

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

FABRINA XAVIER DA SILVA

**(DES)IGUALDADES QUANTO AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO
E NA UNIÃO ESTÁVEL**

Campina Grande – PB

2017

FABRINA XAVIER DA SILVA

**(DES)IGUALDADES QUANTO AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO
E NA UNIÃO ESTÁVEL**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
Instituição.

Orientador: Prof. Ms. Dimitre Braga
Soares de Carvalho.

**Campina Grande – PB
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

- S586d Silva, Fabrina Xavier da.
(Des)igualdades quanto aos direitos sucessórios no casamento e na união estável / Fabrina Xavier da Silva. – Campina Grande, 2017.
82 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.
"Orientação: Prof. Me. Dimitre Braga Soares de Carvalho".
1. Direito de Sucessões. 2. Sucessão no Casamento. 3. Sucessão na União Estável. 4. Código Civil. I. Carvalho, Dimitre Braga Soares de. II. Título.

CDU 347.65(043)

FABRINA XAVIER DA SILVA

(DES) IGUALDADE QUANTO AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NO
CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Aprovada em: 05 de julho de 2027.

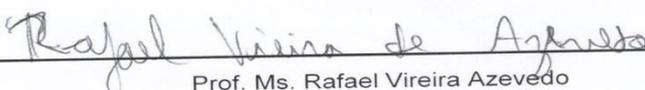
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Dimitre Braga Soares de Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

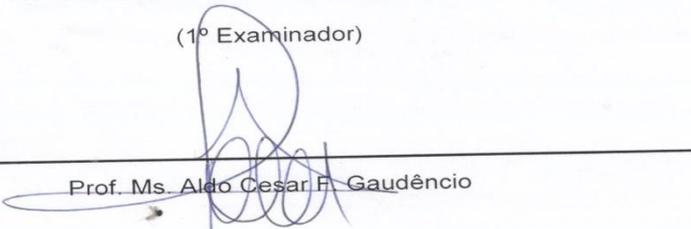
(Orientador)



Prof. Ms. Rafael Vireira Azevedo

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)


Prof. Ms. Aldo Cesar F. Gaudêncio

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor
demeu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, a minha mãe
Eunice, ao meu pai Francisco, aos meus irmãos e ao meu filho, meus melhores e
maiores presentes...

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Ao meu Orientador Prof. Dimitre, pela ajuda e paciência na realização deste trabalho.

A minha família, pela confiança e motivação.

Aos amigos pela força e pela vibração em relação a esta jornada.

Aos professores e colegas de Curso, pois juntos trilhamos uma etapa importante de nossas vidas.

A professora coordenadora do TCC que sempre me incentivou a estudar mais para dar maior qualidade ao meu trabalho de conclusão de curso.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho busca mostrar a desarmonia que existia entre os institutos do casamento e da união estável frente aos direitos sucessórios, abordando o tratamento diferenciado e até mesmo negativo dado pelo Código Civil de 2002 à união estável em detrimento ao casamento, o que fez-se necessário realizar uma análise acerca da dissolução, por morte, da união estável, observando as garantias previstas para a sucessão do companheiro, dispostas no Código Civil Brasileiro, em contraposição às previstas na sucessão do cônjuge. O direito sucessório pode ser percebido como reunião de normas para regulamentar a transmissão do patrimônio do falecido para aqueles de direito, sendo o momento de início da sucessão a morte. A sucessão e seus direitos só serão transmitidos às pessoas físicas, portanto, não se transmitindo às pessoas jurídicas. Diante disto, pretende este trabalho investigar qual era a razão para tratar de forma diferente o companheiro com relação ao cônjuge na concorrência sucessória, haja vista ser a união estável elevada pela Carta Magna, como entidade familiar. A família não se resume mais ao casamento e à predominância dos poderes e direitos do chefe da família sobre os seus demais integrantes. Tal situação foi alterada com a Constituição Federal de 1988 que permitiu o reconhecimento de outras entidades familiares, como por exemplo, a união estável. Trata-se de um estudo de método dedutivo, sendo de pesquisa inteiramente bibliográfica, constituindo em análises de informações doutrinárias, normativas e jurisprudenciais. Do ponto de vista dos objetivos, demonstrar que existia uma série de incongruências entre o casamento e a união estável, com relação a sucessão de bens, para então chegar a uma pacificação pelo STF sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Sucessão. Cônjuge. Companheiro. Desigualdade. Código Civil.

ABSTRACT

The present work seeks to show the disharmony that existed between the institutes of marriage and the stable union before the inheritance rights, addressing the differentiated and even negative treatment given by the Civil Code of 2002 to the stable marriage to the detriment of the marriage, which was done. It is necessary to carry out an analysis of the dissolution, by death, of the stable union, observing the guarantees provided for the succession of the companion, set forth in the Brazilian Civil Code, as opposed to those foreseen in the succession of the spouse. The inheritance law can be perceived as a meeting of norms to regulate the transmission of the estate of the deceased to those of right, the moment of beginning of the succession to death. The succession and its rights will only be transmitted to natural persons, therefore, not being transmitted to legal entities. In view of this, this work intends to investigate what was the reason to deal differently with the spouse in relation to the spouse in the succession competition, since the stable union elevated by the Magna Carta, as a family entity. The family is no longer about marriage and the predominance of the powers and rights of the head of the family over its other members. This situation was altered with the Federal Constitution of 1988 that allowed the recognition of other familiar entities, as for example, the stable union. It is a study of deductive method, being of entirely bibliographical research, constituting in analyzes of doctrinal, normative and jurisprudential information. From the point of view of the objectives, to demonstrate that there was a series of incongruities between marriage and the stable union, in relation to succession of goods, and then to arrive at a pacification by the STF on the unconstitutionality of article 1,790 of the Civil Code of 2002.

Keywords: Succession. Spouse. Lifepartner. Inequality. Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I	
1. UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO.....	13
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE FAMÍLIA	13
1.1.1 Conceito de família.....	13
1.2 CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	14
1.2.1 Casamento.....	14
1.2.2 União Estável.....	16
1.3 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	17
CAPÍTULO II	
2. SUCESSÃO NO CASAMENTO.....	20
2.1 MEAÇÃO E SUCESSÃO.....	20
2.2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	21
2.3 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL 2002.....	22
2.4 CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DEMAIS PARENTES.....	23
2.4.1 Concorrência com os descendentes.....	23
2.4.2 Concorrência com os ascendentes.....	24
CAPÍTULO III	
3. SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL.....	26
3.1 MEAÇÃO E SUCESSÃO.....	26
3.2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	27
3.3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL 2002.....	29
3.4 CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OS DEMAIS PARENTES..	30
3.4.1 Concorrência com os descendentes.....	30
3.4.2 Concorrência com outros parentes sucessíveis.....	32
CAPÍTULO IV	
4. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO.....	34
4.1 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CC/2002.....	34

4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO.....	35
4.3 POSICIONAMENTO JURISDICIONAL.....	37
4.3.1 Posicionamento quanto a Inconstitucionalidade do artigo 1.790.....	37
4.3.2 Posicionamento quanto a Constitucionalidade do artigo 1.790.....	38
4.3.3 Posicionamento atual do STF.....	40
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44
ANEXO I.....	48
ANEXO II.....	58

INTRODUÇÃO

A escolha do tipo de contrato a ser celebrado entre um casal poderá acarretar em muitas implicações legais. Devido a isso, muitos casais têm optado por celebrar um contrato de união estável ao invés do casamento, pois acham que evitam menos obrigações com relação à herança.

Na união estável há uma união de fato, sem estar sujeito a exigência formal, e ela está descrita a partir do artigo 1.723 e seguintes do Código Civil de 2002 que dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a União Estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Enquanto o casamento se constitui após a celebração e este é provado através da certidão de casamento, portanto, é um ato jurídico, formal por natureza, onde a lei expõe diversas exigências para que se constitua.

Portanto, a relevância deste trabalho é esclarecer as dúvidas referentes à escolha de qual instituto, casamento ou união estável, o casal deverá ter para que, na ocasião da morte de um dos dois, cônjuge ou companheiro, se os filhos ou o membro sobrevivente do casal deverão ser mais favorecidos na sucessão dos bens deixados pelo *de cujus*.

O Código Civil brasileiro traz os mesmos direitos garantidos para os casais que vivem em união estável que os casados pelo regime de comunhão parcial de bens. Contudo, com relação à divisão dos bens deixados após a morte do cônjuge ou companheiro, gera algumas controvérsias. Isso é devido pois o Código Civil prevê diferenças para os companheiros em relação aos cônjuges.

O *de cujus* ao falecer transmite a herança a determinadas pessoas. Os sucessores obedecerão a uma ordem de vocação, chamada vocação hereditária, que determinará a preferência, determinada por lei, indicando a sucessão hereditária.

O cônjuge herda o status de herdeiro necessário vindo logo após os descendentes, ascendentes e participará, no caso, em terceiro lugar, da sucessão do falecido com relação à totalidade dos bens, quer sejam eles particulares (apenas do falecido) ou comuns (de ambos os cônjuges) e na ausência de descendentes e ascendentes, herdará a totalidade dos bens.

O companheiro concorrerá com os descendentes, na ausência desses, com ascendentes e colaterais e só participa da sucessão com relação aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável (art. 1.790 do Código Civil). Isso significa que, havendo outros herdeiros, o companheiro não herdaria nada que o falecido tivesse antes da união estável.

Com relação ao art. 1.790 do Código Civil existia uma discussão sobre a sua constitucionalidade, porque a Constituição Federal de 1988 dá margem a uma interpretação diferente, pois o que diz o artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição é que reconhece a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. A Constituição de 1988 fala nesse artigo que a união estável é o espelho do casamento, por isso existe a discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, já que ele diferencia a companheira da esposa.

Mas, para alguns doutrinadores, ao se dizer na Constituição que deveria ser facilitada a conversão da união estável em casamento, ela estaria na verdade diferenciando uma coisa da outra, portanto o artigo 1.790 seria de fato constitucional.

Se fosse entendido que o artigo 1.790 seria aplicado, o companheiro seria herdeiro apenas dos bens comuns; mas com o entendimento que não se aplica, então o companheiro será equiparado ao cônjuge, tornando-se herdeiro também dos bens particulares.

Ou seja, dependia muito do julgador. Se ele fosse constitucionista, adotaria o que diz o art. 226, parágrafo terceiro, o companheiro poderia herdar como o cônjuge; se fosse civilista, adotaria o que diz o art. 1.790, herdaria só os bens onerosos.

Como objetivo principal, o presente trabalho busca mostrar a desarmonia que existia entre os institutos do casamento e da união estável frente aos direitos sucessórios, demonstrando, assim, que ocorria uma série de incongruências entre o casamento e a união estável, com relação à sucessão de bens, o que fez necessário realizar uma análise acerca da dissolução, por morte, da união estável, observando as garantias previstas para a sucessão do companheiro, dispostas no Código Civil Brasileiro, em contraposição às previstas na sucessão do cônjuge.

Como metodologia, neste presente trabalho, será o método dedutivo, onde serão utilizadas informações doutrinárias, normativas e jurisprudenciais, comparando assim os posicionamentos acerca das diferenças que existiam entre os

companheiros e os cônjuges na sucessão dos bens deixados pelo *de cuius*. A natureza desta pesquisa é considerada básica, pois apesar de gerar um conhecimento útil, ela se restringe na busca de um conhecimento científico. A abordagem desta pesquisa terá uma análise dos dados feita pelo modo Qualitativo, limitando-se a uma análise geral de existência e validade do fenômeno Negócio Jurídico Processual e que, para isso será utilizado doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, dissertações, normas constitucionais e infraconstitucionais.

Portanto, o procedimento a ser explorado será o método da pesquisa bibliográfica para tentar mostrar a desarmonia que existia entre os institutos do casamento e da união estável frente aos direitos sucessórios, já que na data de 10/05/2017 houve uma pacificação pelo STF favorável a inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC.

CAPÍTULO I

1. UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE FAMÍLIA

1.1.1 Conceito de família

O conceito de família no Brasil sofreu bastante influência pelo período Greco-romano

onde a família era liderada pelo pai, também chamada *pater familias*. Nesse período, o pai tinha o poder absoluto e detinha a liderança da família.

O Código Civil de 1916 trazia em seu art. 233 o seguinte: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (...)” (BRASIL, 1916). O que mostra que incluía a mulher casada no rol dos indivíduos relativamente incapazes.

Este artigo trazia o marido como sendo o “Chefe” da família, além de também mostrar a importância do casamento. Isto era devido à época, bastante rígida, pois a religião tinha um importante papel social na união entre a mulher e o homem. O Código de 1916 também destacou o casamento como sendo o único instituto jurídico formador da família, o que dificultava a adoção e só permitia o reconhecimento de filhos apenas oriundos do casamento. A adoção só foi, posteriormente, reconhecida como instrumento formador de relação de parentesco por meio da Lei nº 3.133/57, no entanto, até 1977, o adotado só tinha direito a metade da legítima, quando em concurso com filhos ditos legítimos, em nítido detrimento do parentesco formado pelo afeto em relação ao formado pela consangüinidade.

O Código de 1916 também não admitia a dissolução do vínculo conjugal, permitindo apenas o chamado “desquite”, substituída pela separação judicial pela polêmica Lei nº 6.515/77, a qual também criou a instituição do divórcio.

Já a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 226, §5º dispõe que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 2010). Portanto, se percebe que já não existe mais a desigualdade entre homem e mulher, que era o que O Código Civil

de 1916 trazia, mas sim, uma igualdade com que fazia que ambos os direitos e deveres perante a uma sociedade conjugal.

Percebe-se, portanto, que ao decorrer dos anos, o conceito de família vem passando por diversas transformações.

A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. Dispõe de uma estruturação psíquica na qual cada um ocupa um lugar, possui uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. (DIAS, 2005, p.23).

Com a criação da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o nosso atual Código Civil, as normas constitucionais que dispõem sobre a família foram regulamentadas. Uma das novidades trazidas pelo Código Civil de 2002 foi a igualdade dos cônjuges no âmbito familiar, o que extingue o poder patriarcal, e também traz: a atualização da dissolução do vínculo conjugal, por meio da separação e do divórcio; a atualização da adoção, sem qualquer distinção entre os filhos de sangue e os adotados; a regulamentação da união estável entre o homem e a mulher, bem como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações concubinas.

Verifica-se, portanto, que o Código Civil de 2002, em consonância com a Constituição Federal de 1988, abrange em seu texto várias modalidades de família, formadas por relações consangüíneas, por atos jurídicos solenes ou pelo afeto.

Atualmente, podemos elencar como princípios elementares do direito de família: a) igualdade entre filhos e entre homem e mulher; b) respeito à dignidade humana; c) afeição; d) liberdade na constituição familiar e, e) solidariedade familiar.

1.2 CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

1.2.1 Casamento

A forma mais tradicional, regulada pelo Direito Brasileiro, como entidade familiar é o casamento. Apesar das diversas transformações que ocorreram no cenário social brasileiro, que mudaram os contornos e o conceito de Família no direito pátrio, o Código Civil, optou pelo conservadorismo e, dedicou-se a disciplinar

o casamento como se este ainda fosse a única base para o Direito de Família moderno.

De acordo com o Código Civil de 2002, temos o casamento como sendo um instituto civil que deverá atender todas às formalidades legais, como: habilitação, celebração e registro, e que irá estabelecer, entre duas pessoas, a comunhão plena familiar e estabelecendo a esta união um regime de bens, tendo como base, a igualdade de direitos e deveres.

Para alguns doutrinadores, o casamento é visto como um contrato, ou seja, um negócio jurídico que depende da vontade das partes para sua realização, que produzirá seus efeitos patrimoniais regulados pelo regime de bens, assimportanto, seria apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Segundo Pontes de Miranda:

O casamento é um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes conforme a lei se une com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade de vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer (MIRANDA, 1947, pág. 93).

Para Sá Pereira: “O casamento é a sociedade solenemente contratada por um homem e uma mulher para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante”. (Sá Pereira apud QUEIROGA, 2001, pág. 22).

Mas o casamento não pode ser tratado somente como um contrato, pois além de envolver obrigações patrimoniais, também envolve obrigações pessoais e sociais, de ordem moral, como: mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos. Portanto, além de ser um contrato patrimonial, o casamento, envolve relacionamento entre pessoas e comunhão de suas vidas, por isso não há como considerar o casamento apenas como um contrato.

Segundo Oliveira (2006), o casamento, de um modo geral, é uma união socialmente aprovada entre pessoas físicas que tenham como propósito constituir família, mediante comunhão de vida. A aprovação do casamento pelo Estado é chamada de casamento civil. Com o reconhecimento de uma comunidade religiosa, o casamento passa a ser conhecido como casamento religioso.

Podemos encontrar diversos conceitos pra o casamento, mas que sempre vão ter como objetivo estabelecer a comunhão de vida entre os cônjuges, constituindo família. Já para Carlos Roberto Gonçalves “o casamento é a união legal

entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima.” (GONÇALVES, 2011, p.13).

1.2.2 União Estável

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, expressamente, a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, o que a tornou uma forma legítima de constituição de família, desprendendo-se, assim, do termo “concubinato”.

Segundo Azevedo (2000), união estável é a convivência não-adulterina, nem incestuosa, duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Existem alguns requisitos para a configuração da união estável, que são:

- a) União pública: não escondida, não clandestina.
- b) Contínua: é aquela sem interrupção.
- c) Duradoura: o Novo Código Civil não menciona o prazo mínimo de duração da convivência para que se atribua a condição de união estável. Não é necessária a moradia sob o mesmo teto para configuração da união estável (Súmula 382 do STF) e o fato de morar sob o mesmo teto não configura por si só a união estável.

De acordo com Maria Helena Diniz a União Estável “consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família.” (DINIZ, 2010, pág1224).

A União Estável apesar de não ser um casamento, mas como foi reconhecida como uma entidade familiar, portanto, revestida de fé pública e reconhecida, modifica o estado civil dos contraentes e lhes dá direitos e deveres. Quanto aos direitos, só as patrimoniais reservadas ao regime de comunhão parcial de bens, mas nenhuma garantia ou formalidade para o desfazimento como ocorre no casamento.

Para o Supremo Tribunal Federal, através da edição da Súmula nº 382 de 03.04.1962, declarou: “não ser necessário que os companheiros habitassem sob o mesmo teto, mas que deverias atender aos requisitos fundamentais, como: a continuidade, a constância nas relações e fidelidade” (STF, Súmula 382). Isto é devido pelo fato de existirem pessoas legalmente casadas não convivendo sob o

mesmo teto pelos mais variados motivos, e isto não faz com que esteja descaracterizado o casamento. E como a união estável é considerada entidade familiar pela Constituição Federal (art. 226, § 3º) e pelo Código Civil 2002 (art. 1.723), então não seria correto discriminá-la nesse ponto em relação ao casamento civil, e negar a sua existência pelo simples fato de não existir coabitação entre os companheiros.

1.3 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito das sucessões traduz a ideia de passar algo para alguém e isto decorre do direito de propriedade previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXII.

O direito sucessório pode ser entendido como sendo uma reunião de normas para regulamentar a transmissão do patrimônio do *de cujus* para aqueles a quem tem direito, sendo o momento de início da sucessão a morte. A sucessão e seus direitos só serão transmitidos às pessoas físicas, portanto, não se transmitindo às pessoas jurídicas.

Percebe-se que, pelo simples fato de ocorrer a morte do titular, as relações jurídicas contraídas por este durante toda sua vida, em regra, não deixam de existir. Elas se transferem a terceiros, seja pela vontade do *de cujus*, ou seja, através da imposição da lei.

Segundo Giselde Hironaka, em um Congresso, sobre as modificações a partir do Código de 2002, salienta:

Em todo momento de transição legislativa, surge sempre renovada a questão de se reavivar os fundamentos do direito sucessório como forma de justificar a transmissão da titularidade de direitos e obrigações que compunham o acervo do ser humano que falece. Adiante-se que o fundamento da sucessão modificou-se ao longo da história, influenciado pelos movimentos econômicos e sociais verificados. O que não se modificou, entretanto, foram os seus pressupostos considerados de forma abstrata: a morte e a vocação hereditária. A sucessão pressupõe a morte que, natural ou presumida, põe fim à existência da pessoa natural. Mas não basta a morte. A sucessão pressupõe, ainda, a vocação hereditária que pode ter sido instituída pelo *de cujus* quando em vida (fonte imediata), de forma ampla ou restrita, decorrente do poder de designar herdeiros, ou ainda por disposição legal supletiva (fonte mediata). O poder de designar herdeiros encontra, no mais das vezes, limitação na legislação ou nos costumes de todos os povos, tendo havido épocas

em que tal limitação foi absoluta, mormente em decorrência de motivos de ordem religiosa. Contudo, a ausência do poder de designar herdeiros não acarreta a ausência do pressuposto da vocação hereditária. Herdeiro há. O que não há – em certas épocas ou lugares – é a liberdade de instituí-lo segundo critérios que o autor da herança julgasse apropriados. Presentes, portanto, ambos os pressupostos – morte e vocação hereditária – legitimada estará a sucessão (HIRONAKA, 2001).

Muito embora exista tendência de se pensar que o patrimônio de uma pessoa é constituído pelos imóveis que possui, destaca-se a lição de Francisco Cahali:

Integram o acervo hereditário não só bens imóveis, como móveis (carros, jóias, etc.) e qualquer outra relação jurídica de direitos e obrigações, como dinheiro, linhas telefônicas, aplicações financeiras, ações ou quotas sociais, direitos possessórios (cf. Art. 1.206, CC) (já em curso ou não eventuais processos, inclusive de usucapião), créditos perante terceiros (v. G., restituição de imposto de renda) e o direito de propor (ou seguir se já propostas) as respectivas ações (buscando crédito judicial em ação de cobrança, indenizatória ou de repetição de indébito) etc (CAHALI 2012, p. 28).

Para Carlos Roberto Gonçalves, existe uma diferença entre sucessão em sentido amplo e sucessão em sentido estrito:

A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. [...] No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão-somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão causa mortis. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores (GONÇALVES, 2013, pág19-20).

A sucessão pode ser classificada quanto aos seus critérios de formação: testamentária ou legítima. A testamentária está prevista no art. 1786 do Código Civil de 2002 que concede ao interessado possibilidade de fazer testamento de seu patrimônio. Porém, se este possuir herdeiros necessários, isto é, cônjuge sobrevivente, descendentes e/ou ascendentes, não poderá dispor da integralidade de seu patrimônio em testamento, somente da metade, pois a outra parte pertence a seus herdeiros. Ou seja, o patrimônio do testador é dividido em duas porções, uma que pertence por direito a seus herdeiros, montante chamado de legítima, e a outra porção, sobre a qual pode dispor livremente, ressalvado o artigo 1.805 do Código Civil.

Já a segunda forma de sucessão, a legítima, é resultante dos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento, nos termos dos artigos 1.786 e 1.788 do Código Civil. Mas não tendo o *de cujus* deixado testamento ou não sendo este válido, os bens não ficarão sem dono. Estes bens serão divididos entre os herdeiros do falecido conforme normas previstas no Código Civil, chamando-se de sucessão legítima.

Nos termos do artigo 1.788 do referido diploma legal: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Outra forma de classificação da sucessão é quanto aos seus efeitos: universal ou singular. A primeira acontece quando da transferência da totalidade da herança ou de parte indeterminada desta para o herdeiro do *de cujus*. Já a sucessão a título singular acontece quando o testador concede ao beneficiário bem certo e determinado.

CAPÍTULO II

2. SUCESSÃO NO CASAMENTO

2.1 MEAÇÃO E SUCESSÃO

No Código Civil de 2002, em seu artigo 1.829, o legislador incluiu no direito sucessório, o cônjuge supérstite, como herdeiro necessário e concorrendo, em algumas situações, com descendentes ou ascendentes. Mas para que isso seja reconhecido, o legislador impôs algumas restrições, como: o regime de bens do casamento e a distribuição da quota hereditária entre descendentes comuns, com a reserva da quarta parte ao cônjuge supérstite.

O legislador, portanto, conferiu condição de herdeiro aos cônjuges que, por força do regime de bens adotado no casamento, não tenham direito à meação, o que ocorre quando o regime celebrado pelos nubentes é o da voluntária separação total de bens. Neste regime, o cônjuge não tem direito à meação, face à inexistência de patrimônio comum, uma vez que os bens, imóveis ou móveis, adquiridos antes ou na constância do casamento, não se comunicam, pois pertencem, exclusivamente, ao cônjuge que detenha o título aquisitivo de tais bens; por isso, ante a ausência de meação, Código Civil, para que o cônjuge supérstite não ficasse em total desamparo, lhe conferiu direito de concorrer com os descendentes, em partes iguais, à herança deixada pelo *de cuius*. Tal não ocorre, porém, quando o regime da separação, ao invés de pactuado pelos nubentes, tenha sido imposto pela lei (art. 1641, CC). Quanto ao casamento sob o regime da comunhão universal, o cônjuge, na sucessão legítima, não concorrerá à herança com os descendentes do outro, pois, por força do regime, já tem direito à metade de todos os bens do casal.

Sob o regime da comunhão parcial, o cônjuge supérstite terá direito à meação dos bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento, portanto não concorrerá à herança com os descendentes, no que tange a esses bens. Todavia, há casos em que, sob a égide do regime da comunhão parcial, o autor da herança deixa bens particulares: bens que foram adquiridos anteriormente ao casamento ou bens adquiridos por herança ou doação, assim como bens adquiridos com o produto da venda de tais bens particulares; esses

bens não se comunicam, no regime da comunhão parcial, razão pela qual, em relação a eles, não havendo meação, o cônjuge herdará, concorrendo com os descendentes do cônjuge falecido.

Não há que confundir meação (efeito da comunhão dos bens) com o direito hereditário (que independe do regime, salvo se concorrer com descendentes). A meação pertence ao cônjuge sobrevivente por direito próprio e não por herança, sendo intangível (não pode ser privada por indignidade ou deserdação).

2.2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Para Carlos Roberto Gonçalves, o direito de habitação, tem o seguinte entendimento:

Assegura ao seu titular o direito de morar e residir na casa alheia. Tem, portanto, destinação específica: servir de moradia ao beneficiário e sua família. Não podem alugá-la ou emprestá-la. Acentua-se, destarte, a insensibilidade assim do direito quanto do seu exercício (GONÇALVES, 2011, pág. 13).

O Código de 2002 contemplou o direito real de habitação ao cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, conforme o artigo 1.831:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002)

Essa garantia dada ao cônjuge supérstite impede que após o falecimento do outro cônjuge, que ele seja excluído do imóvel em que o casal residia, para isto, a única exigência que se faz para o deferimento do direito real é que só exista um imóvel de natureza residencial a ser inventariado. Com efeito, se os filhos do falecido e o cônjuge sobrevivente não se entendessem, poderia a qualquer tempo ser extinto o condomínio, com a perda da posse. Embora partilhado o imóvel entre os herdeiros, o cônjuge reserva para si o direito gratuito de moradia, independentemente da existência de testamento a seu favor.

Quando o *de cujus* deixa, como herdeiros, filhos exclusivos, estes se tornam nu-proprietários do imóvel, mesmo assim o ônus do direito real de habitação

continua em benefício do cônjuge supérstite, conforme mostra a posição do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJOS. 1- O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos. 2- Recurso Especial improvido.

Segundo Tartuce (2013) se o falecido deixou apenas um imóvel, sobre ele recairá o direito real de habitação. Se deixou mais de um, o direito de habitação recairá sobre um deles, desde que o cônjuge sobrevivente tenha um imóvel para residir, em condições semelhantes àquelas em que vivia no imóvel com o falecido.

Caso o cônjuge supérstite possua um imóvel próprio, de natureza residencial, mas que este não faça parte da herança de seu consorte falecido, não retira do sobrevivente o direito à habitação, assegurado pelo artigo 1.831 do Código Civil de 2002, pois esse imóvel residencial, exclusivo do cônjuge supérstite, não faz parte do acervo hereditário e, portanto, não atinge a exigência de que seja o único daquela natureza a ser inventariado. Para ser inventariado, tem que fazer parte da herança. Como o imóvel exclusivo do cônjuge sobrevivente não faz parte da herança, isto não irá afetar o seu direito.

2.3 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CÍVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 trouxe grandes alterações quanto à sucessão do cônjuge, já que, no código anterior, este pertencia à terceira classe na ordem de vocação hereditária. Em seu Art. 1.829, a sucessão legítima segue a seguinte ordem de vocação:

- 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)

Portanto, percebe-se com o Novo Código, a inclusão do cônjuge sobrevivente nas duas primeiras classes sucessórias, concorrendo com descendentes e ascendentes.

De acordo com Sílvio Rodrigues, as regras fundamentais da vocação hereditária são as que seguem:

[...] A primeira determina que só é possível chamar a suceder herdeiros de classe subsequente se não houver nenhum na classe antecedente. Assim, só serão chamados a suceder os ascendentes do *de cuius* se não houver ninguém na classe dos descendentes; A segunda impõe que, na mesma classe, o herdeiro de grau mais próximo exclui o de grau mais remoto. Eis porque, na classe dos descendentes, os filhos do *de cuius* afastam da sucessão os seus netos (RODRIGUES, 2007, pág. 122).

Para Carlos Roberto Gonçalves:

No regime do novo Código Civil, são requisitos para o cônjuge ter direito à herança, em: a) que não esteja divorciado nem separado, judicialmente ou administrativamente; b) que não esteja separado de fato há mais de dois anos do finado, ou c) que prove ter-se tornado impossível a convivência, sem culpa sua, se estiver separado de fato há mais de dois anos do falecido (GONÇALVES, 2013, PÁG 182).

Com essas mudanças trazidas pelo código de 2002 a cônjuge sobrevivente tem uma proteção, garantindo, assim, uma estabilidade econômica visando a sua sobrevivência e a dos seus filhos.

2.4 CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DEMAIS PARENTES

2.4.1 Concorrência com os descendentes

O art. 1.829 do CC mantém os descendentes na primeira classe da ordem de convocação dos herdeiros legítimos do *de cuius*, todavia traz novidades ao estabelecer a concorrência do cônjuge com aqueles na primeira classe. Tal dispositivo visa em não deixar o cônjuge desamparado, mas, se houver meação, ficará afastada a sucessão por concorrência com os descendentes.

O Código Civil em seu artigo 1.832, traz o seguinte: "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".

De acordo com o artigo acima, temos que verificar três situações possíveis: 1) o cônjuge concorrendo com descendentes comuns; 2) o cônjuge concorrendo com descendentes exclusivos do *de cuius*; 3) o cônjuge concorrendo com ambos (comuns e exclusivos).

A regra para todas as hipóteses é que ocorrerá a divisão dos quinhões por cabeça, ou seja, partilhar-se-á a herança em porções iguais, dividindo-se o todo pelo número de herdeiros (descendentes + cônjuge). Ocorre que se todos os descendentes forem comuns o cônjuge terá outro benefício: seu quinhão nunca será inferior a um quarto da herança. Portanto, se o cônjuge concorre com os filhos exclusivos do *de cuius*, ele terá menor participação nos bens deixados, pois não possui o benefício do piso de 25%.

2.4.2 Concorrência com os ascendentes

Os ascendentes ocupam a segunda classe dos sucessíveis, podendo concorrer com o cônjuge sobrevivente, sem qualquer limitação no tocante ao regime matrimonial de bens, ou seja, o cônjuge concorrerá com o ascendente em todos os regimes de bens, independentemente do regime adotado pelas partes, portanto, a herança será sempre dividida entre o cônjuge e o ascendente.

O Código Civil em seu artigo 1.836, traz o seguinte:

Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente. §1º – Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. §2º – Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna (BRASIL, 2002).

O Quinhão do cônjuge em concorrência com ascendente obedecerá ao que está disposto no Art. 1837, CC:

Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. Portanto, o cônjuge sobrevivente terá direito: a) um terço, se concorrer com os pais do falecido; b) à metade, se concorrer com um dos pais (por falta ou exclusão do outro); c) também à metade, se concorrer com avós ou ascendentes de maior grau. (BRASIL, 2002)

Sobre a herança deixada, bens comuns ou particulares, o cônjuge terá direito a concorrer com os ascendentes. Não há a premissa pela qual se houver meação

não haverá sucessão. Essa premissa só se aplica à sucessão em concorrência com o descendente.

CAPÍTULO III

3. SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 MEAÇÃO E SUCESSÃO

A meação indica a relação patrimonial dos companheiros durante sua vida. Então, de acordo com o artigo 1725, CC que diz: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (Brasil, 2002). Ou seja, todos os bens adquiridos por um dos companheiros a título oneroso no curso da união estável, serão de propriedade de ambos, portanto, ocorre a meação. Mas com relação aos bens que já possuíam antes da união estável, os bens particulares, não há meação. Segue com mesmo raciocínio, os bens adquiridos no curso da união estável a título de doação ou herança.

Como exemplo de decisão que se baseia no direito do companheiro a meação e sucessão, destaca-se:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. 1. A companheira ou o companheiro participará na sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Portanto, o patrimônio adquirido pelo *de cujus* de forma não onerosa, não integra a massa de bens a ser partilhado com a companheira. 2. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - AGI: 20140020298660 DF 0030419-46.2014.8.07.0000, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 05/02/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2015 . Pág.: 298)

Quando ocorre a morte de um dos companheiros, a sucessão é aberta para que os bens pertencentes ao falecido sejam transmitidos a seus herdeiros. Mas só irão para os herdeiros os bens do falecido e não do companheiro sobrevivente. Assim, primeiro se calcula a meação (que pertence ao companheiro sobrevivente) e os bens restantes são transmitidos aos herdeiros.

3.2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, deu aos companheiros o direito real de habitação, por meio do parágrafo único, do artigo 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 (LEI 9.278, 1996).

Já o Código Civil de 2002 não garantiu ao companheiro sobrevivente direito real de habitação, pois o único artigo que trata do direito real de habitação é o artigo 1.831, e este não traz os companheiros como titulares do direito que ele assegura. O único artigo que trata de direitos sucessórios aos companheiros sobreviventes é o artigo 1.790, que não menciona, dentre os direitos ali assegurados, o real de habitação.

A jurisprudência majoritária tem feito um esforço no sentido de contemplar o companheiro sobrevivente com tal direito. O próprio STJ reconhece o referido direito ao companheiro. Não há, entretanto, uniformidade na fundamentação das decisões. Como exemplo de decisão que se baseia na vigência da Lei 9.278/96, destaca-se:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido.

A mesma corte editou, entretanto, o Informativo 533, sustentando a equiparação dos efeitos da união estável ao casamento, do qual se destaca o seguinte trecho:

De fato, o art. 1.831 do CC reconhece ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, silenciando quanto à extensão desse direito ao companheiro sobrevivente. No entanto, a regra contida no art. 226, § 3º, da CF, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, é norma de inclusão, sendo contrária ao seu espírito a tentativa de lhe extrair efeitos discriminatórios entre cônjuge e companheiro. Assim sendo, o direito real de habitação contido no art. 1.831 do CC deve ser aplicado também ao companheiro sobrevivente (INFORMATIVO 533)

Para Maria Berenice Dias:

...O cochilo da lei, no entanto, não permite afastar o direito do companheiro de permanecer na posse do bem que servia de residência à família. Dois fundamentos autorizam sua concessão. O primeiro é de ordem constitucional. Reconhecidos o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado (CF 226, § 3º), não se justifica tratamento diferenciado em sede infraconstitucional. Descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz. Fora isso, a lei que regulou a união estável expressamente assegura o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente (L 9.278/1996 7º). Deste modo, a omissão do Código Civil não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge. São normas que não se incompatibilizam. Esta é a orientação que tem prevalecido nos tribunais (DIAS, 2011, pág. 78).

Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal editou o seguinte enunciado: Enunciado117, CJP: "O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput, da CR/88'.

Percebesse, portanto, que é imprescindível a concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, o que resguarda assim, sua moradia e sua dignidade.

3.3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CÍVIL DE 2002

A sucessão do companheiro também foi alvo de significativas mudanças com a entrada em vigor da nova lei civil. Porém, cumpre referir que a matéria não foi tratada no âmbito da ordem da vocação hereditária, mas dentro das disposições gerais da sucessão, o que distanciava a sucessão do companheiro da do cônjuge

O direito sucessório, no que tange à união estável, se encontrava positivado em um único artigo, o 1.790 do CC, onde estabelecia que:

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).

De acordo com Daniela Rodrigues (2011), o legislador reservou apenas um dispositivo para tratar tal matéria, que antes possuía mais detalhes nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que regulavam o direito a alimentos e à sucessão entre os companheiros.

Segundo Sílvio Salvo Venosa:

...Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão (...). Como examinamos, embora haja o reconhecimento constitucional, as semelhanças entre o casamento e a união estável restringem-se apenas aos elementos essenciais... (VENOSA, 2007, pág. 113).

Muitos sustentam com veemência que o artigo 1.790 ofende a Constituição, colocando os conviventes em situação inferior aos unidos pelo casamento. O primeiro ponto a chamar atenção refere-se ao fato de que apenas os bens onerosamente adquiridos ao longo da união estável é que serão objeto de sucessão pelo companheiro. Ao reger o tema dessa forma, o legislador criou uma situação em que, via de regra, o companheiro saia prejudicado em relação ao cônjuge, tendo em vista que este herda também sobre os bens exclusivos do falecido. Ocorre, contudo, que o companheiro concorria com os descendentes qualquer que fosse o regime de bens da união estável, ao passo que o cônjuge não, como visto. O

segundo ponto que chama atenção é o fato de que o companheiro sobrevivente concorria com os colaterais, caso não houvesse descendente comum e descendentes só do autor da herança, sendo incompreensível e injusto esse critério que era adotado pelo atual Código, pois conferia aos colaterais direito a bens adquiridos durante a União Estável com os esforços do companheiro.

A situação diferenciada imposta ao companheiro pelo artigo 1.790, que pelo novo Código Civil, além de não o considerar herdeiro necessário, ele ocupava a quarta e última posição na ordem de vocação, ferindo, assim, a igualdade constitucional alcançada entre o casamento e a união estável, adquirida pela Lei 8.971/94, onde equiparou a situação dos companheiros a do cônjuge, na ordem de sucessão, atendendo ao comando constitucional.

3.4 CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OS DEMAIS PARENTES

3.4.1 Concorrência com os descendentes

Como o companheiro só tinha direito à participação da herança quanto aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, então ele só teria direito a receber uma quota parte igual se os descendentes fossem em comum com o casal. Já se os descendentes fossem filhos exclusivos do *de cujus*, o companheiro herdaria metade do que cada filho do herdeiro do *de cujus* receber. Se o *de cujus* deixasse descendentes em comum do casal e exclusivo dele, conhecido como sucessão híbrida, iria causar polêmica, pois o artigo 1790 deixa de fornecer explícita solução para a hipótese em que o companheiro seja chamado a suceder, ao mesmo tempo, com descendentes comuns (por exemplo, filhos do casal) e com descendentes não comuns, tratando cada inciso de forma individual e não esclarecendo como iria ficar neste caso específico.

Para tanto, a doutrina traz duas correntes, majoritária e minoritária, para tentar solucionar tal problema. A primeira corrente, a majoritária, defende que nos casos de sucessão híbrida deve-se tratar todos os descendentes como se fossem comuns, ou seja, o companheiro herdaria a mesma quota parte destinado ao descendente. Os principais fundamentos dessa posição são a interpretação gramatical do disposto nos incisos I e II, bem como a tentativa de melhor salvaguardar a situação do companheiro. A segunda corrente, defendida por Diniz

(2014), defende que nos casos de sucessão híbrida deve-se tratar todos os descendentes como se fossem exclusivos do autor da herança, ou seja, o companheiro herdaria metade do que herdaria cada descendente, pois igualaria todos os descendentes como se fossem descendentes exclusivos do *de cujus*, e tal solução reduziria a desigualdade que era gerada entre os filhos exclusivos e os filhos comuns quando a companheira sobrevivente viesse a falecer, transmitindo os bens herdados do companheiro exclusivamente a estes últimos.

Anote-se que julgado do TJ-SP adotou essa corrente, concluindo que entender de forma contrária violaria a razoabilidade:

"INVENTÁRIO. PARTILHA JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO *DE CUJUSEM* RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA DA COMPANHEIRA COM DESCENDENTES COMUNS E EXCLUSIVOS DO FALECIDO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA EM LEI. ATRIBUIÇÃO DE COTAS IGUAIS A TODOS. DESCABIMENTO. CRITÉRIO QUE PREJUDICA O DIREITO HEREDITÁRIO DOS DESCENDENTES EXCLUSIVOS, AFRONTANDO A NORMA CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS (ART 227, § 6º DA CF). APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART 1790, II DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles. Decisão reformada Recurso provido. (TJSP, Agravo de instrumento n. 994.08.138700-0, Acórdão n. 4395653, São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, julgado em 24/03/2010, DJESP 15/04/2010. No mesmo sentido: TJSP, Agravo de instrumento n. 652.505.4/0, Acórdão n. 4068323, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken, julgado em 09/09/2009, DJESP 05/10/2009).

"O Código não trata da hipótese em que o companheiro concorre tanto com descendentes comuns como com descendentes exclusivos do *de cujus*. Diante da lacuna da lei, a interpretação que nos parece mais razoável é a que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, à vista do disposto na CF 227 § 6º, atribuindo ao companheiro a metade da cota de cada um deles." (THEOTONIO NEGRÃO e outros, Código Civil e Leg. Civil em Vigor, 31 ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 628, nota 3 ao art. 1.790).

Mas, com esse pensamento, essa corrente deixa de lado o princípio da isonomia entre o cônjuge e o companheiro.

3.4.2 Concorrência com outros parentes sucessíveis

Parentes sucessíveis para esta concorrência são todos os ascendentes, sem limite, e também todos os demais parentes colaterais até o quarto grau (irmão, tio, sobrinho, primo, tio-avô e sobrinho-neto). Nestes casos citados, o companheiro herdaria somente 1/3 da herança sempre. Sendo que o cônjuge herdaria somente 1/3 da herança do *de cujus* só nos casos em que concorresse com ambos os pais vivos. Contudo, era em concorrência com os parentes colaterais que ocorria a maior desigualdade no direito sucessório do companheiro, pois esta previsão tratava os direitos dos companheiros, de forma igual, aos direitos de parentes colaterais, muitas vezes, desconhecidos ou sem relacionamento com o falecido. Enquanto, o cônjuge na ausência de descendentes ou de ascendentes herdará a totalidade dos bens do *de cujus*, o companheiro, na ausência dos descendentes e dos ascendentes ainda iria concorrer com os parentes colaterais até 4º grau do *de cujus*, e neste caso, herdaria somente um terço da herança.

A respeito da inconstitucionalidade do inciso III, do art. 1.790, o Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Agravo de Instrumento nº. 70017169335, que buscava o reconhecimento de colaterais como herdeiros, em seu voto delineou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria". (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007, DJERS 27/11/2009, pág. 38). Concluindo do mesmo modo: TJSP, Agravo de instrumento n. 654.999.4/7, Acórdão n. 4034200, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 27/08/2009, DJESP 23/09/2009 e TJSP, Agravo de instrumento n. 609.024.4/4, Acórdão n. 3618121, São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgado em 06/05/2009, DJESP 17/06/2009.

Contudo, assim como na doutrina, a questão da inconstitucionalidade do referido inciso também não era pacífica na jurisprudência, como se vê da decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DIREITOS DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO EX-COMPANHEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS, QUAIS SEJAM, OS COLATERAIS. ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, SOB O ARGUMENTO DE TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. O §3º do artigo 226 da Constituição Federal apenas determina que a união estável entre homem e mulher é reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, o que evidencia que união estável e casamento são conceitos e realidades jurídicas distintas, razão pela qual não constitui afronta à Constituição o tratamento dado ao companheiro na nova legislação civilista. (...) Desprovimento do recurso. (TJRJ, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº. 2004.002.16474, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, julgado em 19/04/2005).

Inúmeros autores, além de apontarem as injustiças do atual regime sucessório do companheiro, afirmam a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790, seja pela valorização excessiva do parentesco biológico, seja pela violação a princípios constitucionais, como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da vedação ao retrocesso.

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

4.1 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 tentou melhorar a condição hereditária do cônjuge, trazendo-o como herdeiro necessário (art. 1.829 CC), mas não o fez com o companheiro, tratou o direito sucessório do companheiro em um capítulo diverso (art. 1.790 CC). Com isso, o Código Civil, trouxe um retrocesso se comparado às regras mais igualitárias ao casamento introduzidas pelas Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, pois se colocou o companheiro em posição infinitamente inferior a do cônjuge. Além de não o ter especificado como herdeiro necessário, também não garantiu ao companheiro os bens adquiridos na constância da união estável a título gratuito; não garantiu o direito real de habitação; colocou o companheiro em igualdade com os parentes colaterais na sucessão com estes; não preservou o quinhão hereditário de $\frac{1}{4}$ ao companheiro quando este concorrer somente com descendentes em comum com o *de cujus*;

Considerando que ambos os institutos foram reconhecidos como entidade familiar pela Constituição Federal, não se justifica o tratamento diferenciado e até discriminatório conferido pelo legislador infraconstitucional, pois, dessa maneira, institui uma hierarquia familiar inexistente no âmbito constitucional.

Torna-se, dessa forma, incompreensível esse rebaixamento da pessoa do companheiro que poderia vir a concorrer até com um parente distante do *de cujo* que, hipoteticamente, nem tivesse um maior relacionamento com o falecido (inciso IV do artigo 1.790. Conquanto o cônjuge seja o terceiro na linha de sucessão, logo após os descendentes e ascendentes, de modo que, na ausência destes o cônjuge supérstite terá direito à totalidade da herança. O companheiro somente recolheria a totalidade da herança se além dos descendentes e ascendentes não existisse outros parentes sucessíveis – colaterais – como irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós. Lembrando que a “totalidade da herança”, de acordo com o caput do artigo 1.790, se refere aos bens que tiverem sido adquiridos na vigência da união estável.

Diante a essas divergências apresentadas, se debateu, tanto na doutrina e na jurisprudência, a constitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil.

4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

A grande parte da doutrina se posiciona acerca do tema de modo a defender a inconstitucionalidade e aplicando uma interpretação sistemática de acordo com a Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu art. 226, §3º reconhece a união estável como entidade familiar digna de proteção do Estado, assim como o casamento.

No entanto, para Adriano Costa, ele explica que: “para alguns, a referência à ‘conversão em casamento’ revelaria certa preferência jurídica pelo casamento, o que justificaria certos privilégios legislativos deferidos apenas a cônjuges, excluindo companheiros” (COSTA, 2013, pág. 98).

Já para Flávio Tartuce e José Fernando Simão, eles entendem a expressão “conversão em casamento” de outra forma:

Para outros, a determinação constitucional apenas impede que a lei infraconstitucional dificulte a conversão da união estável em casamento. Seria uma norma proibitiva da imposição de qualquer dificuldade, mas não geradora de hierarquia entre as duas formas de constituição de família (TARTUCE E SIMÃO, 2013, pág. 244).

Nesse mesmo pensamento, defende Cezar Peluso:

As famílias assentadas na união estável ou no casamento são idênticas nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito. A diferenciação entre elas se dá pelo modo de sua formação. [...] Nos aspectos em que as famílias, oriundas do casamento ou da união estável, são semelhantes, como é o caso das relações afetivas que geram, não pode haver tratamento legal diferenciado. O vínculo familiar, de afeto, solidariedade e respeito, deve ser o norte do legislador infraconstitucional na disciplina da ordem de vocação hereditária [...] Essa [...] posição parece ser mais adequada, pois efetivamente, não há distinção, em termos de afeto e dignidade, entre as famílias constituídas pelo casamento ou união estável. Sem diferenciação entre elas quanto a esse aspecto, parece não ser aceitável que sejam diferenciadas pelo legislador quanto à questão sucessória (PELUSO, 2008, pág. 1.941).

Há de se destacar algumas diferenças que existiam entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro, sem a especificação do gênero: Concorrendo com os descendentes, o cônjuge supérstite tem reservado a quarta parte da herança. Ao companheiro sobrevivente, entretanto, não se tinha essa reserva; quando o cônjuge

supérstite concorre com os ascendentes, tem reservada a terça parte da herança e a metade, se houver um só ascendente ou se for maior aquele grau. No caso do companheiro sobrevivente, a herança seria, em qualquer caso, de um terço; o cônjuge supérstite terá a integralidade da herança, não havendo descendentes ou ascendentes. Já o companheiro sobrevivente, por sua vez, sempre teria que dividir a herança se houvessem outros parentes sucessíveis, ficando a ele reservada a terça parte da herança e observava-se, ainda, que o companheiro sobrevivente só herdaria a integralidade da herança se não houvesse outros parentes sucessíveis.

Portanto, verifica-se o tratamento sucessório diferenciado que se dava ao companheiro sobrevivente ao compará-lo com o cônjuge sobrevivente.

A discriminação era inaceitável frente à isonomia entre união estável e o casamento, a qual é assegurada pelo já citado art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. Tal isonomia encontra-se traçada pelo art. 5º, *caput* da Carta Magna:

Art. 5º. Todos 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 segurança e à propriedade, (...) (BRASIL, 2010).

Segundo Maria Berenice Dias: “de modo absolutamente injustificável, a lei empresta tratamento desigual ao casamento e à união estável no âmbito no direito sucessório” (DIAS, 2011, pág. 154). Afirma a mencionada autora que:

As diferenças são absurdas. O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional, afrontando de forma direta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem falar na desequiparação preconizada entre duas células familiares: união estável e casamento (CF 1.º, III; 5.º, *caput*, I e XXX) (DIAS, 2011, pág. 161).

Dessa forma, melhor seria equalizar os direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge como forma de se alcançar a justiça.

4.3 POSICIONAMENTO JURISDICIONAL

4.3.1 Posicionamento quanto a Inconstitucionalidade do artigo 1.790

Diante desse contexto, surgiram decisões no sentido de que haveria inconstitucionalidade de todo o art.1.790. Outras decisões tomaram sentido de tornar inconstitucional apenas o inciso III, do mencionado artigo.

Em primeiro lugar cita-se o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que no ano de 2009, julgou inconstitucional a aplicabilidade do supracitado artigo. Vejamos a ementa:

Agravo de instrumento. Direito sucessório. Conforme o entendimento uníssono desta Câmara é inconstitucional a aplicabilidade do art. 1.790, do Código Civil, uma vez que o artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, equiparou o companheiro ao Cônjuge. Logo, é inviável a diferenciação hereditária entre o companheiro e o cônjuge supérstite. Usufruto vidual. O Código Civil atual não prevê o usufruto vidual ao cônjuge, o que implica que, reconhecida a paridade entre cônjuge e companheiro, não há falar na incidência da Lei n-9. 278/1996 e, via de consequência, do direito do companheiro ao usufruto vidual. Deram parcial provimento ao agravo” (TJRS, Agravo de Instrumento 700226552879, 8- Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. AlzirFelippeSchmitz, j. 10.04.2008, DOERS 16.04.2008, p. 39).

No mesmo sentido posicionou-se a nona câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Equiparação constitucional das entidades familiares matrimoniais e extramatrimoniais, em razão de serem oriundas do mesmo vínculo, qual seja, a afeição, de que decorrem a solidariedade e o respeito mútuo entre os familiares. Entidades destinatárias de mesma proteção especial do Estado, de modo que a disparidade de tratamento em matéria sucessória fere a ordem constitucional. Ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e direito fundamental à herança. Proibição do retrocesso social” (TJSP, Apelação com Revisão 587.852.4/4, Acórdão 4131706,9.- Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.08.2009, DJESP 25.11.2009). Decisões neste sentido foram conferidas por outros Tribunais nos processos relativos ao tema. Entretanto, em observância ao art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº.10, do STF, a inconstitucionalidade do art.1.790 do Código Civil só poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou Órgãos Especial respectivo.

Dessa forma, a chamada cláusula de reserva de plenário proíbe a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público por órgãos fracionários, ainda que de forma não expressa.

Assim fez o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº. 00326554020118190000 afastou a incidência do inciso III, do art.1.790, conforme se vê na ementa final:

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, § 3.º). 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”. (TJRJ, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial, j. 11.06.2012).

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal Pleno de Sergipe afastou a incidência de todo art. 1.790, conforme ementa abaixo:

Incidente de Inconstitucionalidade. União Estável. Direito Sucessório do Companheiro. Art. 1.790 do CC/02. Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana. Art. 226, § 3º da CF/88. Equiparação entre Companheiro e Cônjuge. Violação. Inconstitucionalidade Declarada. 1.790/CC, 12263ºCF/88. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a conseqüente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do CC/02, 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; 1.790/CC012, 263º, CF. II - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. (TJSE, Tribunal Pleno, Relª Desª Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Inc. de Inconstitucionalidade nº 2010114780, julg. 30.03.2011).

Destes julgados, com relação ao art. 1790 do Código Civil de 2002, visível é a sua inconstitucionalidade, tratando-se de um verdadeiro retrocesso ao direito moderno e social.

4.3.2 Posicionamento quanto a Constitucionalidade do artigo 1.790

Ao contrário do posicionamento anterior, vários julgados adotaram o preceito de que não há qualquer inconstitucionalidade no artigo em estudo. Ao fundamentar pela superioridade do casamento em relação à união estável e pela não equiparação de ambos os institutos, os tribunais de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul mantiveram a incidência da norma sucessória, conforme as ementas abaixo:

A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário, no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. (TJRS, Incidente 70029390374, Porto Alegre, Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 09.11.2009).

“Incidente de inconstitucionalidade. Direito de família. União estável. Sucessão. Companheiro sobrevivente. Artigo 1.790, inciso III, 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 (TJMG, Processo 0322132-50.2006.8.13.0512, Pirapora, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, j. 09.11.2011, DJEMG 01.02.2012).

No entanto, no mês de Abril de 2015, foi reconhecida Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº. 878.694 do STF, a cerca da validade do art.1.790. Mediante a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo iria decidir se era constitucional a diferenciação dada pelo legislador ao regime sucessório do cônjuge e do companheiro. Veja a ementa:

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

O ministro Dias Toffoli, na sessão do último dia 30 março, negou provimento ao RE (ANEXO I) ao entender que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, e tampouco vê na medida um retrocesso em termos de proteção social.

4.3.3 Posicionamento atual do STF

O Recurso Extraordinário de nº 878.694 surgiu a partir de uma reformulação que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fez sobre um caso concreto, onde a decisão de primeira instância reconheceu ser a companheira de um homem falecido a herdeira universal dos bens do casal, dando tratamento igual ao instituto da união estável em relação ao casamento. O TJ/MG, contudo, reformou a decisão inicial, dando à mulher o direito a apenas um terço dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal, ficando o restante com os três irmãos do falecido, por reconhecer a constitucionalidade do artigo 1790. Daí, então, a defesa da companheira interpôs recurso extraordinário ao Supremo, contestando a decisão do Tribunal de Minas Gerais, com o argumento de que a CF não diferenciou as famílias constituídas por união estável e por casamento, ficando certo que qualquer forma de constituição familiar tem a mesma proteção e garantia do Estado.

Ocorre que, no Plenário, na data de 10/05/2017, que discutia o RE nº 646.721, que abordava sucessão em uma relação homoafetiva, tendo como o caso concreto, integrantes de união homoafetiva que viveram juntos por 40 anos, houve também a continuação do julgamento do RE nº 878.694, pois a equiparação das duas instituições já havia começado a ser definida ainda em agosto de 2016, mas, na ocasião, pedido de vista do Ministro Dias Toffoli suspendeu a votação, retomada em março passado, quando houve novo pedido de vista, desta vez por parte do Ministro Marco Aurélio. Na ocasião, Toffoli negou provimento (ANEXO I) ao RE ao entender que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, e tampouco vê na medida um retrocesso em termos de proteção social.

Portanto, a decisão foi tomada em dois julgamentos: a decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721(união homoafetiva) e 878694 (união heteroafetiva), ambos com repercussão geral reconhecida. No julgamento realizado em 10/05/2017, os ministros declararam inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens.

No caso do RE 646721, o relator, ministro Marco Aurélio, ficou vencido ao

negar provimento ao recurso. Segundo seu entendimento, a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. Seu voto foi seguido pelo ministro Ricardo Lewandowski.

E os ministros Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Edson Fachin e Carmém Lúcia, acompanharam o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878694 (ANEXO II), onde Barroso sustentou que o STF já equiparou as uniões homoafetivas às uniões “convencionais”, o que implica utilizar os argumentos semelhantes em ambos. Após a Constituição de 1988, argumentou, foram editadas duas normas, a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996, que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável.

A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual, decidindo, assim, que casais com união estável têm os mesmos direitos sucessórios que os unidos por casamento civil.

Para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese, válida para ambos os processos: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil”.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 revolucionou ao reconhecer a União Estável como entidade familiar equiparando-a ao casamento. O Código Civil atual trouxe avanços em relação aos direitos do cônjuge, como o status de herdeiro necessário e a concorrência sucessória com os descendentes e ascendentes. Mas deixou a desejar quando tratou do direito sucessório do companheiro, impondo barreiras sobre os bens deixados pelo *de cuius*. De tal forma que positivou o direito sucessório do companheiro apenas em um único dispositivo, o art. 1.790, observando, assim, a diferença no tratamento sucessório com o cônjuge.

Temos como principais diferenças: a participação do companheiro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável; exclusão da garantia da quarta parte mínima da herança ao companheiro, quando concorre com descendentes comuns; concorrência do companheiro com parentes colaterais; inserção do companheiro no último lugar da ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; ausência de previsão do direito real de habitação e ausência de reconhecimento expresso do companheiro como herdeiro necessário.

Posto as diferenças, podemos perceber que tal artigo afrontava o princípio da isonomia, pois não justificava e nem fundamentava tal discriminação e nem existia um amparo constitucional. Outro princípio violado era o da Vedação do Retrocesso Social, já que retirava dos companheiros direitos adquiridos na legislação anterior. E por fim, havia a violação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois submetia o companheiro a uma situação de desamparo financeiro.

Algumas decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais já tinham se posicionado acerca das desigualdades no tratamento dado ao companheiro frente à sucessão no atual Código Civil, onde se utilizou de fundamentos a proteção destinada à união estável no texto constitucional, interpretada como equiparação entre as entidades familiares. Deste modo, nestes julgados determinava que se devesse afastar a aplicação do artigo 1.790, utilizando-se em seu lugar as disposições mais benéficas encontradas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

A maioria da doutrina e da jurisprudência se posicionava a favor dessa linha de raciocínio, existindo já diversos julgados, supracitado acima, afastando o art.

1.790 do Código Civil na sucessão do companheiro, para aplicar a ele as regras que regulam a sucessão do cônjuge, equiparando-os para fins sucessórios.

Com isso, o STF seguiu o mesmo raciocínio, ratificando, assim, tal posicionamento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC, dando provimento ao RE nº 878694 na data de 10/05/2017, devendo, então, ser aplicado ao companheiro sobrevivente o mesmo dispositivo que trata do cônjuge sobrevivente, o artigo 1829 do CC.

Portanto, a aplicação da inconstitucionalidade do referido artigo, revela como sendo a melhor solução para tal desigualdade no trato sucessório entre companheiro e cônjuge, visto que tal artigo afrontava os princípios constitucionais acima citados, como: princípio da isonomia, da vedação ao retrocesso social e o da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal de 1988, considerado o principal direito fundamental constitucionalmente garantido, servindo de fundamento e meio de interpretação para todos os outros direitos amparados por nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**. Revista do Advogado nº 58, AASP, São Paulo, março/2000.

BRASIL. Código Civil (1916). Brasília, DF: Senado. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 22/04/2017 às 22:00 hrs.

BRASIL. Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado. 2002.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Escala, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Inc. de Inconstitucionalidade nº 2010114780, Tribunal Pleno, Relª Desª Marilza Maynard Salgado de Carvalho. julg. 30.03.2011. Disponível em: < <http://www.tjse.jus.br/busca>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AGI: 20140020298660 DF 0030419-46.2014.8.07.0000, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 05/02/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2015 . Pág.: 298). Disponível em:<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/171008768/agravo-de-instrumento-agi-20140020298660-df-0030419-4620148070000>>. Acesso em: 29 abr.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 70017169335. Relator. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 08/03/2007. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820016/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-codigo-civil-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em 21/04/2017 às 22:46 hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI nº. 0032655-40.2011.8.19.0000, *Relator Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, OE - Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial, J. 11/06/2012*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJRJ.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 700226552879, 8- Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. AlzirFelippeSchmitz, j. 10.04.2008, DOERS 16.04.2008, p. 39. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo>. Acesso em: 22 abr. 2017.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.192.

COSTA, Adriano Pessoa da. *Famílias Desiguais: A Inconstitucionalidade da Sucessão do Companheiro no Código Civil*. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, Ano XII, Nº 13, 2013 p. 97-110.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p.23.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: Direito das Sucessões 28ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1224.

Enunciado 117, Conselho da Justiça Federal.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.19-20.

_____, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.182.

_____, Carlos Roberto. *Direito Civil – Direito de família: sinopses jurídicas*. Vol.2.15ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.13.

HIRONAKA, Giselda. Congresso Anual da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung (Associação de Juristas Alemanha-Brasil), realizado na cidade de Dresden (Alemanha), de 22 a 25 de novembro de 2001.

Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017

Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. TRATADO DE DIREITO DE FAMÍLIA. MaxLimonad Editor. São Paulo. 1947. 3º ed., Vol. I.p . 93.

OLIVEIRA, Dalva Trindade de Souza. União Estável Paralela ao Casamento ou Famílias Simultâneas. Salvador/BA, 2006.

PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 1941.

RODRIGUES, Daniela Rosário. Direito Civil: família e sucessões. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 6. São Paulo: Saraiva. 2007, p.122.

Sá Pereira, apud, QUEIROGA, Antônio Elias de. MANUAL DE DIREITO CIVIL-DIREITO DE FAMÍLIA. Editora Ciência Jurídica. Belo Horizonte. 2001. Pág. 22.

SOUSA, Warley Tadeu Jorge de Oliveira. As desigualdades na sucessão entre cônjuges e companheiros no Direito Civil. Revista Pensar Direito, v.7, n.2, Jan./2016. Disponível em <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a249.pdf>. Acesso em: 19/04/2017 às 19:00 hrs.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Informativo 533.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 382.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil 6: Direito das Sucessões. 5ª ed. Revista e atualizada, São Paulo: Método, 2013, p. 202).

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil: Direito de Família. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013, Volume V, p. 244.

VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.113.

ANEXO I

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS VOTO-VISTA O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Cuida-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que aplicou orientação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em julgamento de incidente de inconstitucionalidade, reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, entendendo que, “a teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluída sua participação como herdeiro dos bens particulares do *de cuius*”. Em seu percuciente voto, o eminente Relator, Ministro Roberto Barroso, deu provimento ao recurso para “reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente” e declarou, por consequência, o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Nesse sentido também foram os votos dos eminentes Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso, em especial, diante das ponderações apresentadas nas sustentações orais. Há algumas premissas fáticas deste caso concreto que devem ser salientadas, a saber: i) o reconhecimento da união estável de nove anos (2000 a 2009) se deu post mortem, não havendo notícia de testamento ou de qualquer declaração deixada pelo falecido sobre as questões postas nestes autos; e ii) não há ascendentes ou descendentes do falecido, sendo os herdeiros com quem concorre a companheira sobrevivente os três irmãos do falecido. Em revisão RE 878694 / MG irmãos do falecido. Vê-se, portanto, que na espécie há, em tese, a subsunção da hipótese prevista no inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002. No entanto, pretende o nobre Ministro Relator ampliar a tese a ser fixada, sugerindo seja assentado o seguinte entendimento com repercussão geral: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto

nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.” Embora criterioso e bem fundamentado o voto do Ministro Relator, após nova reflexão sobre o conteúdo dos autos e da questão central posta no extraordinário, com a devida vênia, penso não existir a inconstitucionalidade apontada. Com efeito, vejamos. Como proêmio, data venia dos que têm entendimento distinto, há que se deixar bem claro que não há como se dar uma interpretação ampliativa ao que restou decidido na ADI nº 4.277, na medida em que esta Suprema Corte se limitou a dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. O referido acórdão não equiparou o casamento à união estável e muito menos os efeitos jurídicos pela escolha de uma ou de outra espécie de entidade familiar. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição da República, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento deixou claro que “uma coisa é uma coisa e outra é outra coisa”. Como tive a oportunidade de me manifestar na referida ação direta de inconstitucionalidade, na condição de Advogado-Geral da União, a compreensão do art. 1.723 do Código Civil não pode ignorar o princípio da isonomia, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Também salientei que a Carta Maior prevê, de 2 Em revisão RE 878694 / MG modo expresse, em seu art. 226, que o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) são espécies de “entidades familiares”, não se podendo afirmar que o conjunto de suas normas permita excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas nos mesmos suportes fáticos: (i) autodeterminação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável com o fim de se alcançarem objetivos comuns (fls. 406 e 407). Na referida manifestação, acentuei, também, que não se poderia admitir diferenciação entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas, porque existiria justificativa plausível para essa indiferenciação sob a óptica do princípio da igualdade, na medida em que uma união homoafetiva estável, uma vez preenchidos os requisitos legais, estaria a se fundar nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões estáveis – as quais se distinguem do casamento -, tendo, na oportunidade, lembrado que países como França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia reconheciam juridicamente a união homoafetiva,

sem equipará-la, contudo, ao casamento, e concluí que “(...) o pedido formulado na (...) ação revela procedência, na medida em que se afigura necessário o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar a fim de que aos participantes da união homoafetiva sejam assegurados os mesmos direitos e deveres dos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis” (fls. 413). Retomo agora duas premissas jurídicas que adiantei por ocasião de meu pedido de vista. As entidades familiares são distintas, como especificado na Constituição Federal. O casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Portanto, há de ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem por se submeter a um ou a outro regime. Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes ³ Em revisão RE 878694 / MG da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia de vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos. A questão constitucional posta no apelo extremo pode ser assim resumida: o art. 1.790 do CC estipula regras sem razões justificadas para o discrimen, ou o legislador, ao fazer a opção, fez o juízo adequado da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito? Para uma melhor compreensão do regime jurídico que se está a analisar, vide os arts. 1.829, 1.830 e 1.832, que possuem, respectivamente, a seguinte redação: “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (...); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.” “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.” “Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (...) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.” Façamos um resumido paralelo desses regimes sucessórios. Vê-se, pela leitura dos textos, que, com o Código Civil de 2002, o ⁴ Em revisão RE 878694 / MG cônjuge passou a concorrer com

descendentes e, na falta desses, com ascendentes do autor da herança, se houver, e, quando é chamado à sucessão em concurso com descendentes, o cônjuge herda um quinhão da parte que não lhe cabe por força do regime de bens, mas sempre como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes (cf. arts. 1.829, incisos I e II e 1.845, do CC). Por sua vez, na hipótese da herança do companheiro, embora o art. 1.790 tenha garantido, relativamente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, que o companheiro sobrevivente concorrerá com os descendentes apenas do falecido na proporção da metade do que cabe a cada um deles e com os filhos comuns na mesma proporção de cada um deles – com a mesma quota -, quando o companheiro sobrevivente concorre com os demais parentes sucessíveis, ele tem direito a um terço da herança (incisos I a III). Ocorre que não me parece que a opção legislativa tenha sido injustificada ou desarrazoada. Pelo contrário, o legislador debateu o tema e deixou claros os motivos do tratamento diferenciado, e para a certeza das coisas, tomo a liberdade de relatar o que se consignou como fundamentos da decisão legislativa. Inicialmente, na exposição de motivos do art. 1.790 do CC, ficou explicitado que “as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõe um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta”. Não bastasse isso, no documento publicado pelo Senado Federal em 2012, sobre a Memória Legislativa do Código Civil¹, podemos verificar os 1 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno. Vol. 4. Brasília: Senado 5 Em revisão RE 878694 / MG principais motivos que levaram o Congresso a não equiparar os efeitos sucessórios para os dois institutos. É que o que se extrai da leitura dos fundamentos utilizados para a aprovação, em segundo turno, na Câmara dos Deputados, da Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56 (Deputado Ricardo Fiúza), a qual ocorreu após parecer final pela aprovação emitido pelo Senador José Fogaça, a saber: “É de reconhecer que persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável. Nesse particular, qualquer dos cônjuges pode suceder ao *de cuius* na categoria de herdeiro necessário (art. 1.857), podendo inclusive concorrer, dependendo do regime de bens existente, com os ascendentes

e até mesmo com os descendentes. (Esta Relatoria-Geral permite-se, neste momento, um comentário, ainda que breve, sobre guindar-se o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, para dizer que discorda dessa orientação. Porém, tendo em vista tratar-se de texto original do projeto, não emendado pelo Senado, nada se poderia fazer, a esta altura.). (...) Rejeitada que seja a emenda senatorial, o companheiro sobrevivente de uma união estável não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, aceito que seja o texto emendado, ocorrerá justamente o oposto, passando a companheiro a deter maiores direitos sucessórios do que aqueles deferidos ao cônjuge. Cuide-se, todavia, da necessidade de em matéria de direito sucessório ser disciplinada a presença do convivente, no rigor dos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da união estável, o que perfaz razão relevante para a não supressão da emenda. Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988. A própria formulação do texto constitucional já é Federal, 2012, p. 72 a 74. 6 Em revisão RE 878694 / MG suficientemente elucidativa a esse respeito: "... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (CF, art. 226, § 3º). É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma "entidade familiar". A natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos seqüenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817). A comparação que se estabeleça entre os preceitos relativos ao matrimônio e as regras disciplinadoras da união estável, constantes do Projeto, demonstra, à primeira vista, a superioridade numérica das primeiras em relação às últimas. Somente há pouco institucionalizada pela lei civil, a disciplina da união estável tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial. A desproporção se evidencia quando se considera a superioridade numérica dos dispositivos que tratam do casamento, a título de Disposições Gerais (arts. 1.510 a 1.515), Capacidade

Matrimonial (arts. 1.516 a 1.519), Impedimentos (arts. 1.520 e 1.521), Causas suspensivas (art. 1.522 e 1.523), Habilitação Matrimonial (arts. 1.554 a 1.531), Celebração do Casamento (art. 1.532 a 1.541), Provas do Casamento (arts. 1.542 a 1.546), Invalidade do Casamento (arts. 1.547 a 1.566), Eficácia do Casamento (art. 1.567 a 1.573), Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.574 a 1.587), Proteção da Pessoa dos Filhos na Dissolução da Sociedade Conjugal (arts. 1.588 a 1.595), e Regime de Bens entre os Cônjuges (arts. 1.651 a 1.734), totalizando, como se vê, 189 (cento e oitenta e nove) artigos de 7 Em revisão RE 878694 / MG lei. As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável - enquanto instituição-meio - quanto o casamento - enquanto instituição-fim - na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável. Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável” (destaques nossos). Não se verifica, nos fundamentos, uma inferiorização de um instituto em relação ao outro, ou deliberada criação de uma situação desvantajosa. O legislador cuidou, no entanto, de dar a eles tratamento diferenciado, até para que não houvesse a equiparação entre os regimes dos dois institutos. Nesse sentido, correta se mostra o alerta feito por Mário Luiz Delgado, então Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, no qual afirmou que o reconhecimento da igualdade do direito sucessório das entidades familiares pode representar a “aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não 8 Em revisão RE 878694 / MG pretenderam se submeter ao regime formal do casamento”. Ou pior, que isso possa significar até mesmo “o fim da

própria união estável, pois, à medida que se regulamenta um relacionamento que foi constituído para ser uma união livre e sem nenhuma oficialidade, estar-se-á alterando a sua natureza jurídica, transformando-o em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes. É o que chamo de ‘casamento forçado’, ou, ainda, ‘dormir com alguém e acordar com o Estado’, como diz Zeno Veloso”². Estou plenamente convicto de que a liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes não de ser respeitados e de que não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960, principalmente pelos jovens, que passaram a entender que deveria existir maior liberdade nas relações familiares em face do Estado, ideia que se desenvolveu na sociedade germânica e que influenciou seu ordenamento jurídico, culminando na doutrina da “Finalidade Individual do Estado”, segundo a qual deveria haver uma menor intervenção estatal na vida dos indivíduos³. Na atualidade, ainda prevalece nesse país essa concepção libertária, tanto é que não há sequer previsão normativa para o dever de sustento mútuo para os conviventes em união estável, regras sobre a sucessão, ou mesmo sobre a aquisição de bens durante a convivência, “de modo que os bens adquiridos em nome apenas de um dos conviventes permanecem na propriedade exclusiva dele” (MARTINY, Dieter. Family Law. In, REIMAN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. Introduction to German Law. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 255). Assim, reitero entender não ser possível a equiparação entre 2 Em 7 de agosto de 2016, 8h05. 3 Vide interessante trabalho de Venceslau Tavares Costa Filho. Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 2). Revista Consultor Jurídico, de 17 de outubro de 2016, 8h00, em que lembra o pensamento que então se instalava (Lehre von individualistischen Staatszweck). 9 Em revisão RE 878694 / MG casamento e união estável, tal como ocorre na maioria dos países europeus, os quais nem sequer disciplinam as relações sucessórias. Exempli gratia, na França, nem os concubinos nem os membros do pacto civil de solidariedade – formas de união admitidas naquele sistema jurídico - herdaram um do outro. Nem se diga que a liberdade de escolha da espécie de “entidade familiar” estaria tolhida porque só as pessoas com condições econômicas é que teriam condições de se casar. A legislação tratou de garantir a gratuidade do casamento a quem preenche os requisitos legais (vide art. 1.512 do Código Civil de 2002 e as legislações estaduais que dispõem sobre os requisitos), e os casamentos comunitários têm ajudado a viabilizar os matrimônios, que ocorrem diariamente em todo o país. Certo

é que a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Em sintonia com esse pensamento, trago as inteligentes ponderações feitas pelo eminente civilista da Faculdade de Direito da USP, Professor José Fernando Simão, que elencou as regras constitucionalmente válidas dos regimes jurídicos diferenciadores do casamento e da união estável⁴, no que tange às normas sobre: i) sua criação (procedimentos registrares e sua dispensa); ii) comprovação jurídica, iii) extinção, iv) efeitos perante terceiros, v) outorga uxória e marital (que não se aplica ao segundo regime); vi) presunção de paternidade (que por ora inexistente para a união estável); vii) e até o procedimento para a mudança de regime de bens⁵. Nem mesmo a sedutora tese da vulneração da proibição ao retrocesso de direito fundamental à sucessão e, portanto, à propriedade por meio da *saisine* procede, na medida em que tenho, para mim, que a proibição do efeito “catraca” ou cliquet tem aplicação somente quando a 4 Além da própria regra do art. 1.790 do Código Civil de 2002. 5 Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, sob o título “E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)”, em 25 de dezembro de 2016, 9h07. Abordou também em seu trabalho as eventuais consequências jurídicas caso mantida a maioria já formada neste julgamento. 10 Em revisão RE 878694 / MG restrição ao direito fundamental ultrapassa o limite de seu núcleo essencial, o que não é a hipótese em questão. A restrição imposta pelo Código Civil de 2002 ao direito sucessório da união estável, com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, quando comparado com o regime sucessório que vigorava anteriormente pela Lei 8.971/94 (art. 2º) e Lei 9.278/96 (art. 7º), me parece absolutamente legítima - assim como tantas outras restrições a direitos civis que foram estabelecidas pelo novo Código Civil e que foram realizados sob o permissivo constitucional -, na medida em que o legislador optou, pelos fundamentos revisitados neste voto, por garantir ao companheiro herdeiro, na hipótese de concorrer com os colaterais, o recebimento de um terço da herança. Portanto, não se vislumbra irrazoabilidade ou desproporcionalidade na opção legislativa, como bem sustentou o eminente Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que, em seu primoroso parecer, além de descrever o histórico dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro a relatar o vai e vem desses direitos, concluiu, em sua análise sistêmica, que “[o] art. 1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer

com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC, exclui a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial, se o falecido não houver deixado bens particulares. A apontada inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC apoia-se no argumento que essa diferença de tratamento tem por consequência rebaixar a família decorrente da união estável em comparação à advinda do casamento. Ora, os diversos regimes de bens, bem como os regimes sucessórios respectivos, foram estabelecidos pelo legislador com o escopo de propiciar aos nubentes e companheiros diversas opções na organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais. (...) Aliás, uma interpretação normativa com viés 11 Em revisão RE 878694 / MG estritamente patrimonial, comparando-se o quantitativo de cada herança em cada regime e, ainda, em cada situação em particular, revelaria que uma situação ou outra este ou aquele regime seria mais adequado ou mais justo neste ou naquele aspecto. Tal processo levaria a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia. Esse exercício, por fim, faria ruir todo o edifício construído pelo legislador positivo” (destaques nossos). Mesmo que utilizada a estratégia do festejado professor Robert Alexy para estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, com a aplicação dos elementos que formam a estrutura da ponderação, quais sejam, a ponderação, a fórmula de peso e a proporcionalidade - observadas as intensidades das argumentações-, na hipótese que se descortinou, não há como se desrespeitar, em especial quando aplicada a teoria externa dos direitos fundamentais, o sistema democrático e a separação de poderes, a opção discricionária feita pelo legislador. Portanto, como salientado por mim em tantas oportunidades, na espécie cabe também a aplicação da máxima jurídica *in dubio pro legislatore*, que, para alguns doutrinadores, como Juan Antonio García Amado⁶, é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador. Da mesma forma, se se vislumbra, pela abertura constitucional – como é o caso dos autos - uma pluralidade de concretizações possíveis, há que se respeitar, como uma defesa da própria democracia, o pensamento possibilista - há muito defendido por Peter Häberle, apoiado no escólio de Niklas Luhmann (*Komplexität und Demokratie*, PSV, 4, 1968, p. 494 e ss.) -, desde que, como bem anotou aquele filósofo e jurista, as 6 . Apud

PULIDO, Carlos Bernal. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17 12 Em revisão RE 878694 / MG alternativas surjam dos marcos constitucionais⁷ . Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a alteração dessa norma, o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidas as alternativas para a modificação da norma e seus respectivos impactos no ordenamento social. Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

ANEXO II

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO RECTE. (S): M F V ADV.(A/S): MONIQUE DE LADEIRA E THOMAZINHO E OUTRO (A/S) RECDO. (A/S): R C P E OUTRO(A/S) PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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”. 2 VOTO O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: INTRODUÇÃO I. A HIPÓTESE 1. O presente recurso extraordinário analisa a validade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 (CC/2002), que outorga ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829 do mesmo Código. A controvérsia constitucional em questão pode ser sintetizada na seguinte proposição: é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável? 2. No

caso concreto, a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, há cerca de 9 anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Diante desse contexto, o Tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitou o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pelos irmãos. Porém, caso fosse casada com o falecido, a recorrente faria jus à totalidade da herança. 3. O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II é dedicada a apreciar a compatibilidade do dispositivo impugnado com a Constituição de 1988. Por fim, a Parte III trata da resolução do caso concreto submetido à apreciação desta Corte neste recurso extraordinário.

Parte I DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA I. A ATUALIDADE DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL 3 4. O tema objeto deste recurso tem gerado significativa judicialização, com frequentes decisões em sentidos divergentes. A título ilustrativo, os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro chegaram a conclusões opostas sobre a questão, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade. O TJ-SP – a exemplo do TJ-MG – entendeu pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002¹, enquanto o TJ-RJ manifestou-se pela sua inconstitucionalidade². No Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia acerca da constitucionalidade do dispositivo do Código Civil chegou a ser afetada à Corte Especial³. No entanto, ainda não houve decisão final de mérito. Por fim, vale observar que o Supremo Tribunal Federal, no RE 646.721, reconheceu repercussão geral a outro recurso que trata da validade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, mas que tem como foco sua aplicação às uniões homoafetivas. II. A CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA II.1. Família e direito sucessório 5. O fundamento do Direito Sucessório no Brasil é a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família⁴. O regime sucessório no país envolve a ideia de proteção em dois graus de intensidade. O grau fraco aplica-se à parte disponível da herança, em relação à qual o sucedido tem liberdade para dispor, desde que respeitados os requisitos legais para sua manifestação de vontade. Quanto a essa parte, a lei tem caráter supletivo, conferindo direito de herança aos herdeiros vocacionados somente no caso de inexistir testamento. 6. Já

o grau forte refere-se à parte indisponível da herança (a chamada legítima), que corresponde à metade dos bens da herança que a lei impõe seja transferida a determinadas pessoas da família (os herdeiros necessários), que só deixarão de recebê-la em casos excepcionais também previstos em lei. Sobre essa parcela, o sucedido não tem liberdade de decisão, pois se trata de norma cogente. Apenas se não houver herdeiros necessários, não 1 TJ-SP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000, j. em 14.09.2011, DJ 11.01.2012 2 TJ-RJ, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, j. em 06.08.2012, DJ 03.09.2012 3 STJ, Arguições de Inconstitucionalidade suscitadas nos Recursos Especiais nº 1.291.636, 1.318.249 e 1.135.354 4 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. In: Revista Brasileira de Direito de Família, ano III, nº 12, jan.fev.mar./2002, p. 65. 4 haverá legítima, e, portanto, o sucedido poderá dispor integralmente de sua herança. Esse regime impositivo justifica-se justamente pela necessidade de assegurar aos familiares mais próximos do sucedido um patamar de recursos que permita que preservem, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado. II.2. Família e casamento 7. O regime sucessório encontra-se, assim, vinculado ao conceito de família. Na história brasileira, em decorrência da forte influência religiosa, o conceito jurídico de família esteve fortemente associado ao casamento. Seu objetivo principal era a preservação do patrimônio e da paz doméstica, buscando-se evitar interferências de agentes externos nas relações intramatrimoniais e nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, todas as Constituições anteriores à de 1988 que trataram expressamente do tema dispunham que a família se constitui pelo casamento⁵. Em sentido similar, no plano infraconstitucional, o CC/1916 dispunha que a família legítima era criada pelo casamento (art. 229). 8. Até pouco tempo atrás, o prestígio ao matrimônio tinha suporte em uma concepção da família como ente autônomo, e não como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. A família era tutelada pelo Estado ainda que contra a vontade de seus integrantes, ou seja, independentemente dos custos individuais a serem suportados. Alguns exemplos ilustram bem essa concepção. Na redação original do CC/1916, a família era chefiada pelo marido (poder marital – art. 233), de modo que a mulher, embora dotada de plena capacidade jurídica enquanto solteira, tornava-se relativamente incapaz ao se casar (art. 6º, II, Parte Geral). A mulher passava então a depender de autorização de seu marido para a prática de diversos atos da vida civil, inclusive

para trabalhar. Apenas com a edição da Lei nº 4.121/1962, a mulher casada deixou de ser incluída, junto com pródigos e silvícolas, na relação dos relativamente incapazes. 9. Além disso, na redação originária do CC/1916, o casamento era indissolúvel, de modo que mesmo que os cônjuges vivessem em plena infelicidade conjugal deveriam permanecer casados, em prol de um suposto bem maior para a sociedade. Ressalvava-se apenas a possibilidade de desquite, que, porém, impedia novo matrimônio. Foi somente com o advento da EC nº 09/1977, objeto de calorosos debates, que se passou a admitir a 5 Cf. Constituição de 1934 – art. 144, Constituição de 1937, art. 124, Constituição de 1946 – art. 163, e Constituição de 1967, art. 167 – posteriormente renumerado para art. 175 pela Emenda Constitucional nº 01/1969. 5 possibilidade de separação judicial e de divórcio. Outra ideia existente nessa época era a de “débito conjugal”, segundo a qual a mulher deveria estar sexualmente disponível para o marido, ainda que contra sua vontade. Com fundamento no modelo de família instituído pelo CC/1916, havia quem defendesse que a cópula forçada pelo marido não configurava crime de estupro por se tratar de exercício regular de um direito. II. 3. Família e filiação 10. A mesma concepção que orientava as relações entre cônjuges aplicava-se às relações entre pais e filhos. O pai/marido, na condição de chefe de família, exercia o pátrio poder (art. 380, CC/1916). Como lembra Gustavo Tepedino⁶, ao pai eram conferidos poderes que permitiam, por exemplo, a imposição de processo educacional extremamente autoritário, que se expressava, por vezes, em castigos corporais severos, contra os quais não era possível haver oposição sem que se contestasse o pátrio poder, e, de forma reflexa, a paz familiar. Apenas com o advento da CF/1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os filhos deixaram a condição de objetos para se tornarem sujeitos de seu processo educacional. 11. Era ainda pior a situação de boa parte dos filhos havidos fora do casamento. A despeito do critério biológico de paternidade, os filhos nascidos de relações adulterinas e incestuosas não poderiam ser reconhecidos por expressa disposição legal (art. 358, CC/1916). Desse modo, estavam condenados a viver sem registro civil que os identificasse de forma digna e condizente com a verdade dos fatos, assim como estavam impedidos de demonstrar parte essencial de sua individualidade – sua origem e história familiar – como se integrassem uma classe inferior de indivíduos. Pagavam o preço de uma conta que não era sua apenas para que o conceito rígido de família então vigente não sofresse abalos. 12. Não é preciso ir mais longe para se perceber que a

tradicional concepção jurídica de família, baseada no casamento, tratava a entidade familiar como um fim a ser protegido (ainda que a um custo muito alto), e não como um meio para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros. Seus integrantes eram muitas vezes forçados a relegar projetos individuais de vida boa a um segundo plano, tudo em prol da manutenção de uma dada concepção sobre as relações familiares-matrimoniais e sobre o papel do Estado em sua proteção. 6 Esse e outros bons exemplos sobre os paradigmas familiares do período anterior à Constituição de 1988 podem ser encontrados em: Gustavo Tepedino. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Vicente Barreto (Org.). A nova família: problemas e perspectivas, 1997, pp. 52-56. 6

II.4. Os diferentes modelos de família 13. Durante a segunda metade do século XX, porém, operou-se uma lenta e gradual evolução nesta concepção na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de família. Nesse período, parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Era o caso de uniões estáveis⁷, de uniões homoafetivas, e também de famílias monoparentais, pluriparentais ou anaparentais (sem pais, como a formada por irmãos ou primos). Na estrutura social, o pluralismo das relações familiares sobrepôs-se à rigidez conceitual da família matrimonial⁸. 14. Contudo, muito embora tais entidades pudessem ser socialmente identificadas como núcleos familiares, elas não recebiam reconhecimento jurídico adequado⁹. Em alguns casos, a injustiça era tamanha que a jurisprudência começou a buscar soluções hermenêuticas para assegurar algum direito aos integrantes dessas uniões, especialmente às mulheres em união estável. Com a boa intenção de não deixar desamparada a companheira, chegou-se a entender que ela teria direito a uma justa reparação por serviços prestados durante a sociedade de fato constituída com seu companheiro¹⁰. Equiparava-se, assim, uma relação de amor e união a uma relação negocial, como a de uma barraca de verduras em uma feira. 15. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. Três entidades familiares passaram a contar com expresso reconhecimento no texto constitucional: (i) a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); (ii) a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A Constituição rompeu, assim, com o

tratamento jurídico 7 O último censo realizado pelo IBGE (2010) aponta que mais de um terço das uniões no país é formada consensualmente por pessoas não casadas (36,4%).

V. <http://censo2010.ibge.gov.br/noticiascenso.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2240&busca=1&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representammais-13-casamentos-sao-frequentes-classes> 8 Essa alteração no conceito de família manifestou-se até mesmo nos léxicos. No Dicionário Houaiss, a família não é mais um “1. Grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (especialmente o pai, a mãe e os filhos), que têm ancestralidade comum ou provêm de um mesmo tronco, ou ligadas entre si pelo casamento e pela filiação, excepcionalmente pela adoção”, mas um “1. Núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária”. 9 Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, 2008, p. 397, e Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2013, p. 43-44. 10 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. 7 tradicional da família, que instituiu o casamento como condição para a formação de uma família “legítima”. 16. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio¹¹. A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo. II. 5. Família e papel do Estado 17. Paralelamente, modificou-se a compreensão a respeito do papel do Estado na proteção das relações familiares. Ao Estado importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa. Essa missão é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos. É, portanto, sua justa medida. Qualquer intervenção a mais ou a menos

será tida como ilegítima. 18. O reconhecimento do caráter instrumental da família para a promoção da dignidade dos indivíduos e deste novo papel do Estado na tutela das entidades familiares encontra amplo amparo no texto constitucional. Nesse sentido, o art. 226, caput, da CF/1988 dispõe que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Também o art. 226, §7º, da Carta de 1988 determina que o planejamento familiar “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”, “é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”. Na mesma linha, o art. 205, estabelece que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando 11 Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Pianovski, A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, p. 108, jul/set. 2008. 8 ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Já os arts. 227 e 230 impõem à família, à sociedade e ao Estado os deveres de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem sua dignidade e demais direitos fundamentais, e de amparar pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar. 19. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional¹². Como assentou o Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 132, Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família,

que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto ‘instituição-fim em si mesmo’, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe. Parte II A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS I. EQUIPARAÇÃO E DESEQUIPARAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO EM MATÉRIA SUCESSÓRIA I. 1. A progressiva equiparação legal entre cônjuges e companheiros 20. A Constituição de 1988, como se viu, constitui o marco de uma importante 12 ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011. 9 mudança de paradigma em relação ao conceito – social e constitucional – de família. A família passa a ser protegida não como um “bem em si”, mas como meio para que as pessoas possam se realizar, o que independe da configuração de família adotada. Entretanto, como se verá, o Código Civil de 2002 não foi capaz de acompanhar essa evolução no tratamento do regime sucessório aplicável aos companheiros e aos cônjuges. 21. Após a Constituição de 1988 e antes da edição do CC/2002, o regime jurídico da união estável foi objeto de duas leis específicas, as Leis nº 8.971, de 29.12.1994 e nº 9.278, de 10.02.1996. A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916/1314, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um herdeiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada diferia daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro necessário no CC/1916. 22. A diferença entre os dois regimes sucessórios era basicamente a ausência de direito real de habitação para o companheiro. Tal direito era concedido somente aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal, apenas enquanto permanecessem viúvos, e, ainda assim, só incidia sobre o imóvel residencial da família que fosse o único daquela natureza a inventariar¹⁵. Porém, logo essa diferença foi suprimida. A Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros¹⁶. E o fez sem exigir o regime de comunhão universal de bens, nem que o imóvel residencial fosse o único de tal natureza. Ou seja, a legislação existente até a entrada em vigor

do Código Civil de 2002 previa um regime jurídico sucessório até mesmo mais favorável ao 13 Lei nº 8.971/1994, art. 2º: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições: (...) III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.” 14 CC/1916, art. 1611: “Na falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.” 15 Veja-se: CC/1916, art. 1611, §2º: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.” 16 Lei nº 9.278/1996, art. 7º, 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.” 10 companheiro do que ao cônjuge¹⁷ - 18. 23. As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente concretizando aquilo que a CF/1988 já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna. Conforme já adiantado, o Direito Sucessório brasileiro funda-se na noção de que a continuidade patrimonial é fator fundamental para a proteção, para a coesão e para a perpetuação da família. I. 2. A desequiparação de regimes sucessórios trazida pelo art. 1790 do CC/2002 24. 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 companheiro¹⁹. 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 companheira²⁰. 25. Além disso, o CC/2002 não previu direito real de habitação para o companheiro, embora o tenha feito para o cônjuge (art.

1.831, CC/2002). Passou-se, então, a debater se o companheiro ainda teria esse direito com base na Lei nº 9.278/1996 ou se ele teria sido revogado pelo novo Código Civil. O mais curioso é que, relativamente ao direito real de habitação do cônjuge, o CC/2002 incorporou os requisitos mais brandos que a Lei nº 9.278/96 previa para as uniões estáveis. Ou seja, melhorou a situação do cônjuge, dando a ele os direitos atribuídos ao companheiro, mas nada disse em relação a este último.

26. O grande marco na involução na proteção do companheiro foi, porém, o art. 17 Zeno Veloso, Novo código civil: sucessão dos cônjuges. Revista do Advogado, São Paulo, n. 98, p. 237-238, 2008. 18 Essa discrepância despertou inúmeras críticas da doutrina, que não via razoabilidade na medida. Sobre o tema, v. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. In: Revista Brasileira de Direito de Família, ano III, nº 12, p. 68, jan.-mar./2002. 19 Art. 1845. Herdeiros necessários são descendentes, ascendentes e cônjuges. 20 A herança não se confunde, é claro, com a meação, que corresponde à metade do patrimônio comum do casal, a que faz jus o cônjuge ou o companheiro, a depender do regime de bens adotado. 11 1.790 do CC/2002, questionado nesta ação direta, que dispôs sobre o regime da sucessão legítima nas uniões estáveis de forma diversa do regime geral previsto no art. 1.829 do mesmo Código em relação ao cônjuge. Veja-se a redação de ambos os dispositivos: Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. I. 3. Principais diferenças entre os regimes sucessórios de cônjuge e companheiro no novo Código Civil 27. Da leitura conjunta desses artigos do Código Civil, a primeira diferença que se nota é que o novo

regramento restringe a participação hereditária do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em relação aos quais o companheiro já possuía meação. A regra de que o companheiro só é herdeiro quando for meeiro não possui qualquer similar no regime sucessório do cônjuge, e, além disso, não se coaduna com a ideia de proteção do regime sucessório, já que, em relação a esses bens, o companheiro já teria direito à meação. Por outro lado, o caput do art. 1.790 do CC/2002 exclui da sucessão qualquer bem adquirido gratuitamente pelo falecido, assim como qualquer bem adquirido onerosamente em período anterior à vigência da união estável. 28. A segunda diferença entre as ordens de vocação hereditária nos dois regimes é que, em regra, quando o companheiro tem direito à sucessão, seu quinhão é muito inferior ao 12 que lhe seria conferido caso fosse casado com o falecido. Nesse ponto particular, a situação dos presentes autos é simbólica. No caso concreto, a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, até que seu companheiro veio a falecer. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Pelo regramento do CC/2002, em referida hipótese, a companheira recebe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união, enquanto os irmãos recebem todos os demais bens. No entanto, se, diversamente, a recorrente fosse casada com o falecido, ela teria direito a todo o monte sucessório. 29. De forma ainda mais contrária à lógica do Direito das Sucessões, a distribuição citada acima seria a mesma, caso, ao invés de irmãos, o falecido houvesse deixado apenas um tio-avô, um primo, ou um sobrinho-neto. Esses receberiam todos os bens adquiridos gratuitamente, todos os adquiridos antes da união estável, e mais dois terços daqueles adquiridos onerosamente durante a união estável. É que, nos termos do Código Civil, os colaterais até o quarto grau são parentes sucessíveis (art. 1.729, III c/c art. 1.839). Acerca dessa escolha legislativa, vale destacar a fina percepção de Zeno Veloso: “A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo animus de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária”. 21 30. Nesse panorama, é possível constatar a discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite. O CC/2002 confere amplos

recursos para que o cônjuge remanescente consiga levar adiante sua vida de forma digna, em um momento em que estará psicológica e economicamente mais vulnerável, mas, na maior parte dos casos, trata de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente, como se este fosse merecedor de menor proteção. 31. Porém, o regime sucessório traçado pelo Código Civil de 2002 nem sempre privilegia o casamento em relação à união estável. Mesmo que esta não tenha sido a intenção do legislador, a literalidade do texto dá ensejo a que, em algumas circunstâncias, os 21 Zeno Veloso, Do direito sucessório dos companheiros. In: Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), Direito de família e o novo código civil, 2005, p. 249. 13 companheiros passam a ter mais direitos que os cônjuges na sucessão. Um exemplo pode facilitar a demonstração. Imagine-se uma situação em que o *de cujus* tenha deixado descendentes comuns, que todo o seu patrimônio tenha sido adquirido onerosamente durante a vigência da união estável (sem deixar bens particulares), e que o regime de bens entre os companheiros seja o da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial. Nessa hipótese, o companheiro teria direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho comum (art. 1.790, I). No entanto, caso fossem casados, o cônjuge supérstite não teria direito a participar da sucessão (art. 1.829, I), e, logo, não herdaria nada. 32. O exemplo serve para demonstrar que, ainda que o propósito do legislador fosse a de colocar o casamento em um patamar hierárquico superior ao da união estável, a grande complexidade e variedade de regimes e situações constantes do art. 1.790 do CC/2002 fez com que tal objetivo se perdesse pelo caminho. Hoje, a distinção de regimes sucessórios estabelecida pelo CC/2002 desprotege o companheiro em inúmeras situações, retirando-lhe direitos que já haviam sido conferidos por lei, ao mesmo tempo em que, em outras situações, privilegia a união estável, protegendo o companheiro, mesmo que involuntariamente, de forma mais intensa que o cônjuge. 33. É preciso, então, verificar se essa diferenciação de regimes jurídicos sucessórios tem algum amparo constitucional ou se, ao contrário, viola os direitos e garantias previstos na Constituição Federal. II. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL ENTRE AS FORMAS DE FAMÍLIA II. 1. As famílias na Constituição 34. A Constituição de 1988, em seu artigo 226, caput, dispõe, genericamente, que “a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado”. Nos parágrafos seguintes, o texto constitucional confere previsão expressa a três categorias de organização familiar: o casamento

(§§ 2º e 3º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º), nos seguintes termos: 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. 14 § 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. 35. 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. 36. 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. II. 2. Demonstração da ilegitimidade da hierarquização das formas de família 37. Os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático – podem auxiliar na solução desta matéria. Examina-se, em primeiro lugar, a interpretação semântica, também referida como gramatical, literal ou filológica. Trata-se do ponto de partida do intérprete, sempre que exista uma norma expressa acerca da questão que lhe caiba resolver. Embora, naturalmente, o espírito e os fins da norma sejam mais importantes que a sua literalidade, é fora de dúvida que os sentidos mínimo e máximo das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete. Pois bem: a norma aqui analisada estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor desta proteção. Veja-se: o texto do art. 226, seja

em seu caput, seja em seu § 3º, não traça qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal. Se o 15 texto constitucional não hierarquizou as famílias para tais objetivos, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo. 38. Em segundo lugar, a interpretação teleológica reforça a inexistência de hierarquia entre ambas as formas de constituição familiar. A interpretação teleológica tem como objetivo a realização dos fins previstos na norma, a concretização, no mundo dos fatos, do propósito abrigado na Constituição. Quais seriam, então, os fins visados pelo art. 226? Parece inequívoco que a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros. Como já se expôs, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam. Todos os indivíduos, sejam eles cônjuges ou companheiros, têm direito a igual proteção legal. 39. Em terceiro lugar, a interpretação histórica do dispositivo constitucional aponta para o mesmo resultado. A partir dos anais da Constituinte de 1987/1988, percebe-se que a inspiração da norma do art. 226 da CF/1988 foi inclusiva, e não segregativa²². Não se buscou dividir as famílias em classes de primeira e segunda ordem. Muito pelo contrário, o objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes de fato na sociedade, mas juridicamente desamparadas até então. Tudo isso com o objetivo de assegurar que todos possam ser igualmente respeitados e protegidos, independentemente da formalização de suas uniões pelo matrimônio. Nesse sentido, a defesa de uma hierarquia entre casamento e união estável vai de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva. 40. Por fim, a interpretação sistemática traz uma importante contribuição para a análise do ponto. Como se sabe, o sistema constitucional, como qualquer outro, pressupõe unidade e harmonia. A interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias. No caso em exame, cabe verificar as

interações 22 Para um estudo dos anais do processo constituinte acerca da norma contida no art. 226 da CF/88, v. http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/oprocesso-constituente. 16 entre o caput e os parágrafos do art. 226, bem como de outros dispositivos constitucionais que tratam dos papéis da família. 41. 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. II. 3. Situações de desequiparação legítima entre formas de família 42. Assim, a partir da ideia de que o legislador pode adotar regimes jurídicos diversos para o casamento e a união estável, torna-se necessário separar as situações em que a diferenciação de regimes jurídicos é feita de forma legítima daquelas em que é feita de forma arbitrária. Essa é uma questão importante, pois, para parcela da doutrina e da jurisprudência, o fato de o texto constitucional prestigiar a facilitação da conversão da união estável em casamento significa que o constituinte conferiu um tratamento privilegiado às uniões matrimoniais. Segundo esse entendimento, tal privilégio autorizaria o legislador a instituir, de forma legítima, regimes jurídicos diversos para as duas entidades familiares, inclusive quanto à questão sucessória²³. 43. Essa, porém, não parece ser a leitura mais adequada do texto constitucional. Como já se disse, é possível extrair da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988 (e.g., arts. 205, 226, §7º, 227, 230), a noção de funcionalização da família, que aponta o seu caráter instrumental em prol da dignidade e da realização existencial 23 Gustavo Tepedino. A disciplina civil-

constitucional das relações familiares. In: Vicente Barreto (Org.). A nova família: problemas e perspectivas, 1997, pp. 58-59. 17 de seus membros. Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados. Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra. 44. Por outro lado, se a diferenciação entre os regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar, tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável. O casamento é um instituto formal, solene, e permite às partes comprovarem o estado civil de casadas com a mera exibição da certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência. Na verdade, duas pessoas poderiam se conhecer e se casar em período de tempo muito curto, e não haveria qualquer questionamento quanto ao estado civil de ambas. Da mesma forma, se os cônjuges entenderem que não há mais razões para o casamento perdurar, é preciso que passem por um procedimento igualmente formal e solene, ao fim do qual poderão exibir uma certidão que comprove o novo estado civil. 45. Diferentemente, a união estável pressupõe (como demonstra o próprio nome) que as partes estejam em uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade de constituição de família. Este último elemento é o traço que a distingue, por exemplo, de outros tipos de relações amorosas informais. No entanto, não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É verdade que as partes podem comparecer a um cartório e registrar sua existência, mas esse registro será declaratório, e não constitutivo. Se a união estável existir, seu registro apenas refletirá um fato anterior. Já se não houver verdadeiramente uma união estável, o registro não passará de uma declaração falsa, pois não servirá para criá-la. 46. É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica. A união estável depende da verificação de uma situação de fato. Não há um documento único que a constitua e que sirva de prova definitiva.

Consequentemente, para todos os terceiros que se relacionam com os companheiros, e para a sociedade em geral, há um nível menor de segurança. Imagine-se o caso de um particular que deseja adquirir um imóvel de outro, que esteja registrado apenas no nome do vendedor. Não será possível ao comprador, por exemplo, saber se o vendedor vive em união estável, nem se 18 o imóvel foi adquirido onerosamente durante a vigência da referida união, o que poderá gerar futuros riscos de questionamento da operação por parte de eventual companheira.

47. E a citada insegurança afeta também a Administração Pública em diversas situações. Uma delas, muito comum, é representada por um significativo número de processos judiciais em que, com o intuito de obter benefício previdenciário, a parte requerente busca comprovar a existência de uma união estável com o segurado falecido. Mais recentemente, mesmo na ausência de lei específica, alguns entes públicos passaram a estender aos servidores em união estável direitos de servidores casados, exigindo, porém, requisitos diferenciados que permitam aferir com um mínimo de segurança a existência da união estável, como o registro da união em cartório²⁴. Como se vê, a exigência de documentos que comprovem a existência de união estável não configura hierarquização entre tipos de família, pois decorre naturalmente das peculiaridades da entidade familiar. Tampouco representa distinção no grau de proteção estatal ao indivíduo, pois não confere a este menos direitos unicamente em razão de integrar uma ou outra forma de constituição de família.

48. 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. No julgamento da mencionada ADPF 132, o Min. Luiz Fux sintetizou o ponto com precisão: “Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, v.g., o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com

terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.” 49. Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é 24 É o caso, por exemplo, do deferimento de licença-gala para servidores que formalizam união estável quando a legislação apenas prevê o benefício na hipótese de casamento. 19 inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro. III. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE E VEDAÇÃO AO RETROCESSO III. 1. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana 50. Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁵. No caso da previsão de um regime sucessório diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações. 51. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração²⁶. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiante de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar. 52. Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de

buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A 25

Luís Roberto Barroso, "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais*, vol. 919, p. 127, maio/2012. 26

Ronald Dworkin, *The sovereign virtue: the theory and practice of equality*, 2002, p. 1-7. 20

autonomia privada consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. Trata-se de uma questão que toca a intimidade de cada indivíduo, de sua vontade de seguir (ou não) tradições, crenças e sonhos, e de viver sua união segundo a sua própria concepção de vida boa. Porém, quando o Código Civil cria regimes sucessórios diversos para os casais casados e para os que vivem em união estável, restringe-se inequivocamente a autonomia de optar por um ou outro regime. Considerando-se que, na quase totalidade dos casos, o companheiro terá menos direitos sucessórios em relação ao cônjuge, o ordenamento jurídico impõe um ônus maior às famílias em união estável. Assim, acaba-se induzindo quem deseja viver em união estável a adotar o modelo do casamento, por receio de que seus parceiros não venham a fazer jus ao regime sucessório devido. 53. Não há que se falar aqui que a diferença de regimes sucessórios decorreria da própria autonomia da vontade, já que conferiria aos indivíduos a possibilidade de escolher o sistema normativo (casamento ou união estável) que melhor se ajusta aos projetos de vida de cada um. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade de opção entre um e outro tipo de entidade familiar, e não entre um e outro regime sucessório. Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1988. 54. Em verdade, a ideia de se prever em lei um regime sucessório impositivo parte justamente da concepção de que, independentemente da vontade do indivíduo em vida, o Estado deve fazer com que ao menos uma parcela de seu patrimônio seja

distribuída aos familiares mais próximos no momento de sua morte, de modo a garantir meios de sustento para o núcleo familiar. E não faz sentido desproteger o companheiro na sucessão legítima apenas porque não optou pelo casamento. O fato de as uniões estáveis ocorrerem com maior frequência justamente nas classes menos favorecidas e esclarecidas da população apenas reforça o argumento da impossibilidade de distinguir tais regimes sucessórios, sob pena de prejudicar justamente aqueles que mais precisam da proteção estatal e sucessória. 55. Diante do exposto, conclui-se que a diferenciação entre os regimes sucessórios 21 do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na dimensão do valor intrínseco, quanto na dimensão da autonomia. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo artigo 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente²⁷. III. 2. Violação ao princípio da proporcionalidade 56. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais²⁸. 57. No caso em discussão, a violação à proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é bastante evidente. Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto²⁹. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência 27 Sobre o tema, ver: Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto,

Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, 2014, p. 482 e sgs; Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2015. 28 Nesse sentido, vejamos: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Enrique Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio. 29 A proteção insuficiente de determinado direito ou princípio constitucional é apurada através da aplicação dos subprincípios da princípio da proporcionalidade, devendo-se verificar, no caso concreto, “(a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).” (Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho, 2014, p. 481) 22 constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido. III. 3. Violação ao princípio da vedação do retrocesso 58. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso³⁰. Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor. 59. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Isso limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder

Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial. 60. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 30 Sobre o tema, ver: Christian Courtis (org.), Niunpaso atrás: La prohibición de regresividad material de derechossociales, 2006; Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípio no direito brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003, p. 370. Felipe Derbli, Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988, In: A reconstrução democrática do direito público no Brasil, 2007; Ingo Wolfgang Sarlet. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 15, set.-nov./2008. 23 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988. 61. Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. No que concerne a essa involução, convém destacar que a proposta de redação originária do artigo do CC/2002 que versava sobre regime sucessório foi elaborada em 1985, antes mesmo da edição da Constituição de 1988. Embora tenham transcorrido mais de quinze anos entre o projeto original da norma sobre o regime sucessório dos companheiros e a efetiva promulgação do Código Civil (em 2002), a proposta permaneceu praticamente inalterada. Não foram consideradas em sua elaboração nem a completa alteração dos paradigmas familiares pela nova

Constituição, nem a igualação dos regimes sucessórios de cônjuges e companheiros pelas leis posteriores. Nesse sentido, veja-se que o relatório geral da Comissão Especial do Código Civil apontou uma preferência expressa pelo instituto do matrimônio como fundamento do regime sucessório dos companheiros aprovado pelo CC/2002: “As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio -- quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. (...) Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável” 62. Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias 31 Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil. Parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que instituiu o Código Civil. Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza, volume 1, p. 44. V. http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. 24 constituídas por união estável. O regime sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção. 63. Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso. Parte III A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA I. O EXAME DO CASO CONCRETO 64. Fixadas as premissas jurídicas que devem orientar a análise de qualquer situação em que esteja em jogo o regime sucessório entre companheiros, é possível alcançar a solução para o caso versado no presente

recurso. A decisão impugnada aplicou o texto literal do art. 1.790 do CC/2002, de modo que à companheira do falecido apenas foi reconhecido o direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O restante do patrimônio foi conferido aos três irmãos do falecido. 65. No entanto, como se demonstrou anteriormente, a redação do art. 1.790 do CC/2002 não encontra amparo na Constituição de 1988. Trata-se de norma discriminatória e anacrônica, que busca hierarquizar entidades familiares de diferentes tipos, em violação à igualdade entre as famílias e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. No caso dos autos, tal dispositivo produz como resultado a redução da proteção sucessória da companheira unicamente em razão da não conversão de sua união em casamento. Conseqüentemente, a decisão recorrida (assim como qualquer decisão que se fundamente na regra do art. 1.790 do CC/2002) merece reparo. 66. É preciso, no entanto, esclarecer qual regramento é aplicável para reger a sucessão dos companheiros, tendo em vista a exclusão do art. 1.790 do mundo jurídico. Nesse ponto, duas alternativas poderiam ser aventadas. A primeira delas parte da ideia de que, 25 retirada a validade da norma pela declaração de sua inconstitucionalidade, as relações jurídicas devem ser regidas pela norma anteriormente existente, que supostamente havia sido retirada do ordenamento pela norma declarada inválida. Na presente hipótese, isso significaria restabelecer a validade do regime estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. Já a segunda alternativa se funda na concepção de que se deve garantir regimes sucessórios iguais a cônjuges e companheiros, de modo a não promover uma diferenciação ilegítima dessas duas formas de constituição familiar. Como resultado, no caso, o regime estabelecido pelo próprio CC/2002 para os cônjuges seria estendido aos companheiros. 67. A solução mais acertada é justamente esta última. Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regramento sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente. Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes

sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002. 68. Por fim, é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública. CONCLUSÃO 26 69. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. 70. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” É como voto.