem a ideia de que tanto o casamento quanto a união estável o regime sucessório a ser aplicado deveria ser o do artigo 1.829 do Código Civil, e que em muitos tribunais de justiça houve diversas decisões que corroboram com o pensamento dos doutrinadores.

Por fim conclui-se que se faz necessária a modificação do conteúdo do art. 1.790, onde o companheiro seja elevado ao patamar de herdeiro necessário, para que possa concorrer tanto com os bens particulares, quanto com os bens comuns.

Pois, enquanto permanecer vigente essa diferença de tratamento, a sociedade somente poderá contar com decisões jurisprudenciais que entendem a necessidade da mudança imediata e que irão se basear na igualdade trazida pela Constituição Federal e em seus princípios, para poder garantir o que é de direito para aqueles que optam pela união estável.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 15 jun. 2016.

CIRÍACO, Patrícia Karinne de Deus. **Dignidade Humana e Sucessão do Companheiro: Conexão Necessária para o Grito em Apelo à Mudança Legislativa**. Revista IBDFAM: Família e Sucessões, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

CUNHA, Matheus Antônio da, **O Conceito de Família e sua Evolução Histórica**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/obrigacoes/170332#_ftn29>. Acesso em 25 de jul. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18ª Edição. Editora Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11ª Edição. Editora Saraiva, 2014 A.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 11ª Edição. Editora Saraiva, 2014 B.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. 1ª série, Coordenador Cristiano Chaves de Farias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª Edição. Editora Saraiva, 2011.

LOCKS, Jéssica Cristina do Anjos. **As Novas Modalidades da Família** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2728>>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. 5ª Edição. Editora Livraria do Advogado, 2014.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A Família e a Questão Patrimonial**. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIGALHAS. **Maioria do STF Considera Inconstitucional Tratamento Diferenciado a Cônjuge e Companheiro em Sucessão**. Publicado em 31/08/2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI244916,71043-Maioria+do+STF+considera+inconstitucional+tratamento+diferenciado+a>>. Acesso em 25 set. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 32ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito Das Sucessões**. 38ª Edição. Editora Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7ª Edição. Editora Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Família e Sucessões**. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=727>>. Acesso em 25 de jul. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Editora Forense, 2010.

PROJETO DE LEI nº699/2011. Disponível em:
 <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>.
 Acesso em: 25 de jul. 2016.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº 0043489-68.2012.8.19.0000, Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, publicado em 22/11/2012. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400219284>>. Acesso em 25 set. 2016.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Arguição de Inconstitucionalidade nº00326554020118190000, Relator Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, OE - Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJRJ.pdf>> Acesso em 25 de set. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 28ª Edição. Editora Saraiva, 2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 520.626.4/3-00, Rel. Des. Teixeira Leite, publicado em 26/11/2009. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122397436/apelacao-apl-118021620128260344-sp-0011802-1620128260344>>. Acesso em 25 set. 2016.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento nº990.09.372059-0, Rel. Dimas Carneiro, julgado em 19/05/2010. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/AG_990093720590_SP_1278989469075.pdf?Signature=4MsdDxNAFNNy8KVrna%2BSJF55wOk%3D&Expires=1477312989&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a64192663aa7c54e58766c37cfaaddcc> Acesso em 25 set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração nº63371, Relator: Ricardo Villas Boas Cueva. Disponível em:
 <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24976742/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-633713-rs-2004-0028417-4-stj>> Acesso em 25 de set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 de maio de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça** do Rio Grande do Sul. Disponível em:
 <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=S%C>

3%83O+REALIDADES+QUE+O+JUDICIARIO+NAO+PODE+IGNORAR&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A7.cr%3A11.crr%3A196&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça** do Mato Grosso. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1271959&sReg=201300839140&sData=20131015&formato=PDF>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1377084 (2013/0083914-0). Ministra Relatora Nancy Andrighi. Julgado em 08 de outubro de 2013. Tribunal de origem:

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 878.694. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Publicado em 19/05/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=878694&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 09 ago. 2016.

SOUZA, Rutieli Witt Tresbach de. **A Diferença Sucessória entre Cônjuge e Companheiro à Luz do Princípio Constitucional da Igualdade entre as Entidades Familiares e da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5220&revista_caderno=14>. Acesso em 09 ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9ª Edição. Editora Método, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4ª Edição. Editora Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13ª Edição. Editora Atlas, 2013 A.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13ª Edição. Editora Atlas, 2013 B.

ANEXO A - Lei 8.971 de Dezembro de 1994

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO B - Lei 9.878 de Maio de 1996

Regula o §3º do artigo 226 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

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

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.