

**O TRATAMENTO DO COMPANHEIRO NO DIREITO DAS SUCESSÕES EM FACE
DE POSSÍVEL (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO nº 1.790 DO CÓDIGO
CÍVIL DE 2002**

Ana Paula Barbosa dos Santos Guedes
Rosangela Vicente dos Santos Cruz

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva expor sucintamente a evolução histórica da família em relação aos direitos sucessórios atribuídos aos conviventes no casamento e na união estável. Com a aplicabilidade do aspecto legal da Constituição Federal / 1988, Leis 8.971/94 e 9.278/96 e do Código Civil/2002 emergiram no direito sucessório, embates nos quais os doutrinadores manifestaram-se considerando posições divergentes referentes à (in) constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, visto que o enfoque se evidenciava nos termos de que se abrigava, no referido artigo, uma forma injusta, vez que conferia benefícios privilegiados ao companheiro em detrimento do cônjuge supérstite. No entanto, como é sabido, uma norma infraconstitucional deve vincular-se à Lei Maior, e, no caso em análise, o texto do artigo supracitado contrariou elementos constitucionais, regulamentando a sucessão do companheiro considerada de forma inconstitucional e, na defesa da equiparação da união estável com o casamento, decisões têm sido proferidas discorrendo acerca do tratamento do companheiro na esfera sucessória, sendo o cerne da discussão se voltando para o âmbito da (in) constitucionalidade.

Palavras-chave: Sucessão do Companheiro, Concorrência entre Colaterais, Art. 1790 do Código Civil de 2002, Casamento e União Estável.

ABSTRACT

This work completion course aims to expose concisely the historical evolution of the family in relation to inheritance rights assigned to cohabiting in marriage and stable union. With the applicability of the legal aspect of the Federal Constitution / 1988, Law 8.971 / 94 and Law 9.278 / 96 and the Civil Code / 2002 emerged in inheritance law, conflicts in which the scholars expressed considering divergent views concerning the (un) constitutionality of article 1.790 of the Civil Code/ 2002, as the focus was evident in terms of what is housed in the said article, unfairly, as it gave privileged benefits to mate at the expense of the surviving spouse. However, as is well known, one infra standard should be bound by the highest law, and, in this case, the aforementioned article text contradicted constitutional elements, regulating the succession fellow deemed unconstitutionally and in defense of matching stable union with marriage, decisions have been handed down by talking about the companion of treatment in succession sphere, being the core of the discussion turning to the scope of the (un) constitutionality.

Keywords: Fellow Succession, Competition between Collaterals, Art 1790 of the Civil Code / 2002, Marriage and Stable Union.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	8
2.1.	VISÃO SOBRE FAMÍLIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	9
2.2	TRATAMENTO JURÍDICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	9
2.3	VISÃO SOBRE FAMÍLIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	11
3	ANÁLISE DA UNIÃO ESTÁVEL E SUA LEGALIDADE	13
3.1	RECONHECIMENTO E EVOLUÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO.....	15
4	A FAMIGERADA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO EM CONCORRÊNCIA COM OS COLATERAIS	21
4.1	POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS INFERIORES	23
4.2	DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ) E (STF).....	27
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

1 INTRODUÇÃO

Verifica-se ao longo da história que os seres humanos têm suas necessidades dentre as quais se destaca a inter-relação, pois, do isolamento emergem-se conflitos emocionais bem como doenças. A constituição da vida familiar instaura-se pelo casamento ou união estável, onde as pessoas decidem pela busca de um companheiro de maneira formal ou informal e, diante dos conflitos sociais, as normas do ordenamento jurídico são aplicadas como busca de soluções dos mesmos.

Um ano após a promulgação do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), em maio de 2003, Miguel Reale já profetizava que ainda não nos demos conta de todas as graves consequências resultantes do artigo 226 da Carta Magna, ao dispor sobre a instituição da família considerada base da sociedade (REALE, 2003).

Mais de quatorze anos se passaram. Neste longo período, o direito de família sofreu diversas transformações, repudiando-se a ideia da família meramente tradicional e a ideia do casamento apenas de pessoas de sexos diversos. Sabe-se que o tema da união estável está na ordem do dia.

A disciplina da união estável inserida no contexto do ordenamento jurídico, mormente no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), trouxe ações discriminatórias, proibição de doações ou benefícios do homem casado à concubina ou a inclusão desta como beneficiária em seguro de vida, renegando vários direitos que só são concedidos aos casados que detenham união sacramentada legalmente.

Na arena do direito de família, o tema união estável faz emergir muitas perguntas, dentre elas, se a Carta Magna igualou de forma peremptória a união estável ao casamento. É possível que o Código Civil (BRASIL, 2002) não tenha respeitado as disposições constitucionais quanto a igualdade? Responder essas indagações exige enfrentar no plano jurídico-constitucional a teoria do ordenamento jurídico harmônico, em especial no que toca a uma característica que é comumente relevada: a igualdade.

Foi neste contexto que surgiu o problema de pesquisa deste artigo: O artigo 1790 referente ao direito sucessório dos companheiros e trata de forma diferente o direito dos cônjuges fere o direito de igualdade e consequentemente a Carta Maior? Quais as justificativas/fundamentos para tais diferenciações?

Como hipótese foi formulada a seguinte: apesar de ser justificável, *a priori*, que união estável não é casamento, lança-se como questão central a possibilidade de se aplicar o princípio da igualdade quando existe, na diferenciação, privação de direitos.

A pesquisa se justifica em face da quantidade de uniões informais e da resistência dos casais em oficializar uniões. Faz-se mister que sejam conhecidos os fundamentos dos adeptos a diferenciações de tratamento jurídico importando conhecer seus fundamentos jurídicos.

A abordagem empregada é método dialético, realizando uma contraposição de ideias doutrinárias, leis especiais e legislação geral, objetivando compreender se o texto do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) é (in)constitucional e se as regras sucessórias aplicadas ao companheiro são injustas, tendo em vista que para responder as questões sociais e instaurar relações entre o conceito histórico, econômico e jurídico, serão aplicados diferentes procedimentos para buscar informações acerca do objeto em estudo.

Os sujeitos da pesquisa são os cônjuges, companheiros e seus direitos sucessórios frente à redação do artigo supracitado, sendo que com a aplicabilidade das leis 8.971/94 (BRASIL, 1994) e 9.271/96, pareceres confusos e de aplicação discutível trouxeram controvérsias nos tribunais, cuja pertinência se dava em prol da sucessão.

Compreendida a estrutura da união estável no ordenamento pátrio, passar-se-á à descrição das abordagens enunciadas nos quatro capítulos do referido trabalho.

No capítulo primeiro, o tratamento se dará a respeito da evolução histórica da família no ordenamento jurídico, a começar pelo aspecto da predominância paterna culminando com o reconhecimento constitucional da entidade familiar.

No capítulo segundo, demonstrar-se-á os aspectos legais e doutrinários da união estável bem como a abrangência sucessória normatizada no ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo o cerne dar-se-á para a problemática da famigerada (in) constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), inserindo na análise a visão doutrinária em confronto com os entendimentos e decisões jurisprudenciais inferiores e superiores.

O que se propõe é um diálogo entre as vertentes constitucionalistas e o Código Civil (BRASIL, 2002), parafraseando os dialéticos materialistas identificar as contradições concretas e as mediações específicas que constituem o "tecido" de cada totalidade.

2 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Visando uma exposição para melhor entendimento do trabalho, explanar-se-á neste primeiro capítulo, uma demonstração histórica sobre a intervenção na evolução do instituto da família, tendo nesta, como alvo, o amparo legal da união estável. A referida análise se pautará em fontes documentais e bibliográficas de pesquisa, tendo em vista que o tema é amplo, porém, como o conteúdo é de vasta exploração, restringir-se-á a aspectos mais relevantes.

Na visão dos juristas os conceitos de família se diversificam, para Clóvis Beviláqua, citado por Rodrigo Pereira:

Família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família somente os cônjuges e a respectiva progênie (PEREIRA, 2004, p. 05).

Na seara destes conceitos, “a Declaração Universal dos Direitos Do Homem em seu art.”. XVI, 3, estabeleceu que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Neste sentido a Convenção Americana dos Direitos Humanos, aprovada no ano de 1969 de Costa Rica, conceitua no art. 17: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado” (PEREIRA, 2004, p. 5).

No direito brasileiro, a redação do conceito de família está firmada no art. 226 da Constituição Federal da República Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) que veio ampliar a visão tradicional do qual era tratada no início do século XX através do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) de que sua formação era constituída apenas pelo casamento onde o homem exercia sua supremacia sobre a mulher e, portanto, formada por pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado pelo Estado. A inovação se encontra elencada no § 4º do referido artigo, é entidade familiar a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, estendendo-se também à união estável entre um casal, haja vista, que atualmente as diversas formas de família são protegidas pelo Direito, não restringindo apenas ao casamento, a união estável e as famílias monoparentais.

Esta evolução da família superou a visão de autoridade do “*pater*” concedendo maior autonomia aos membros familiares, sendo que tais evoluções tiveram grandes influências advindas das famílias Romana, Germânica e Canônica, tendo as mesmas suas particularidades como costumes, ideais e cultura, mas sempre sofrendo evoluções com o passar do tempo.

Diante do exposto, a família nos tempos atuais, tem embasamento delineado pelas seguintes normas do ordenamento jurídico pátrio consoante será demonstrado adiante.

2.1. VISÃO SOBRE FAMÍLIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Conforme já mencionado anteriormente, no início do século XX com o advento do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) onde a visão sobre famílias era tão somente disciplinada pelo casamento, cabe salientar que os filhos oriundos da relação fora do casamento eram excluídos do processo legal e tidos como ilegítimos.

O primeiro principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida (GONÇALVES, 2011, p. 28).

Ainda na mesma linha de entendimento explica Fachin (2001, p.8):

A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.

Evidente está nas supra citações, a presença do patriarcalismo e da hierarquização da família oriunda do casamento nesse Código, sendo a mulher totalmente atrelada ao homem vedando-se a ela o poder de dominar a gestão da família. Assim, atribuía-se ao marido o total poder de chefiar. Visível era a desigualdade entre o homem e a mulher. A união entre o casal sem a formalização do casamento, como também os filhos oriundos desta relação não formal, excluídos estavam dos direitos previstos em lei.

Na linha do tempo do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), evidentes são as predominâncias históricas das famílias precursoras. Como já bem sabe, existia também a figura da relação entre o homem e a mulher sem o casamento, no entanto, a união estável não foi reconhecida no mesmo. Vários conflitos são elucidados nesta relação e busca-se solução em amparo legal com criação de leis.

2.2 TRATAMENTO JURÍDICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Estado exerce papel fundamental na moralização da convivência matrimonial bem como da união estável ao aplicar normativas e fazer valer o direito de outrem frente à violação dos mesmos. Ele é o administrador das garantias fundamentais elencadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Doravante, o texto constitucional vem dar tratamento jurídico à formação da família no art. 226, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) como já citado, atribuindo a essa a base da sociedade, e, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 66 (BRASIL, 2010), que trata sobre a dissolubilidade do casamento através do divórcio, alterando o parágrafo 6º do supracitado artigo eliminando o lapso temporal da separação de fato o que não mais é relevante para o tratamento da dissolução do casamento.

Como a família desempenha o papel importante na preservação e perpetuação da espécie humana com características mais evidentes de permanência, criação de prole e formação de patrimônio, intrínsecos estão os direitos e deveres.

Ao longo do tempo ocorreram diversas transformações adotadas na inovação de valores familiares evocando os direitos da mulher, da criança, do adolescente e do idoso. Neste prisma a união estável adquire nova roupagem sendo nessa reconhecida a conversão em casamento, conforme afirma Gonçalves (2011, p.33):

A Constituição Federal de 1988 absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos. Assim, o art. 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição. O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. A terceira grande revolução situa-se nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

Transportando a realidade mencionada acima em relação aos direitos, o autor aborda que a pessoa opta por escolher seu cônjuge, companheiro, sendo que desta relação fática emergem vários reflexos na seara jurídica permeados por conflitos, competindo ao Estado a intervenção na busca de soluções por meio de instrumento jurídico. Suprimem-se os aspectos de subordinação e hierárquico entre o homem e a mulher e a afetividade entre os membros da família passa a ser intrínseca. Dessa forma, o princípio da igualdade foi salutar concedendo direitos iguais de proteção aos membros da família.

Herkenhoff (2005) em consonância com as expressões acima, cita o reconhecimento pelos tribunais da “união estável, admitindo-se-lhe o efeito de criar um núcleo familiar e vínculos jurídicos entre seus componentes reciprocamente e a respeito da prole”, nestes casos devendo a lei facilitar sua conversão.

Nesse mesmo sentido, com o advento de várias leis do ordenamento jurídico brasileiro, surgiram e influenciaram em decisões judiciais a Lei n. 8.009/1990 (BRASIL,

1990) e a Lei n. 8.408/92 (BRASIL, 1992), que regulamentaram a ampliação à proteção do bem de família e a redução do prazo de ruptura da vida em comum de um ano para a justificativa da separação judicial. Como também a Lei n. 8.971/94 (BRASIL, 1994), que disciplinou o direito dos companheiros à alimentos e à sucessão, sendo complementada pela Lei n. 9.278/96 (BRASIL, 1996), que equiparou o casamento à união estável, todas abordadas em momento oportuno.

Nesse diapasão, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) foi legitimadora de várias mudanças na seara do direito de família, inovando garantias e mantendo a dignidade da pessoa humana, vejamos:

Art. 226 [...] §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 privados.

A consagração do reconhecimento da união estável como entidade familiar está contemplada na Constituição Federal no artigo 226, §3º, reiterando que a lei deve contribuir para sua conversão em casamento realizado até então entre o homem e a mulher.

2.3 VISÃO SOBRE FAMÍLIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil (BRASIL, 2002) trouxe alterações referentes aos direitos da família, bem como tutelou os direitos dos conviventes em união estável, tendo como base leis que já contextualizavam direitos entre o homem e a mulher.

O instituto da união estável adquiriu significativas considerações em relação aos seus efeitos patrimoniais, à sua constituição como também à sua dissolução.

Como afirma Ressel (2015):

A união estável não é casamento. Se algum dos conviventes não estiver satisfeito com os direitos conferidos, pode a qualquer momento casar-se, para poder gozar os mesmos direitos dos cônjuges. A situação fática é que os conviventes, após dissolverem a união, pleiteiam direitos inerentes ao casamento.

Partilhando da mesma ideia, TARTUCE (2012) afirma categoricamente que casamento em nada se confunde com união estável uma vez que categorias iguais não podem ser convertidas umas nas outras. Neste caso, entende apenas que são entidades familiares diferentes e que contam com a proteção constitucional.

Como se vê, o atual Código Civil (BRASIL, 2002), bem como, diversas leis específicas no contexto da união estável alavancaram o reconhecimento, respaldando direitos e deveres aos conviventes que mantêm uma vida em parceria, tendo o amparo no ordenamento jurídico e ressaltando a importância do afeto, o desimpedimento, que a relação seja estável, e, que ambos possuam o desejo de constituir uma família sem a formalização do casamento (PEREIRA, 2012).

3 ANÁLISE DA UNIÃO ESTÁVEL E SUA LEGALIDADE

Nos primórdios, não se concedia a nomenclatura de união estável para pessoas que tinham vida em comum sem a formalização jurídica do casamento. Elas eram denominadas concubinas, sendo que para alguns a palavra era tida como uma forma desonrosa. A sociedade via essa relação de maneira preconceituosa, sendo a concubina ou concubino vistos de forma negativa (PEREIRA, 2012).

Em relação à união estável é importante salientar que é uma forma de convivência familiar contemporânea e que antecedendo ao reconhecimento pela Constituição Federal vigente e disciplinada pelo direito de família, diversos casais já exerciam tal prática, sendo conhecida como concubinato, apesar de nessa época não ser admitida pelo ordenamento jurídico (FURTADO, 2015).

Viana (1999) menciona que o concubinato existe na sociedade há muitos anos, trazendo referências no Direito Romano, onde o mesmo era visto como uma relação inferior ao casamento, na qual o homem mantinha uma relação com uma mulher considerada de baixa classe, uma escrava ou uma alforriada. O ordenamento jurídico repudiava esse tipo de relação que não tinha efeitos jurídicos.

É notório elencar o que alguns doutrinadores abordam acerca de conceitos inerentes aos temas: casamento, família e união estável. Gonçalves (2011, p.19), apresenta os seguintes termos:

Casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima. Reconhece-se-lhe o efeito de estabelecer ‘comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges’ (CC, art. 1.511). A união estável, reconhecida pela CF e pelo CC (art. 1.723) como entidade familiar, pode ser chamada de família natural. Quando formada por somente um dos pais e seus filhos denomina-se família monoparental (CF, art. 226, § 4º).

Mais sucintamente, casamento é o “ato solene pelo qual se unem, estabelecendo íntima comunhão de vida material e espiritual e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer, sob determinado regime de bens” (OLIVEIRA 1980, p. 9).

Uma relação entre homem e mulher quando tem durabilidade e em especial gera prole se enquadra no modelo de união estável, com perfil de família, ou seja, um agrupamento de pessoas unidas por laço sanguíneo, vínculos afetivos e comunhão de interesses (MELO, 2000 p.18-19).

A esse respeito preleciona Welter (2003, p.76):

No concubinato entre amantes não há vida *more uxório*, mas sim vidas independentes. É o caso específico em que o homem casado, embora residindo com sua família, mantém fora de casa uma amante. Neste caso o patrimônio conquistado pelos concubinos deverá ser dividido entre ambos, evitando-se o enriquecimento ilícito. Salienta que esse patrimônio não se refere ao formado na sociedade conjugal, e sim àquele que for amealhado pelos amantes.

A união estável passou por alterações significativas e foi legitimada pelo ordenamento jurídico, se bem digamos: O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) coibia benefícios testamentários, doações e não obtinha respaldo jurídico. Começa a ser reconhecida a relação, dando tratamento jurídico na seara da assistência previdenciária, meação de bens adquiridos pelo empenho durante a relação. Alguns requisitos exigiam a prova como na meação e os companheiros tinham que demonstrar que contribuíram financeiramente para a aquisição do bem, buscando por meio da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009) que ocorrendo à existência da sociedade de fato entre os conviventes, permitia-se a dissolução judicial, partilhando o patrimônio que estes adquiriram pelo esforço comum.

De acordo com os autores mencionados, com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), este conflito se exauriu, diante do reconhecimento da união estável como entidade familiar e superando a visão de relação de fato passando a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico, inclusive substituindo o tratamento de concubinato por união estável.

A transcrição do art. 226, §3º, que trata da conversão da união estável em casamento passou a ser tutelado juridicamente, consagrando que só se reconhecia a união estável entre homem e mulher (GONÇALVES, 2010). Porém, a Constituição Federal não regulou vários tratamentos jurídicos nos diversos âmbitos dessa relação e para sanar os conflitos emergidos, leis ordinárias permearam o cenário jurídico delineando obrigações e direitos, na tentativa da solução conflituosa da união estável (VIANA, 1999).

Seguindo a mesma linha de intelecção, o artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) institui que:

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

Destarte, o que se visualiza com a promulgação do Código Civil supramencionado é que, com o aumento no número de casais que se relacionavam extra matrimonialmente, surgiram inovações nas regras sucessórias, inclusive no que diz respeito à sucessão, o que

designamos como concorrência sucessória elencada no artigo 1.829 da aludida legislação, a ser tratada oportunamente.

3.1 RECONHECIMENTO E EVOLUÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

É de suma relevância a análise dos textos de leis existentes antes da promulgação do Código Civil (BRASIL, 2002), sabendo, portanto que as mesmas foram reformadas pelo Código em comento.

A Lei 8.971/94 (BRASIL, 1994) definiu a nomenclatura de companheiros para o homem e a mulher que viviam juntos há mais de cinco anos ou que tivessem prole, desde que eles estivessem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Para os mencionados, permitia-se a participação da sucessão do companheiro ou da companheira em alguns casos, citando o usufruto da quarta parte dos bens do “*de cujos*” se houvesse filhos e enquanto não houvesse uma nova relação. Na inexistência de descendentes e ascendentes, a herança total seria direcionada ao companheiro. Os direitos dos que viviam juntos em forma de união estável foram ampliados, não abrangendo contudo os que fossem separados de fato (DIAS, 2007).

Assim também, a Lei 9.278/96 (BRASIL, 1996) caracterizou a entidade familiar atribuindo a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher com intenção de constituir uma família, exigindo a esses atributos que o casal deveria ter uma relação como se casados fossem, devendo estes manter uma vida em comum, morar juntos e que a união tivesse objetivo final de adquirir família. O termo convivente ocupou o lugar de companheiros, trouxe em seu bojo direitos e deveres, evidenciando respeito e consideração recíproca, assistência moral e patrimonial entre ambos, sustento e a guarda dos filhos. Tutelou a referida lei dos alimentos em caso de dissolução da união por acordo entre as partes ou em caso de morte de um dos sobreviventes, direito à habitação, conversão da união estável em casamento, respaldando-se o reconhecimento de direitos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O mencionado art. 1.723 (BRASIL, 2002) reforma o conceito de união estável e disciplina um tempo mínimo de convivência de cinco anos, permanecendo a exigência para a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família, e tendo como exceção à regra o parágrafo primeiro referindo-se aos que forem separados de fato ou judicialmente.

Tutela o art. 1.724 do Código Civil (BRASIL, 2002) a obrigação dos companheiros à lealdade, respeito e assistência, sustento, guarda e educação dos filhos. Nada abordando com relação à exigência de coabitação dos companheiros.

O art. 1725 do mesmo Código expressa o regime de bens na união estável, que se não houver contrato escrito entre as partes prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens, deixando a ambos o direito aos bens adquiridos no decorrer da união estável.

A redação do art. 1.726 do Código Civil (BRASIL, 2002) menciona a necessidade do pedido de conversão da união estável em casamento que deve ser direcionado ao juiz do registro civil.

O art. 1.727 (BRASIL, 2002) por sua vez, diferenciou companheiro de concubino, sendo no concubinato as pessoas impedidas de se casarem, bem como os separados de fato. Podendo, porém, constituir uma nova união estável.

Com isso podemos concluir que existem impedimentos em relação à constituição do casamento, bem como da união estável, para Pereira “os separados judicialmente são impedidos legalmente de se casarem e, no entanto, podem constituir uma união estável, até mesmo pelo disposto no art. 1.723 do CC” (2012, p.148).

Como se vê, no Código Civil (BRASIL, 2002), bem como em diversas leis específicas, no contexto da união estável foram alavancados reconhecimentos respaldando direitos e deveres entre os conviventes, ressaltando a importância do afeto e o desimpedimento.

Viu-se no tópico anterior, que a união estável teve seu processo histórico até que a mesma fosse legitimada. Sofreu influências dos fatos sociais, fatos culturais, elaboração e aprovação de leis, analogias e concretizou-se na Constituição Federal de 1988 (BRASIL). As abordagens a seguir direcionar-se-ão à união estável com uma visão ampla, referendando-se que o instituto jurídico vestiu a roupagem de que seus direitos e deveres se equiparam aos direitos do casamento.

A união estável, após vários questionamentos, recentemente, passou a ter considerações pelos legisladores pautando esses, nas edições de leis sobre o tema, mas com maior enfoque na Constituição Federal que passou a reconhecê-la e atribuir tratamento equivalente ao casamento. Ao comparar o casamento com a união estável na seara legislativa, observar-se-á disparidades, vez que inúmeros fatos sociais nos dispositivos legais não traziam tratamentos aos conflitos de interesses (SOUZA, 2008).

Há de se considerar que para constituir uma família o casamento não é exigido, tendo como ápice a relação de sentimento, o companheirismo, o afeto, o amor, que são as bases

necessárias, conforme defendeu o doutrinador Welter no aspecto da entidade familiar e a união estável (WELTER, 2003).

Fato é que, as duas instituições que têm como fundamento a constituição da família, a saber, a união estável e o casamento recebem tratamentos diferenciados pelo Código Civil (BRASIL, 2002), ressaltando-se que a celebração civil é feita pelo juiz de paz, originando o registro (certidão de casamento), enquanto na união estável, se dá por duas pessoas desimpedidas legalmente não exigindo celebração, podendo ocorrer simplesmente sua formalização.

Nesse sentido, a união estável exige a relação monogâmica excluindo da possibilidade quem não se separou, gerando impedimentos matrimoniais (DINIZ, 2010):

Dessa forma Diniz (2010, p. 384) discorre:

Consequentemente, a união estável poderá configurar-se mesmo que: a) um de seus membros ainda seja casado, desde que antes de iniciar o companheirismo estivesse já separado de fato, extrajudicial ou judicialmente, do cônjuge; b) haja causa suspensiva, pois esta apenas tem por escopo evitar a realização de núpcias antes da solução de problemas relativos a paternidade ou o patrimônio familiar, visto que em nada influenciaria na constituição da relação convivencial. Assim sendo, se alguém maior de 60 anos passar a viver em união estável, não sofrerá nenhuma sanção, podendo o regime convivencial ser similar ao da comunhão parcial (CC, art. 1.725).

Em continuidade às abordagens do processo de legitimidade da união estável, a citação doutrinária de alguns legisladores conduz ao vértice de como essa instituição atingiu a categoria de instituto jurídico protegido pelo direito de família e as lacunas existentes foram ab-rogadas pelo Código Civil (BRASIL, 2002), inclusive porque a Lei 8.971/94 (BRASIL, 1994) e a Lei 9.278/96 (BRASIL, 1996) intencionavam disciplinar o tema após a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Com o surgimento do reconhecimento legal da união estável o casamento civil deixou de ser a única forma de constituição familiar sendo que a legislação impôs várias mudanças que influenciaram e influenciam no relacionamento intrafamiliar; elencando que a relação *more uxorio* deve ser pautada no princípio da publicidade, que seja notória a relação marido e mulher e que esta não se configure apenas entre os envolvidos. (DINIZ, 2010).

Necessário se faz tecer comentários em relação à união estável homoafetiva, que se dá pela formação de casais do mesmo sexo, tendo gerado vários conflitos nos tribunais e por consequência sua legitimidade reconhecida, conforme afirma Marinho (apud MARTINS, 2014, p. 176-177):

Finalmente, no ano de 2011, ao julgar a ADPF 132/RJ e ADI 4.277, o artigo 1.723 do Código Civil passou a ter uma interpretação conforme a Constituição para reconhecer a união estável homoafetiva conferindo-lhe o mesmo tratamento jurídico e munindo os casais homoafetivos das mesmas garantias das quais gozam os casais heteroafetivos. Enfim, a união estável fora reconhecida para todos os fins de direito. Tal decisão como pode se notar da leitura dos votos, pautou-se principalmente em princípios jurídicos. Para fundamentar a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil princípios como a dignidade humana e autonomia da vontade, e direitos (também positivados sob a forma de princípios) como a liberdade, intimidade e vida privada, dentre outros foram utilizados.

Conforme citado, a união homoafetiva consubstanciou a garantia de direitos e deveres a ambos conviventes, que apesar de questionamentos é legitimada em nossa sociedade podendo ser convertida em casamento, se bem vejamos:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

O dever jurídico do Estado de proteger a família perante os bens patrimoniais advém de formas legais devendo ser compreendido para tanto, os conceitos que seguem.

Bem entendendo, sucessão é o modo de transmissão e herança é o conjunto de bens direitos e obrigações que são transmitidos aos herdeiros e legatários. “A sucessão *mortis causa* é o modo de transmitir a herança” (WALD, 2002, p. 7).

Em conformidade com o art. 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2002), considera-se aberta a sucessão no momento ou presumidamente ocorrendo a morte de alguma pessoa. Emergindo-se então o direito hereditário, ocorrendo daí a troca do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que o *de cujos* era figurante. No mesmo sentido, diversos princípios norteiam o direito da sucessão, cabendo ressaltar o princípio da *Saisine* que é um “instituto do Direito das Sucessões, estampado no artigo 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2002), consistente em uma ficção jurídica que proporciona aos herdeiros a posse indireta do patrimônio deixado *causa mortis* pelo falecido” (GAZINELLI et al, 2013).

A sucessão pressupõe, então, além da morte, a vocação hereditária, quer dizer a chamada dos sucessores do falecido a quem imediatamente já se deferiu a posse e a propriedade da herança. Nessa categoria de sucessores pode haver aqueles que tenham sido

instituídos testamentariamente pelo autor da herança quando ainda em vida de forma ampla ou restrita e como decorrência do próprio poder que ele tinha para tanto a época da sua declaração de última vontade. Além disso, pode haver aqueles herdeiros que tenham essa qualidade por força da lei ou por disposição legal (HINORAKA, 2011).

Antes de adentrar especificamente no direito da sucessão do companheiro necessário se faz a citação dos deveres que os mesmos devem cumprir em conformidade com aspectos do casamento e união estável estampados no artigo 1.724 do Código Civil (BRASIL, 2002), onde o legislador aborda a questão da lealdade dos companheiros, o respeito e assistência, estando os companheiros obrigados ao respeito e amparo um pelo outro no seio da relação. Compõe também no dever a assistência material, moral e espiritual, sendo parceiros em todos os momentos (DIAS, 2007).

No embate, a posição de Gonçalves embasada na mesma linha de pensamento, além do que mencionado anteriormente pela doutrinadora Dias:

Na união estável, salvo o contrato escrito entre os companheiros aplicam-se as relações patrimoniais no que couber o regime da comunhão parcial de bens. Assim os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros assim como sua administração (2011, p.187).

Em se tratando da sucessão do companheiro (a), citar-se-á também a sucessão do cônjuge analisando o artigo 1.829 do diploma legal, em análise à redação do supra artigo. Notória é a preferência para receber a herança os descendentes, em concorrência com o cônjuge. Não havendo descendentes, herdarão os ascendentes em concorrência com o cônjuge, herdando este último sozinho apenas na ausência de descendentes e ascendentes. E por fim, não havendo descendentes nem ascendentes ou mesmo cônjuge a herança será partilhada entre os parentes colaterais, até o quarto grau. (GRAZINELLI et al, 2013).

As explanações a seguir se direcionam ao direito sucessório do companheiro regulado pelo artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Dispõe o *caput* do artigo, a limitação ao direito sucessório do companheiro sobrevivente apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim, exclui-se o direito do companheiro em relação aos bens particulares do falecido, como também a herança e a meação. O companheiro sobrevivente em concorrência com os filhos terá direito a um quinhão correspondente à do filho, conforme o que determina a lei.

Aplicando os incisos I e II do art. 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), cabe ao companheiro o mesmo percentual recebido pelos descendentes, sendo esses comuns do casal.

Mas, se concorrer com os descendentes só do autor da herança caberá ao cônjuge a metade do que pertencer a cada um dos herdeiros.

Reportando a sucessão do companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis há de se dizer que não havendo descendentes, o companheiro concorrerá com os ascendentes e com os colaterais até o quarto grau, tendo este direito a uma quota parte de 1/3(um terço), de acordo com inciso III do art. 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002). Na concorrência com os descendentes do “*de cujos*” receberá a metade na parte que pertencer a cada um. Na ocorrência de não ter parentes este deterá a herança na totalidade (PEREIRA, 2012). Nota-se, porém, que o Código Civil (BRASIL, 2002) ao tutelar a sucessão dos companheiros, aviltou o *status* do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge, diferenciando o regime de sucessão na herança. Alude-se que este tratamento viola preceitos constitucionais, vez que suprimiu os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

É notório que as normas jurídicas não tratam o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário comparando com o que ocorre com o cônjuge supérstite (art. 1.845 Código Civil de 2002). Embora o companheiro supérstite concorra com ascendentes e descendentes conforme ocorre nos dias atuais e não mais seja titular do direito real de habitação, ademais concorrendo com parentes sucessíveis, digamos, colaterais até quarto grau, terá este “direito a uma cota do patrimônio do *de cujos*” e não tão somente ao “usufruto de parte dos bens, deste” (WALD, 2002).

Finalmente, a redação do inciso IV, colaciona que, não havendo concorrência com parentes sucessíveis, o companheiro gozará de total direito da herança (TARTUCE; SIMÃO, 2010).

Considerando que o Código Civil (BRASIL, 2002) elegeu o regime da comunhão parcial de bens, tanto para a união estável quanto para o casamento, as mesmas regras patrimoniais adotadas no casamento, deverão ser estendidas à união estável, considerando como exceção contrato escrito de forma diversa (RESSEL, 2007).

Neste diapasão pode-se concluir que mesmo concorrendo o companheiro supérstite com ascendentes e descendentes como ocorre nos dias atuais, o companheiro não é tratado pelo direito como herdeiro necessário conforme ocorre com o cônjuge. Não sendo mais o titular de um direito real de habitação, ele concorre com os demais parentes sucessivos, tendo direito a uma quota do patrimônio do *de cujus* e não mais restringindo o usufruto de partes dos bens deste.

4 A FAMIGERADA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO EM CONCORRÊNCIA COM OS COLATERAIS

Os ordenamentos jurídicos que possuem uma Constituição rígida são maneados pelo princípio da supremacia constitucional sobre as demais leis, podemos assegurar que a Constituição é o ápice do sistema jurídico, e, como consequência natural, todas as situações jurídicas devem lhe guardar respeito.

Alguns doutrinadores defendem a tese de que o disposto no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) é constitucional na sua integralidade, enquanto outros defendem serem inconstitucionais apenas os incisos III e IV, e, de outro lado, encontram-se aqueles que coroam de total inconstitucionalidade todos dos incisos.

Como se pode observar, a sucessão do companheiro encontra bastante divergência e enquanto o Superior Tribunal Federal não pacifica o entendimento jurisprudencial, os legisladores debulham seus próprios pareceres e entendimentos.

Antes do advento da Lei 10.406/02 (BRASIL, 2002), a sucessão do companheiro era regida por leis específicas, a saber, a Lei 8.971/94 (BRASIL, 1994) e a Lei 9.278/96 (BRASIL, 1996).

Vejamos o que diz o artigo 2º da Lei 8.971/94:

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

[...]

III- Na falta de descendentes e ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 1994).

O referido artigo hoje encontra mais amparo jurídico em nosso ordenamento, considerando sua revogação através da Lei Civil de 2002. É mister o entendimento do legislador ao disciplinar sobre determinado assunto, pois a literalidade do inciso III se faz constar no artigo 1.790 da legislação vigente:

Art. 1790 – 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 os 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 (grifos nossos).**

A referência que o texto faz menção é aos ascendentes e aos colaterais, ao passo que se não houver ascendentes serão chamados à sucessão os colaterais.

Por oportuno, é relevante a observância do regime de comunhão e suas particularidades concernentes ao casamento e a união estável¹, pois é notória a disparidade da lei com o texto constitucional, uma vez que expressa:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, de devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O que se pode entender é que a Constituição estendeu o conceito de casamento à união estável, equiparando os dois institutos. Nesse entendimento, traz-se à luz o texto do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 que diz:

Art. 1829 – 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. 1640, 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.

E ainda é de inteira relevância o disposto no artigo 1.838 do mesmo diploma legal que diz que “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente” (BRASIL 2002).

Cumprido salientar, que o disposto nos incisos do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) confronta sobremaneira a Constituição Federal no que tange a sucessão do companheiro em face de sucessão do cônjuge expressa no artigo 1.829 ainda do mesmo diploma legal, pois os trata-los de forma diferenciada, sagram de total inconstitucionalidade o principio da dignidade da pessoa humana.

No entendimento de Denieglson da Rosa Ismael, o legislador ao preconizar os artigos adrede mencionados atribui desvalorização à pessoa do companheiro, pois:

¹ No casamento fica facultada aos cônjuges a escolha do regime a ser adotado na partilha de bens, exceto por presunção de incapacidade aos septuagenários, ou seja, aqueles que gozam da idade de 70 anos, no qual o regime obrigatório é o de separação total dos bens. Por sua vez ao efetivar a união estável, o companheiro ou companheira independentemente da idade não gozam de tal prerrogativa, exceto se estipulado em contrato por escrito o regime, pois os bens adquiridos onerosamente no decurso da união serão direitos patrimoniais de ambos, e consequentemente caso se dissolva os mesmos serão partilhados em partes iguais. Este contrato chamado de escritura pública, a qual registra o acordo deve ter conformidade com o projeto n. 2.684 art. 4º reconhecendo a boa-fé perante terceiros. São exclusos da partilha os bens de herança, legado ao companheiro (DINIZ, 2010).

Inferioriza aquele que dividiu e compartilhou uma vida em comum com o *de cujus*, coloca numa esfera abaixo aquele que participou e contribuiu para a aquisição do patrimônio em comum. Valorizou o legislador ordinário, de forma errônea e equivocada, um grupo de pessoas “outros parentes sucessíveis” que, em muitos casos, nem ao menos têm convivência com o autor da herança, uma vez que as próprias ligações familiares se tornam mais raras numa sociedade tão ocupada como a presenciada nos tempos atuais (ISMAEL, 2008).

Neste diapasão, a (in) constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) tem sido embate no cotidiano das relações conjugais referente aos bens deixados pelo “*de cujos*” companheiro, chegando até os tribunais.

4.1 DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS INFERIORES

Vários posicionamentos têm sido controversos em relação à matéria. Vejamos alguns entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO ABERTA APÓS A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DE COMPANHEIRO EM CONCURSO COM IRMÃOS DO OBITUADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1790, III DA NOVEL LEGISLAÇÃO. DIREITO A UM TERÇO DA HERANÇA. INOCORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO HÁ CHOQUE ENTRE O CÓDIGO E A CONSTITUIÇÃO. (...) AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL SOBRE TAIS QUESTÕES PODEM SER CONSIDERADAS INJUSTAS, MAS NÃO CONTÊM EIVA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO DOS COLATERAIS COMO HERDEIROS DO DE CUJUS. PROVIMENTO DO RECURSO (Agravado de Instrumento n. 2003.002.14421, 18ª Câmara Cível, relator: Desembargador Marcus Faver).

O posicionamento do Tribunal é no sentido de considerar a inócência de inconstitucionalidade, se posicionando no sentido de que inexistem controvérsias da Constituição frente à lei geral e leis específicas e, portanto, reconhece os colaterais como herdeiros do *de cujus*.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DIREITO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO EX-COMPANHEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 1790, III DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXISTÊNCIA DE PARENTES SUCESSÍVEIS, QUAIS SEJAM, OS COLATERAIS. ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790, SOB O ARGUMENTO DE TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO. IMPROCEDÊNCIA. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL APENAS DETERMINA QUE A UNIÃO ESTÁVEL SEJA RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR, MAS O CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL SÃO DISTINTOS. [...] DESPROVIMENTO DO

RECURSO (Agravo de Instrumento n. 2004.002.16474, 8ª Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Odete Knnack de Souza).

Na referida jurisprudência, mais uma vez o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro se posiciona considerando constitucional o mencionado artigo 1.790, pois entende, assim como a maioria dos tribunais da região sudeste do país, que o conceito de união estável e casamento são distintos, reforçando o posicionamento de Tartuce (2012) que entende se tratar de institutos diversos.

Além dos tribunais cariocas, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal pactua do mesmo entendimento:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONVERTIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. RELATOR. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. SUCESSÃO. CONCORRÊNCIA COM OS COLATERAIS. ART. 1790, III, DO CC. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO EQUIPARAÇÃO DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL COM O CASAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. SUSPENSÃO. AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA
(Agravo de Instrumento: 201500201353821, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 02/07/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/07/2015 . Pág.: 284)

Extrai-se do texto, que o legislador constituinte apesar de ter reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como sendo entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório. Com isso, reconhece não incidir a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Por obvio, não podemos deixar de mencionar o entendimento dos tribunais mineiros, vez que o Estado de Minas Gerais tem corroborado com o entendimento da constitucionalidade. Vejamos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – UNIÃO ESTÁVEL – ART 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL – CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ORGÃO ESPECIAL DESTE TJMG – INALICABILIDADE DO ART 1.829 DO CÓDIGO CIVIL -O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. “Não é inconstitucional o artigo 1.790, III do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns.” (Arg Inconstitucionalidade 1.0512.06.032213-2/002, Rel. Des.(a) Paulo César Dias, CORTE SUPERIOR, julgamento em 09/11/2011, publicação da súmula em 01/02/2012) - Recurso não provido.

Os Tribunais dos Estados de MG, RS, RJ e SP se comungam em relação ao incidente de inconstitucionalidade, entendendo que o art. 1790 do Código Civil (BRASIL, 2002) é constitucional e que, portanto, inexistente tratamento diferenciado entre os institutos do casamento e união estável.

Em controvérsia, o entendimento da Corte paranaense em relação ao texto do artigo acima citado, é de que, além de infringir o disposto na Constituição Federal, afronta os princípios da dignidade humana e da isonomia, devendo ser considerada regra retrógrada inaplicável e inconstitucional do ponto de vista jurídico e social. Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Paraná:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO STATUS DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE (TJPR, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Arenhart. Incidente de Decl. De Inconstitucionalidade nº 536.589-9/01, julg. 04.12.09. DJ 03.08.2010).

A corte Superior deste Tribunal de Justiça zelou por reconhecer inconstitucional o artigo em comento e uma afronta ao estatuído na Constituição Federal em seu artigo 226 § 3º, pois afronta ao princípio da igualdade material, uma vez que a Constituição conferiu tratamento similar aos dois institutos.

No embate, a posição de Zeno Veloso (2010 p. 159), embasada na Constituição, afirma o autor que uma interpretação diversa entraria em controvérsia com os próprios fundamentos constitucionais, visto que o propósito é apenas auxiliar o modelo familiar denominado união estável.

O entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem sendo predominante no quesito de igualdade do tratamento entre cônjuge e companheiro em relação à vocação hereditária no modelo familiar denominada de união estável:

AÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA PARTILHA DEFLAGRADA PELOS COLATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA EM DETRIMENTO À COMPANHEIRA. SENTENÇA QUE DETERMINOU COM ABSOLUTO DESACERTO A INCIDÊNCIA DO ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, JULGANDO PROCEDENTE A LIDE. EQUÍVOCO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO

ART. 1.829, INCISO III, E ART. 1.838, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, A FIM DE VEDAR A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA SOBREVIVENTES PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Com a promulgação da Constituição de 1.988 e a elevação da união estável à condição de entidade familiar para conferir-lhe maior proteção do Estado, pode-se falar que a família é gênero, de que são espécies o casamento e a união estável. A distinção aos direitos sucessórios dos companheiros - inciso III do art. 1.790 do Código Civil - viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não somente para a cônjuge, mas também para a companheira, colocando-as em posição de igualdade na sucessão. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. DECISÃO REFORMADA. (TJ-SC - AC: 227192 SC 2006.022719-2, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Data de Julgamento: 14/12/2010, Câmara Especial Regional de Chapecó, Data de Publicação: Apelação Cível nº , de Cunha Porã).

Destaca-se a decisão proferida em que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o instituto da união estável foi elevado à condição de entidade familiar e que a distinção aos direitos sucessórios dos companheiros viola o princípio constitucional da igualdade, isso porque confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante um determinado período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.

Para concluir, coaduna nestes termos o julgado por maioria do TJSE:

Constitucional e Civil - Incidente de Inconstitucionalidade - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do Código Civil de 2002, reclama a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois este, ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, 3º da CF, configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 (TJ-SE - IIN: 2010114780 SE, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 30/03/2011, TRIBUNAL PLENO).

Por fim, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reconhece que a distinção entre esses institutos configura ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana, prezando por reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1790 (BRASIL, 2002).

Neste entendimento, “(...) o cônjuge e o companheiro não podem receber na lei tratamento diverso em matéria de direitos sucessórios” (COELHO, 2012, p. 288). Portanto os

preceitos normativos de lei ordinária não podem discriminar nenhum deles, ou seja, não pode a lei tratar de forma discriminatória a qualquer deles, como vantagem negada a um ou a outro.

4.2 DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ) E (STF)

Importa salientar que a matéria é objeto de apreciação pelos tribunais superiores, sendo, portanto, carente de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, ao proferir o Recurso Extraordinário 878.694 (BRASIL, 2015) o relator proferiu em sede de decisão unânime reconhecimento à existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê aos companheiros direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.

O STF entende que o debate acerca da validade de dispositivos que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, possui natureza constitucional, principalmente à luz do princípio da isonomia, e que o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. Além do mais, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos e reconhece que deve se impor o julgamento por corte maior com o objetivo de orientar a atuação do judiciário em casos semelhantes, manifestando-se no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em comento.

Coaduna com o posicionamento da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL 2002), o Superior Tribunal de Justiça, haja vista que preenche os requisitos legais e regimentais, entendendo por sobrestar o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil (BRASIL, 2002), diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria tratada:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DOCOMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. (STJ - AI no REsp: 1135354 PB 2009/0160051-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2011)

Enfim, seja por via direta ou indireta, a discussão sobre a (in) constitucionalidade das disposições referentes à sucessão na união estável ainda é muito discutida, apesar da previsão constitucional de equiparação das instituições casamento e união estável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal qualifica a família como sendo a base da sociedade e, ao Estado atribui a competência de protegê-la. Na seara da tutela jurisdicional, consagram-se os princípios que têm norteado decisões nos conflitos familiares, numerosos nos tribunais.

Na história da família, onde não se evidenciava uma sociedade organizada formalmente, predominava a supremacia paterna e a relação extraconjugal que era tida como criminosa. Tendo em vista a ocorrência de mudanças constantes em todo o mundo, as leis que aqui vigoram devem ajustar-se aos fatos e contextos atuais.

Nessa esfera o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, prevê a possibilidade da conversão da união estável em casamento, sendo necessário para realização do feito o requerimento dos conviventes, ressaltando que o instituto da união estável não deve ser inferiorizado ao do casamento, concedendo privilégios aos cônjuges e desfavorecendo os companheiros, em relação ao direito das sucessões.

Ademais, considerar-se-á um notório retrocesso social, vez que as legislações dos anos de 1994 e 1996 referentes ao assunto em tela, concedeu a paridade aos cônjuges e companheiros na esfera sucessória, sendo que em alguns direitos, os companheiros foram mais beneficiados em relação aos cônjuges, e, como a lei civilista posterior retrocedeu a lei anterior, concedendo menos vantagens, ocorreu o desrespeito constitucional da vedação ao retrocesso social.

Cabível é mencionar, que conquistas de direitos também se afluíram, alavancando-se em relação aos valores afetivos, reconhecimento de parentes por laços consanguíneos, os diversos tipos de família e o respeito à dignidade da pessoa humana, num prisma de convivência, publicidade e estabilidade, dispensando-se a formalidade do casamento para aquisição de direitos e deveres.

Na guisa de igualdade de direitos que impregnam nossa Carta Magna de 1988, como suprema aos demais atos normativos, é inadmissível que uma lei infraconstitucional, confronte norma como a descrita no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), frente ao artigo 226, §3º da Lei Maior (BRASIL, 1988), emergindo-se a desigualdade jurídica na relação matrimonial *versus* união estável.

Como o presente trabalho objetiva analisar a (in) constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), salientamos que, felizmente, a matéria versando sobre a inconstitucionalidade do mencionado artigo, tem sido reconhecida pelos Tribunais Inferiores, chegando à Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 878.694 (BRASIL, 2015), Minas

Gerais, que têm aplicado a decisão com justiça, corrigindo o vício de inconstitucionalidade, considerando além dos aspectos legais, o princípio da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **LEI nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 13 set.2015

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 12 set. 2015

_____. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 28 setembro 2015.

_____. **Lei nº 8.408**, de 13 de fevereiro de 1992. Dá nova redação aos dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8408.htm> Acesso em: 28 setembro 2015.

_____. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm > Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 28 maio 2015

_____. **LEI nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acesso em: 13 set.2015.

_____. **Súmula 380, STF**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Pub.: 22 abril 2009. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_a_301_400>. Acesso em: 20 out 2015

_____. STF - **ADPF: 132 RJ**. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso: 23 mar 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 66**, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm >. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. STF - **ADI: 4277 DF**. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf> . Acesso: 23 mar 2016.

_____. STF - **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (409) 878.694** Origem:AC – 10439091037481001. Processo do dia 19 maio 2015. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Proced.: Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/29938935/processo-n-878694-do-stf>. Acesso: 23 fev 2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio** – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2001.

FURTADO, Demétrio Tadeu de Sousa. **Direito sucessório na união estável: Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380>. Acesso em 10 out 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção sinopses jurídicas; v. 2.

_____. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAZINELLI *et al.* **Direitos sucessórios e a inconstitucionalidade do artigo 1790 do código civil**. *Águia Acadêmica: Revista Científica dos discentes da FENORD/ Fundação Educacional Nordeste Mineiro*. v. 1 (2013). - Teófilo Otoni: FENORD, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder: Passado e Presente na Transmissão Sucessória Concorrente**. 1ª ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINHO, Sergio Augusto Lima. **Diálogo de Fontes como Meio de Realização de Direitos Fundamentais: O caso do reconhecimento da união homoafetiva no direito brasileiro**. In: MARTINS, Fernando Rodrigues (Org.). **Direito em Diálogo de Fontes**. São Paulo: Dplacido, 2014. Cap. 9. p. 176-177.

MELO, André Luis Alves de. **União estável: doutrina e prática extrajudicial e judicial**. São Paulo: Booksale, 2000.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Curso de direito civil- direito de família**. 3º ed. Sugestões Literárias. São Paulo. 1980.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Concubinato e União Estável**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **As Entidades Familiares**. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/entfam.htm>>. Acesso em: 22 maio 2016.

RESSEL, Sandra. **Os direitos dos companheiros na união estável**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2304>. Acesso em: 29 set. 2015

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3167>. Acesso em 21 out 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 6. **Direito das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2010.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 2012

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

WALD, Arnold. **O Novo direito de família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.