



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ÉRIKA DANIELA FREITAS SILVA

**EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COM O
CASAMENTO**

**CAMPINA GRANDE
2019**

ÉRIKA DANIELA FREITAS SILVA

**EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COM O
CASAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharela em Direito

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof.^a Adriana Torres Alves

**CAMPINA GRANDE
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586e Silva, Erika Daniela Freitas.
Efeitos jurídicos da equiparação da união estável com o casamento [manuscrito] / Erika Daniela Freitas Silva. - 2019.
25 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.
"Orientação : Profa. Dra. Adriana Torres Alves , Departamento de Direito Público - CCJ."
1. União estável. 2. Casamento. 3. Equiparação jurídica. 4. Direito sucessório. I. Título

21. ed. CDD 346.015

ÉRIKA DANIELA FREITAS SILVA


EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COM O
CASAMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharela em Direito


Área de concentração: Direito Civil

Aprovada em: 18/06/2019


BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Adriana Torres Alves (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Raíssa de Lima Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico à minha família, pelo apoio, afeto e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, que durante todas as dificuldades foi meu refúgio. Aquele que possibilitou que tudo convergisse para a realização do que está acontecendo na minha vida, a minha fé que por vezes falha, me guiou.

Aos familiares responsáveis pelo apoio depositado, a motivação e toda base psicológica e afetiva a que me sustenta. Em especial aos meus irmãos, Andreia e Danylo, que são minha alegria. Ao meus pais, cuja persistência me ensina todos os dias a não desistir.

Aos meus colegas de curso, Juliana, Henrique, Rebecca, Amanda, Izamara, Micaelle e Renata, pela leveza que trouxeram aos dias pesados na universidade, pela brilhante jornada acadêmica e profissional que estão trilhando, posso afirmar que encontrei verdadeiros amigos nesta turma. Aos queridos colegas do estágio na Procuradoria Seccional Federal-AGU, em especial Sibelle, pelas conversas, risadas, por compartilhar nossos medos e sonhar com o futuro, pelos conselhos, pelos muitos trabalhos divididos, minha gratidão e a certeza da amizade que restará após o fim do estágio.

Ao meu namorado Carlos Júnior, que me apoiou em todos os momentos, inclusive nos fracassos que enfrentei pelo caminho, não me deixou desistir e compreendeu todas as aflições, me incentivou todos os dias e foi compreensível em todos os momentos.

Por fim aos queridos professores em especial a minha orientadora Adriana Torres, pela dedicação ao ensino de diversas matérias ao longo dos mais de cinco anos do bacharelado, entre elas as disciplinas de direito de família e direito de sucessões, despertando em mim o interesse pela matéria e posterior escolha do tema para este trabalho de conclusão de curso. Também aos professores que compuseram a banca examinadora, Amilton de França e Raïssa Melo, pela disponibilidade, compreensão e ensinamentos.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 | BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DAS RELAÇÕES CONJUGAIS NO BRASIL..... | 9 |
| 2.1 | Do concubinato puro a união estável..... | 10 |
| 2.2 | O concubinato no ordenamento jurídico brasileiro | 11 |
| 2.3 | As leis que regulamentaram a união estável antes do novo Código Civil | 12 |
| 3 | O RETROCESSO DO TEMA NO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... | 13 |
| 3.1 | As uniões estáveis homoafetivas | 16 |
| 4 | PROCESSO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE | 17 |
| 4.1 | As modificações no direito sucessório..... | 21 |
| 5. | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 23 |
| | REFERÊNCIAS | 24 |

EFEITOS JURÍDICOS DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COM O CASAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Érika Daniela Freitas Silva¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar os efeitos jurídicos causados pela declaração de inconstitucionalidade sofrida pelo artigo 1790 do Código Civil, pelo Supremo Tribunal Federal, por ferir os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente, da vedação ao retrocesso, afetividade e liberdade de constituir família, assim como as implicações resultantes no âmbito patrimonial, principalmente as alterações ocorridas no Direito Sucessório. Sob a ótica do direito de família, observando esta nova perspectiva, de equiparação da união estável com o casamento civil, deve-se analisar como tal mudança afetará a compreensão jurídica desse tema. Desta forma o presente artigo busca analisar os efeitos jurídicos da equiparação da união estável com o casamento no direito sucessório, de maneira que se possa refletir acerca das relações conjugas na sociedade brasileira assim como conhecer como o ordenamento jurídico brasileiro trata as uniões que não derivam do casamento. Para tanto, faz-se o uso do método dedutivo, apresentando conclusões a partir das premissas colhidas através de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. O novo entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal consolida e torna mais próxima a situação de fato em que vivemos, das diversas modalidades de família, com o ordenamento jurídico nacional e a Constituição Federal de 1988. A realidade social brasileira, constituída por uma gama de novos tipos de família, que por muito tempo foram tratadas de maneira exclusiva e desigual, devido a diferenciação entre casamento e união estável pelo Código Civil brasileiro, demonstrava desacordo principiológico com a sociedade moderna cujos princípios inspiram a premissas tais quais a igualdade social e a dignidade da pessoa humana. Deste modo, a discussão do assunto faz-se necessária para trazer os reflexos desta decisão nas questões jurídicas em curso e as que virão, aplicando-se as decisões, este novo entendimento.

Palavras-chave: União estável. Casamento. Equiparação jurídica. Direito sucessório.

LEGAL EFFECTS OF THE STABLE UNION'S EQUIPMENT WITH MARRIAGE IN THE SUCCESSORY LAW

ABSTRACT

This article aims to analyze the legal effects caused by the declaration of unconstitutionality suffered by Article 1790 of the Civil Code, by the Federal Supreme Court, for violating the constitutional principles of human dignity, equality, proportionality in the modality of prohibition of deficient protection, the prohibition of retrocession, affectivity and freedom to constitute a family, as well as the resulting implications in the patrimonial sphere, especially

¹ Graduanda em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: erikafreitas@gmail.com

the changes that have occurred in the Succession Law. From the standpoint of family law, looking at this new perspective, from equating the stable union with civil marriage, one must analyze how such a change will affect the legal understanding of this issue. In this way, the present article seeks to analyze the legal effects of the equation of the stable union with the marriage in the inheritance law, so that one can reflect on the conjugal relations in the Brazilian society as well as know how the Brazilian legal system treats the unions that do not derive from the marriage. To do so, the deductive method is used, presenting conclusions based on the assumptions collected through bibliographical, legislative and jurisprudential research. The new understanding established by the Federal Supreme Court consolidates and brings closer to the actual situation in which we live, from the different types of family, to the national legal system and the Federal Constitution of 1988. The Brazilian social reality, constituted by a range of new types of family, which for a long time were treated in an exclusive and unequal manner, due to the differentiation between marriage and stable union by the Brazilian Civil Code, showed a lack of agreement with the modern society whose principles inspire the premises such as social equality and the dignity of human person. In this way, the discussion of the subject is necessary to bring the reflexes of this decision on the legal issues in course and those that will come, applying the decisions, this new understanding.

Keywords: Stable union. Marriage. Legal equality. Successory Law.

1 INTRODUÇÃO

Surgido desde as antigas sociedades poligâmicas, mas perpetuado nos moldes dos dias atuais como primórdios da união estável no direito romano, o chamado concubinato se dava quando patrícios e plebeus, impedidos de se casarem formalmente, uniam-se de forma extramatrimonial. Existia coabitação e o nascimento de filhos. Entre os gregos, a ideia de concubinato era aceita inclusive tendo um pequeno respaldo nas leis da época. A igreja católica por sua vez, condenava com excomunhão este tipo de comportamento. Foi considerado por muito tempo um tipo inferior de união. Os filhos desta união só passaram a ser legitimados quando era transformado o concubinato em casamento. Por muito tempo, perpetuou-se a má fama do termo concubina, e que em parte, persiste até os dias de hoje.

A França foi pioneira ao analisar as causas envolvendo as concubinas que pleiteavam algum tipo de direito patrimonial tendo como marco inicial na proteção dos direitos das concubinas o julgado no tribunal de Rennes no ano de 1883 na França, que garantiu a concubina o direito parte dos bens deixados pelo concubino morto. A decisão pautou-se na ideia de que sem nada a reclamar que se prendesse a vida concubinária, a viúva alegou haver entrado com bens próprios para a formação do acervo do companheiro falecido. Não podendo firmar-se inteiramente na prova por ela apresentada, o tribunal admitiu os elementos fornecidos como elemento probatório supletivo e mandou pagar-lhe a quarta parte dos bens deixados pelo morto, a título de serviços prestados e da contribuição de seus bens no acervo comum. Desde este fato, os Tribunais franceses passaram a considerar os também os direitos das concubinas nas questões patrimoniais, tornando assim a jurisprudência francesa um referencial.

Em 1910 ocorreu o reconhecimento do direito à proteção da concubina mediante pagamento para que esta tivesse condições financeiras suficientes para sobreviver no caso de dissolução do concubinato e, em 1912, a promulgação da primeira lei visando tal proteção.

Hoje, há uma separação do termo concubinato em puro e impuro: aquele chamado de puro, é genuinamente o que denomina-se União Estável e que será estudado no presente artigo, sendo este um contrato firmado entre duas pessoas, independente do sexo de ambos, que vivem em relação de convivência duradoura e estabilizada, e com o intuito de formar um núcleo familiar não sendo delimitado um tempo mínimo de convivência para que seja requerida a união estável, as partes são chamadas de companheiro ou companheira. Já o concubinato impuro é aquele que apresenta algum vício que impediria o casamento civil, seja por questão matrimonial de pelo menos um dos companheiros que esteja casado civilmente com outra pessoa, chamado concubinato adúltero. Ou o impedimento decorre do parentesco próximo entre os concubinos, chamado concubinato incestuoso.

Um dos maiores avanços recentes para o direito brasileiro, foi o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, em sua totalidade de votos, ao reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, decorrendo o direito de ser reconhecida a união estável destes. Tal decisão além de um marco social para o país, foi argumento fundamental para a discussão da equiparação da união estável com o casamento.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral compreender os efeitos da equiparação da união estável com o casamento no direito sucessório brasileiro. Para isto, inicia-se por observar as relações conjugais que compõe a sociedade brasileira e verificar como o ordenamento jurídico nacional editou e revogou leis em consonância com as fases por qual passou a sociedade, desde o início da colonização, observando os diversos tipos de famílias existentes, e as inovações tendentes a sobrepor o afeto e o companheirismo as questões patrimoniais.

A declaração de Inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 trouxe o debate acerca da participação dos companheiros que vivem em união estável na sucessão, o modo que o companheiro sobrevivente participará na divisão da herança, haja vista que era

estabelecido antes da declaração de inconstitucionalidade do artigo que para isto, os bens tenham sido adquiridos de forma onerosa na constância da união estável. Portanto os bens adquiridos de forma gratuita, por doação ou por sucessão não eram parte dos bens, sendo comunicáveis apenas os que forem adquiridos na constância da União Estável. Tal determinação era incompatível com a proteção dada àqueles que eram casados civilmente.

Desta forma o presente artigo busca analisar os efeitos jurídicos da equiparação da união estável com o casamento no direito sucessório, de maneira que se possa refletir acerca das relações conjugais na sociedade brasileira, assim como conhecer como o ordenamento jurídico brasileiro trata as uniões que não derivam do casamento.

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DAS RELAÇÕES CONJUGAIS NO BRASIL

No Brasil, as constituições que vigoraram, inclusive a de 1988 e excetuando-se a de 1976, não consideravam como família aquelas que não se constituíam a partir do casamento. Para estas uniões não derivadas do casamento civil e/ou religioso, não eram fixados qualquer tipo de proteção legal quanto ao direito patrimonial, sucessório, alimentício, entre outros direitos.

O concubinato que sempre foi ligado a ideia de adultério, por ter sido originariamente praticado por sociedades poligâmicas, cujos homens possuíam, além de suas esposas, as suas concubinas. A má fama do termo perpetuou-se, e uma confusão acerca dos termos concubinato puro e adúlterino gerou certa exclusão tanto pela sociedade, quanto pelas leis.

Na época do Brasil colônia, a prática do concubinato do tipo adúlterino foi bastante comum uma vez que formaram-se muitas famílias de colonos e nativos, pois grande parte das mulheres portuguesas só vieram chegar na Colônia cerca de meia década depois, se deparando com relações extraconjugais e filhos havidos daquela nova união e que levou a repulsa e marginalização da sociedade e da igreja para com as concubinas e filhos bastardos, refletindo desta forma no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que as normas acompanham a consciência coletiva da época. É fato que esta hibridização de colonos com as nativas foi a responsável inicial pela interiorização e povoamento do Brasil, demonstrando que vivemos hoje num país que é fruto também destas uniões não estabelecidas pelo casamento civil.

Quanto ao regime sucessório, este se vincula ao conceito de família, haja vista que em decorrência da forte interferência religiosa, já citada, em nosso país o conceito jurídico de família sempre esteve fortemente ligado ao casamento. O objetivo principal do casamento além das questões afetivas, era a proteção ao patrimônio. Para isso, todas as Constituições anteriores a de 1988, trataram do tema de forma a se entender que a família legítima era aquela formada a partir do casamento, refletindo em todo ordenamento tais premissas.

A família formada a partir do casamento tinha natureza de um ente autônomo tutelado pelo Estado, ainda que contra a vontade dos indivíduos, o que explica a indissolubilidade do casamento na redação originária do Código Civil de 1916, havia apenas a possibilidade de desquite que impedia o novo matrimônio. Somente com a Emenda Constitucional nº 09 de 1977 que passou a admitir a possibilidade de separação judicial e divórcio.

Os filhos havidos fora do casamento, fruto de relações adúlteras ou incestuosas não poderiam ser reconhecidos por expressa fundamentação legal e deste modo não possuíam a devida proteção legal ao qual era dispensada aos filhos nascidos no casamento.

Somente a partir do fim do século XX, iniciou-se uma evolução gradual acerca do reconhecimento dos diversos modelos de família, uma vez que grande parte da população já integrava de fato estes novos modelos, embora não houvesse reconhecimento jurídico adequado.

2.1 DO CONCUBINATO PURO A UNIÃO ESTÁVEL

Com o estabelecimento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, instituiu-se o termo união estável. Logo a doutrina aboliu o conceito antigo de concubinato puro e passou utilizar a nova denominação. Esta se constitui como sendo entidade familiar compreendida como a união entre o homem e a mulher com o objetivo de constituição de família, a qual a constituição garantiu que deve facilitar, quando assim desejado, a sua conversão em casamento.

Após esta modificação terminológica, quando a lei se refere ao concubinato é para tratá-lo como união espúria, adulterina, aquela relação simultânea, paralela a uma outra união com status de entidade familiar protegidas pelo nosso direito.

Nas palavras de Lisboa (2010, p.182), o concubinato consolidado ou puro, por não possuir impedimentos é a genuína união estável, nos termos preceituados pela CF/88. O Autor afirma ainda que, o concubinato impuro ou espúrio é aquele efetivado entre pessoas de sexos diferentes, de forma estável, porém com algum impedimento para a realização do casamento civil (2010, p.183)

O concubinato impuro ainda pode ser classificado em concubinato adulterino, quando decorrente de impedimento matrimonial de um dos concubinos, que se encontra em união estável ou casado civilmente com outra pessoa; e concubinato incestuoso, decorrente do impedimento matrimonial causado pelo parentesco próximo entre os concubinos.

De uma forma geral o legislador brasileiro tratou o concubinato de maneira muito restritiva, impondo-lhe uma série de sanções, que só começaram a ser abrandadas pela doutrina e pela jurisprudência no início dos anos sessenta, quando se começou a admitir o reconhecimento de direitos patrimoniais advindo de relações estáveis mantidas entre pessoas de sexo diferente, desde que não compusesse adultério.

Na década de 1970, a Lei nº 6.51 de 1977, conhecida como a lei do divórcio, juntamente com a norma existente no art. 57, § 2º da lei dos Registros Públicos – Lei nº 6.015/73 – passaram a admitir que a companheira de homem solteiro pudesse desfrutar do direito de utilizar-se do patronímico do companheiro. Desde então a doutrina, atenta ao crescimento do número de uniões de casais sem o registro matrimonial, verifica que um perfil que diferenciava a figura do concubinato daquela outra, a qual denominava companheirismo.

No primeiro caso estariam as pessoas que mantinham relacionamento afetivo e sexual periódico e fora do lar conjugal, ou seja, estariam os concubinos em uma situação de adultério, face ao impedimento de um ou de ambos os concubinos para contrair núpcias. No segundo caso, tratar-se-ia da hipótese de relações afetivas e sexuais mantidas por pessoas sem impedimento para o matrimônio de forma estável e pública. Tendo em vista que o número de casais vivendo nestas condições era cada vez maior, o direito passou a se preocupar com as consequências jurídicas desses relacionamentos, em especial no que diz respeito à formação do patrimônio comum e sua sucessão, tanto Inter vivos, por ocasião do fim da união, como também em razão do falecimento de um dos companheiros.

Até 1988 a jurisprudência formada pelos tribunais do Brasil, assim como a proveniente do Supremo Tribunal Federal, entendia que a simples situação de convivência, ainda que pública e notória e sob o mesmo teto, não seria suficiente para que fosse reconhecido o direito da concubina à parte do patrimônio amealhado ao longo da convivência. Além da união estável, deveria a concubina demonstrar que havia constituído com o convivente uma verdadeira sociedade de fato, onde a prova da existência do esforço comum para a formação do patrimônio reclamado era fundamental para o deferimento do direito postulado.

Tal entendimento impulsionou a criação da Súmula 380 do STF, oriunda de reiteradas decisões daquela Corte e que assim dispunha: "Comprovada a existência da sociedade de fato

entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

Três situações específicas no tocante aos eventuais direitos das concubinas foram estabelecidas. A primeira é referente a da companheira que teria desenvolvido com o outro uma sociedade de fato, além da convivência, despendendo esforços na formação do patrimônio, ensejando a aplicação da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, para a solução do direito patrimonial decorrente desta situação jurídica. A segunda situação, é aquela que a pessoa pertencente a uma união estável, apesar de não contribuir na formação direta do patrimônio durante a convivência, prestou serviços domésticos ao companheiro, sendo compensado pelo esforço realizado. Por fim, estava estabelecido que a companheira que somente teria participado afetivamente da relação, não integrando esforços para a formação do patrimônio, estando interessada somente na pretensão à meação não teria direitos.

Um dos críticos de tal equiparação, foi o Professor Washington de Barros Monteiro, que se posiciona desta forma:

"De concessão em concessão, chegar-se-á ao aniquilamento da família legítima; nada mais a separará da ilegítima. De se lembrar aqui a prudente advertência de Plínio Barreto: há uma luta contínua entre as duas instituições, a legal e a ilegal, ensaiando esta (o concubinato) os mais variados meios de ação para reduzir o domínio daquela (o matrimônio). Ora, quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio."(MONTEIRO, 1997, p.34)

Diante de tais posicionamentos contrários à equiparação previstos na Carta Magna, não se pode esquecer que a Constituição não equiparou a união estável ao casamento do ponto de vista institucional, mas somente garantiu a essas relações, uma proteção estatal, estabelecendo a necessidade de lei ordinária que disciplinasse a união estável no tocante aos requisitos fundamentais para sua constituição, bem como precisasse os efeitos patrimoniais desta sociedade por ocasião de sua dissolução, seja por convenção das partes ou pela superveniência da morte de um dos participantes.

2.2 O CONCUBINATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico nacional ao enfrentar o tema a respeito das uniões que não derivam do casamento, deixou lacunas resultantes das amarras preconceituosas que sempre cercaram o tema. tanto é que no Código Civil de 2002, há apenas uma breve explanação definindo o concubinato, no caso em que há impedimento. O artigo 1727, como pode-se observar é omissivo quanto aos efeitos jurídicos, e brevemente explica:

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

Há ainda um dilema pois o Código Civil de 2002 veio com ideias retrógradas acerca da sucessão no caso da união estável, que prejudicou a aplicação de duas leis que previam uma pequena margem de direitos a união estável. A lei nº 8.971 de 1994 e a lei nº 9.278 de 1996.

Antes disso, em 1988, a Constituição Federal em seu art. 226 § 3º reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e, inclusive, instituiu norma programática no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento. Já no parágrafo § 4º do referido artigo, reconheceu, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, qual é designada família monoparental.

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

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, 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.

[...]

A Carta Magna vigente, foi um marco na evolução do direito de família, haja vista que exige princípios de proteção à pessoa humana e traz um novo conceito de família ampliando-se o entendimento e abarcando os vários tipos de grupos familiares existentes, pautando-se no afeto, companheirismo e cooperação entre seus entes e não só em questões meramente técnicas e patrimoniais. Outro importante avanço foi a transmutação do ultrapassado pátrio poder, marcado pelas amarras do patriarcalismo, para o poder familiar, percebido como um dever-direito dos pais com relação aos filhos. Os antigos papéis dos integrantes do grupo familiar foram rearranjados e pais e mães encontram-se em pé de igualdade e juntos devem buscar educar sua prole da melhor maneira possível.

2.3 AS LEIS QUE REGULAMENTARAM A UNIÃO ESTÁVEL ANTES DO NOVO CÓDIGO CIVIL

A lei 8.971 de 1994, com redação em dissonância com os preceitos constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana, atribui direitos dos companheiros aos alimentos e à sucessão. Em seu art. 1º estabelece que a companheira é aquela que viva há mais de cinco anos comprovadamente com um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, ou dele tenha prole, enquanto não constituir nova união. O parágrafo único refere-se à reciprocidade com relação ao companheiro. Esse diploma também estabelecia a modalidade de direito de sucessão aos companheiros em seu artigo 2º:

art. 2º: O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.

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

A lei dispõe em seu art. 3º acerca do patrimônio, que no caso de ser constituído com o esforço comum ou havendo patrimônio anterior, na parte acrescida a partir do estabelecimento da relação de companheirismo, obtida pelo esforço comum, o sobrevivente terá direito à metade dos bens.

Trazendo meramente critérios para que seja caracterizada a união estável como por exemplo o casal ser composto de homem ou mulher, solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos e que convivam há mais de cinco anos ou que comprovem a existência de prole. A instituição de um período de tempo para configurar a união estável. Foi sempre um ponto controvertido, demonstrando evidente a preocupação de legislador em acolher sob o manto dessa lei apenas as pessoas que estivessem vivendo um concubinato puro, pois entende-se que não apenas o tempo é parâmetro para definir a estabilidade de uma relação afetiva, assim como não é necessário que haja prole, embora tais fatores sejam características quase sempre presentes, devendo sempre ser analisado o caso concreto.

Após o advento desta lei, o companheiro sobrevivente passou a gozar legalmente do direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado pelo de cujus, variando o percentual conforme tenha estes herdeiros descendentes ou apenas herdeiros ascendentes. E mesmo imperfeita, a lei nº 8.971/94 trouxe avanços no tocante ao reconhecimento de direitos sucessórios aos companheiros garantindo-lhes uma segurança jurídica até então só reservada aos casados.

A Lei Nº 9.278 de 10 de maio de 1996, regulamentou o art. 226, § 3º da Constituição Federal e trouxe um conceito de união estável, reconhecendo como entidade familiar “a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família.”

De acordo com a referida lei, para a validade da união estável são necessários alguns requisitos como por exemplo a diversidade de sexos, ausência de impedimentos matrimoniais, notoriedade, respeito mútuo, uso em comum do patrimônio, guarda, sustento e educação dos filhos comuns e *affectio maritalis*. O legislador não fixou um prazo mínimo para que a convivência fosse reconhecida, o que foi positivo uma vez que entende-se que outras questões como o afeto e o estado de casados se sobrepõe ao tempo de convivência. Tal convivência deve ser pública e contínua, e a relação deve pautar-se pela estabilidade e constância. Com relação à coabitação, o autor Rui Ribeiro Magalhães entende (2000, p.481): “A vida em comum sob o mesmo teto é de rigor, como só acontece com a família unida pelo casamento.”

Uma das principais modificações introduzidas pela Lei nº 9.278/96 refere-se à presunção de que existia contribuição, e assim de sociedade, sobre os bens onerosamente adquiridos pelos conviventes na constância da relação. Tal regra afasta a necessidade de comprovação de esforço comum, como antes exigia a súmula 380 do Colendo STF.

Em matéria sucessória, é estabelecido em favor do convivente sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, em caráter vitalício, desde que o beneficiado não venha a constituir nova união estável ou casamento. A natureza deste direito é sucessória, exatamente porque se espelha no artigo 1.611, § 2º, do código civil de 1916, haja vista que o mesmo reconhecia este mesmo direito ao cônjuge, portanto há um caráter de assistência material, e conseqüentemente o direito alimentar. Logo, o direito real de habitação veio a crescer o rol de direitos sucessórios deferidos em prol do convivente por ocasião da morte do outro, por força da vigência da Lei nº 8.971/94.

A Lei nº 9.278/96 não *ab rogou* a Lei nº 8.971/94, como foi questionado por muitos, mas a aperfeiçoou naquilo em que não foi modificada pela legislação posterior. Apesar disto, a nova lei dos conviventes também não foi suficiente para esclarecer e dispor sobre a matéria, pois trazia lacunas, sendo imprecisa e omissa em diversos pontos. Como por exemplo quando dispensou a obrigação de demonstrar a ausência de impedimentos para que pudesse a união estável transformar-se em casamento; a dispensa da comprovação da situação pessoal de cada convivente abrindo a possibilidade de proteção jurídica a uniões múltiplas; no tocante à concessão do direito real de habitação ao convivente por ocasião da dissolução da união pela morte do outro, o concubino recebe maior proteção do que o cônjuge, vez que era reservado no código civil de 1916 o direito ao usufruto ou habitação, conforme fosse o regime de bens adotado no matrimônio, enquanto a Lei nº 9.278/96, ao não restringir o direito real de habitação, o defere cumulativamente com o exercício do usufruto já reconhecido pela legislação anterior.

3 O RETROCESSO DO TEMA NO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ao legislar sobre o direito sucessório em relação aos que vivem em união estável, ao invés de trazer adaptações e avanços as leis anteriores que tratavam do tema e que a doutrina já sustentava, o legislador do código civil de 2002 coloca os companheiros em uma posição de inferioridade em relação ao novo status sucessório dos cônjuges.

O novo código, em seu artigo 1.723, repetiu a definição dada pelo artigo 1º da lei 9.278 de 1996 o qual dispõe que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sobre isso, definiu Silvio Venosa:

Se levarmos em consideração o texto constitucional, nele está presente o requisito da estabilidade a união entre o homem e a mulher. Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas. O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua conversão em casamento. Consequência dessa estabilidade é a característica de ser duradoura, como menciona o legislador ordinário. Não há como conceituar uma relação concubinária como estável, se não tiver se protraído no tempo. O decurso por um período mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade na relação do casal. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o animus de constituir família. Sendo assim, apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada, como por exemplo, nos casos em que há nascimento de prole. (VENOSA, 2014. p.43)

Os elementos extraídos na definição do código civil são imprescindíveis para a caracterização da união estável. No caso concreto, alguns magistrados consideram como união estável mesmo quando ausente algum dos requisitos. Nesse sentido é a jurisprudência:

União estável, em face a redação do art. 1º da lei nº 9.278, de 10-5-96 (é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família). Compete aos juízes e tribunais o dever de conceituar caso a caso, a união existente entre o homem e a mulher, para aquilatar-se se é estável ou não para os efeitos da proteção da proteção legal. O caso dos autos consubstancia união estável, embora de relativa pouca duração. Havia o ânimo de convivência efetiva, interrompida por divergências. A jurisprudência tem aceitado que, inexistentes bens a partilhar, pelo menos seja indenizado o trabalho doméstico da mulher, não sujeito a descontos. Ação procedentes em partes. Apelo do réu improvido. (TJPR – Ac. 12890, 23-12-97, Rel. Wanderley Resende).

No artigo 1.724, o novo código civil estabelece que as relações entre os companheiros devem pautar-se pelos deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. O dever de fidelidade não está expresso na norma, mas dependendo do caso concreto, a amplitude da quebra desse dever pode acarretar o fim da comunhão de vida, de interesses e de sentimentos, caso se constate a ausência do afeto entre os companheiros. A unicidade entre os companheiros é lembrada pela doutrina como outro requisito, pois havendo pluralidade de relações pressupõe-se imoralidade e instabilidade. Em matéria de família esse requisito possui enorme conteúdo emocional, afetivo e moral.

O código, estabeleceu então que na sucessão o companheiro sobrevivente participará apenas da sucessão do outro quando se tratar dos bens que foram adquiridos onerosamente na constância da união estável, conforme prevê o Caput do artigo 1790. Desta forma, apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união estável serão comunicados, sendo completamente excluídos os bens recebidos a título gratuito, por doação ou até mesmo sucessão, diferente no que ocorre no casamento civil.

Além do Código Civil em sua literalidade afirmar que o cônjuge não pode ser excluído da herança por testamento, o mesmo não é proibido para aqueles que vivem em união estável podendo se dispor toda a herança sem que seja obrigado a destinar qualquer parte ao companheiro ou companheira. Também não há previsão ao direito real de habitação para quem vive em união estável, embora haja essa proteção para o cônjuge no artigo 1.831 do Código Civil de 2002

Outra crítica, desta vez da ordem formal, em relação ao artigo 1790 do código civil, é acerca da localização dentro do texto legislativo posicionando o único artigo do código que trata inteiramente da sucessão dos companheiros em lugar das disposições gerais, pressupondo que o tratamento dispensado ao assunto foi de certo discriminatório. Ao mesmo tempo, os autores tecem sérias críticas à exclusão do companheiro da ordem de convocação hereditária. Sobre isso, escreve o professor Eduardo de Oliveira Leite:

Inserir a matéria nas “Disposições Gerais”, do Livro de Sucessões, foi um lamentável equívoco, visto que na realidade, nada tem a ver o tema com Disposições Gerais e, muito menos, na abertura de um livro do Código Civil. O referido artigo não é uma “Disposição” e muito menos “Geral”, bastando para tanto examinar seu conteúdo e o detalhismo excessivo que apresenta no decorrer dos seus quatro incisos. Uma disposição geral, como a própria expressão sugere, esgota-se na apresentação do enunciado. Isso não é o que ocorre no citado artigo 1.790 do CC. (LEITE 2003, p.53)

Além de ser observado tal deslocamento do referido artigo, há ainda a questão material deste. O artigo 1.790 ditou claramente que a sucessão dos companheiros só é admitida quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da convivência. Durante a união estável, caso não haja a aquisição de nenhum bem a título oneroso, não existe a possibilidade de o companheiro sobrevivente herdar nenhum dos bens do *de cujus*, ainda que haja patrimônio havido antes da constância da união estável, ocasionando que parentes distantes, em certos casos, o herdem.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu livro Direito Civil das Sucessões afirma:

No período anterior ao advento do novo CC, observava-se que no sistema da Lei 8.971/94 o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança, independentemente do momento de aquisição dos bens do acervo, e do título de aquisição, gratuito ou oneroso. Deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo (art. 1.790) é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dá proteção especial à família fundada no companheirismo (art. 226, caput e § 3º, da Constituição Federal) ele, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. (GAMA, 2003, p.45-46)

Nossa Constituição dispõe em seu artigo 226, parágrafo 3º, que, para efeitos de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo

a lei facilitar sua conversão em casamento. Porém, no artigo 1.790 do Novo Código fica evidente o retrocesso quando comparado com as leis n.º 8.971/94, a qual regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e a 9.278/96, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Tal artigo Constitucional teve a intenção de conceder os mesmos direitos do cônjuge ao sobrevivente. Podemos dizer que tal artigo é uma norma de eficácia limitada e por isso não possui aplicabilidade imediata, com o advento das leis supramencionadas é que se tornou possível a aplicação do dispositivo constitucional.

É visível o retrocesso sofrido por nosso ordenamento jurídico com a promulgação do novo código civil e assim explicita Sílvio Venosa:

O mais moderno Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros. A primeira preocupação a ser tomada, é a manutenção ou não, no que couber, das Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, tendo em vista que o atual Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório dos companheiros no artigo 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária.(VENOSA, 2004, p 124)

3.1 AS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS

A Constituição Federal tendo em vista a finalidade de promoção da dignidade assim como a igualdade de todos os indivíduos, visou proteger a família em seu artigo 226. Foi observado pela Carta Magna, a diversidade de famílias que de fato já vivem em uniões, neste caso homoafetivas, sempre gerou diversas polêmicas. A discussão acerca do reconhecimento da união estável dos casais homossexuais chegou ao Supremo Tribunal Federal, sendo concluído o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Deste reconhecimento decorre todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre casais heterossexuais, inclusive, os direitos sucessórios.

As ações foram julgadas procedentes, por unanimidade dos votos, acompanhando em grande maioria, a integralidade do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, sendo ressaltada em todos os votos a postura louvável da Corte contra a discriminação e o preconceito, os quais não podiam continuar incidindo sobre os cidadãos que viviam sob este modelo de união.

Os pressupostos legais para configuração da união estável foram mais uma vez suscitados, sendo necessário sua presença também nas relações homoafetivas, a convivência pública, contínua e duradoura, com intuito de formação de família.

O art. 1.723 do código civil brasileiro ganhou um novo entendimento de acordo com a Constituição, equiparando as duas entidades familiares. O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo passou a ser possível, como decorrência da premissa de que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, como explica o artigo 1.726 do Código Civil brasileiro: A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Com autoria do Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 foi apresentada em 25 de fevereiro de 2008 ao Supremo Tribunal Federal. A ADPF manifestou a violação à isonomia e ao direito à liberdade.

O pedido principal da ação pedia a aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, conforme a Constituição, o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, pois as decisões judiciais denegatórias de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis afrontavam direitos fundamentais. Como pedido

subsidiário, no caso da Corte entender pelo seu descabimento que fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que acabou ensejando a propositura da ADI 4277 em 02 de julho de 2009.

A ação tinha como principal objetivo que a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, quando preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas e portanto toda a desequiparação acerca dos direitos sucessórios da união estável em relação ao casamento.

O Ministério Público Federal em autos do Parecer nº 9098 do Rio de Janeiro preza pela constitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil. Afirmando que a diferenciação feita em relação às regras sucessórias para o cônjuge e o companheiro tem respaldo na assimetria estabelecida pela própria Constituição Federal, bem como compreendido que o tipo de núcleo familiar a ser constituído tem fundamento na autonomia da vontade das partes, sendo forçoso concluir-se pela constitucionalidade do art. art. 1790, III, do Código Civil.

Parecer nº 9098/RJMB, de 8 de julho de 2013, assim ementado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DE FAMÍLIA. SUCESSÃO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: MESMO REGIME JURÍDICO PREVISTO ÀS RELAÇÕES HETEROSSEXUAIS DE MESMA NATUREZA (ADI N ° 4.277/DF E ADPF N ° 132/DF). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NOS AUTOS. 1. Não faz a Constituição qualquer distinção hierárquica entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável, entidades que, embora distintas na sua forma de constituição, não se posicionam hierarquicamente em graus de superioridade ou inferioridade. 2. Embora a CF/88 seja omissa quanto às uniões estáveis homoafetivas, ela própria estabelece que os direitos e garantias previstos explicitamente não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CF). 3. As diferenças quanto à orientação sexual não constituem fundamento racional à incidência de discriminações negativas. 4. As diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito. 5. A Constituição Federal dispensa tratamento assimétrico à união estável e ao casamento, tanto que determina à lei facilitar a conversão da primeira no segundo. A diferença dispensada a ambos os institutos revela-se quanto a formalidade, invalidação, eficácia, dissolução, regime patrimonial e sucessório. Constitucionalidade do artigo 1790 do CC, que estabelece regime sucessório diferenciado na união estável em relação ao casamento. 6. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

4 PROCESSO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTUCIONALIDADE

Em 16 de setembro de 2015, foi emitido pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, um parecer desfavorável ao Recurso Extraordinário 878.694 de Minas Gerais. A sentença de primeiro grau, analisada pela Procuradoria Geral, decidia sobre o direito sucessório em relação aos companheiros que deveriam ser restritos a uma quota equivalente à que for por lei atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns, ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer, ou a um terço daqueles bens se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do *de cujus*, ou à totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o art. 1.790, I a IV.

Segundo o parecer do Procurador-Geral, o Código Civil, além de limitar o direito hereditário aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, ainda impôs a

concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido, retirando-lhe o direito real de habitação e o usufruto previstos nas leis que anteriormente regulavam a convivência extramatrimonial. Além disso, declara o Procurador-Geral no seu parecer:

A nova disciplina dos direitos sucessórios do companheiro é considerada pela doutrina e jurisprudência um evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei n. 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. No sistema do aludido art. 1.790, todavia, só receberá a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável se não houver nenhum parente, descendente, ascendentes ou colateral até o quarto grau. Se houver, concorrerá com eles, recebendo apenas um terço da herança de concorrer com ascendentes e colaterais.

Com efeito, não deve ser aplicada a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da 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 a autora o direito à totalidade da herança. (PGR Recurso Extraordinário 878.694/MG: Rodrigo Janot Monteiro de Barros PARECER DESFAVORÁVEL. Brasília/DF, 16 de setembro de 2015)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua vez, concluiu que o tratamento diferenciado não fere o texto constitucional, na medida em que, embora a Carta reconheça a união estável como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, não a equiparou ao casamento, mantendo a peculiaridade dos dois institutos, motivo pelo qual poderiam ser regidos por disposições distintas. Fez a Corte local as seguintes considerações:

O casamento continua sendo o paradigma, principal instituto do Direito de Família, tanto que o legislador constituinte manda que a lei venha a facilitar a conversão da união estável em casamento; noutras palavras, se o constituinte pretendeu que toda união estável se converta em casamento, é porque reconheceu que união estável não é casamento, não equiparando os institutos, pois quando quis assim o fez como no caso da filiação. Em que pese divergências existentes, tenho que o tratamento diferenciado ao direito sucessório do companheiro não vulnera o princípio constitucional da igualdade, pois este não tem por fim tratar todos igualmente, senão naqueles aspectos em que as pessoas se encontram em situações idênticas, o que não ocorre na espécie.[...] Dessa forma, o que se verifica é o respeito à autonomia da vontade, tanto para quem assumiu o ônus do casamento, tanto para quem não o assumiu e viveu em união estável, estando ambas as situações devidamente regulamentadas e protegidas. Em ambos os casos há limitações aos quinhões, no primeiro decorrente do regime de bens adotado, e no segundo da regulamentação legal do direito sucessório dos companheiros. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro pode não ter sido a melhor opção do legislador ordinário, mas encontra guarida na própria Constituição Federal. Cumpre, por oportuno, observar que os colaterais não são herdeiros necessários, assim nada impede que o autor da herança, como no casamento civil, disponha em testamento dos seus bens particulares e da sua meação relativamente ao patrimônio comum nomeando seu companheiro herdeiro universal. Logo, não representa ofensa à norma constitucional que reconhece a união estável como entidade familiar, ou a qualquer princípio constitucional, o tratamento conferido pelo artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com demais parentes sucessíveis – ascendentes e colaterais até quarto grau, o direito a 1/3 da herança, resguardados, diga-se de passagem, o direito à meação dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: AI 10024134006667005 MG - Inteiro Teor, Desembargador Edilson Fernandes)

Era clara a disparidade de tratamento destinado aos dois institutos, pelo artigo 1790 do Código Civil. A base da argumentação para se suscitar sua inconstitucionalidade foi a princípio pelo fato de colocar o cônjuge em posição superior hierarquicamente em relação ao companheiro.

O inciso III do artigo 1790, ao estabelecer que aquele que vive em união estável receberá um terço da herança, e fixa um quantum que deve ser parâmetro no momento da sucessão, afirmando o referido artigo que haverá a concorrência entre parentes sucessíveis, não havendo descendentes, disputarão os ascendentes e os colaterais até 4º grau do *de cujus*.

Neste caso, analisando cada situação concreta, ficava claro que o companheiro sobrevivente era totalmente desconsiderado, sofrendo claro desfavorecimento, pois, após receber a parte que lhe cabia, deixava para parentes que não tinham convivência com o *de cujus* parte da herança em detrimento do companheiro que no decorrer da união estável conviveu e auxiliou inclusive na hora da doença ou da morte e ajudou a construir o patrimônio que agora, de forma injusta de acordo com a lei deve ser destinado a outros parentes, na hipótese de haver concorrência.

A situação concreta que ensejou o início da discussão que levou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade teve início em uma decisão do primeiro grau em que os pedidos da companheira para lhe ser atribuída a totalidade da herança deixada pelo seu companheiro falecido foi parcialmente julgada procedente, excluindo da sucessão os irmãos do *de cujus*, concedendo também o direito real de habitação e indenização de seguro de vida. O julgador do caso baseou sua decisão na ideia de que a redação do artigo que trata do tema no Código Civil se mostra incompatível com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, quando trata de forma ilegítima o direito sucessório dos que vivem em união estável, principalmente quando compara-se com o direito sucessório daqueles que são civilmente casados.

Foi interposta apelação na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais por um dos irmãos do companheiro falecido, que reconheceu a existência da controvérsia constitucional, e suscitou o incidente de inconstitucionalidade remetendo os autos para a Corte Superior daquele tribunal. Foi identificado ainda que havia um outro incidente de objeto idêntico já julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o Ministério Público havia entendido a procedência total do incidente de inconstitucionalidade, mas a Corte Superior do TJ-MG, julgou improcedente por maioria ao decidir que “o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro pode não ter sido a melhor opção do legislador ordinário, mas encontra guarida na própria Constituição Federal”. Devido a existência de tal precedente, não houve o conhecimento deste segundo incidente e os autos voltaram a 8ª Câmara Cível do TJ-MG para julgamento de mérito do recurso. Ficou reconhecido que a recorrente que vivia em união estável, com regime de comunhão parcial de bens, até o falecimento do seu companheiro que não deixou testamento e não possuía descendentes nem ascendentes e tinha como parentes mais próximos três irmãos que figuraram o polo passivo do recurso.

O acórdão da Câmara, reiterou a constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, e deu provimento a apelação para que houvesse a limitação de um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, excluindo-se os particulares do companheiro:

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

CONHECIDO E PROVIDO. 1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações. 2) A teor do inciso III do art. 1790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus. (APELAÇÃO 8ª CÂMARA CÍVEL DO TJ-MG)

Após a decisão, a companheira interpôs dois recursos, um Recurso Especial e um Extraordinário, inadmitidos no Tribunal o primeiro por ser considerado intempestivo e a decisão foi mantida no STJ. O segundo foi inadmitido sob alegação de não possuir natureza inconstitucional e tal decisão foi objeto de agravo que foi convertido em recurso extraordinário.

No Recurso Extraordinário alegou a companheira que o regime estabelecido pelo artigo 1790 do Código Civil era incompatível com o dever estatal de proteção a família estabelecido pelo artigo 226 §3º e com o princípio da igualdade no do artigo 5º ambos da Constituição Federal buscando o entendimento daquele tribunal para que o regime sucessório a ser aplicado à união estável deve ser equiparado ao previsto para o casamento.

Apenas um dos recorridos apresentou as contrarrazões defendendo a constitucionalidade do referido artigo e sustentando a tese de que a Constituição Federal ao reconhecer a união estável como entidade familiar, não a equiparava com o casamento, sendo estes institutos completamente diversos.

O parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República, opinou pelo não provimento do recurso e concordou com os argumentos do recorrido, acrescentando que:

Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento (PROCURADOR-GERAL DA RÉPÚBLICA RODRIGO JANOT, 2015)

Em seguida o relator Luís Roberto Barroso deferiu os pedidos de ingresso tendo como amici curiae formulados pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

Restou concluído pela Suprema Corte que não é legítimo desequiparar o cônjuge e o companheiro sobrevivente, para fins de sucessão. O artigo 1790 do Código Civil de 2002 ao revogar as leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e inferiorizar a companheira, dando-lhe direitos sucessórios secundários em relação a esposa, em discrepância com a Constituição Federal e seus princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana assim como a vedação ao retrocesso.

O voto do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, apontou a violação ao princípio da proporcionalidade e ao princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso, além da violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana já comentados. Sua consternação diz respeito do Código Civil conferir proteção ao direito sucessório distintamente em seus artigos 1790 e 1829 aos companheiros e cônjuges. Quanto ao princípio da vedação ao retrocesso, afirma que o Estado Democrático de Direito deve impedir a retirada da efetividade

das normas constitucionais, obrigando ao legislador concretizar, por meio das leis criadas, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Acompanhou o voto do Ministro relator, os ministros: Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia. Os argumentos apresentados pelo relator também foram base para o voto dos outros ministros que votaram pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, para que fosse aplicado para sucessão tanto de casais provenientes da união estável como do casamento, o que está previsto no artigo 1829 do mesmo código e que haja modulação dos efeitos quanto aos casos que já se encontram em curso no poder judiciário.

Os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio restaram vencidos em seus votos que previam a constitucionalidade baseado na premissa da autonomia de vontade das partes, tendo esse regime de bens, como decorrência natural da opção pela união estável, e também no princípio do *in dubio pro legislatore*, assegurando a segurança jurídica. O Ministério Público já havia anteriormente opinado pela constitucionalidade do artigo 1790, III, do Código Civil, alegando que a distinção feita pelo código tem ressalva na assimetria estabelecida na Constituição, caracterizada neste caso pela escolha pessoal pelo tipo de união.

A apreciação do tema 809 da repercussão geral foi provido por maioria no dia 10 de maio de 2017 e nos termos do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002. Desta forma, a recorrente pode participar da partilha da herança do seu companheiro falecido, reconhecida a união estável pós morte, de acordo com o estabelecido no artigo 1829 do mesmo código e desta forma equiparando a união estável ao casamento nos aspectos sucessórios.

Ficou fixado, pelo Ministro Marco Aurélio, a tese nos seguintes termos: “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”

4.1 AS MODIFICAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO

Foi sugerido, durante a votação pela inconstitucionalidade do artigo 1790 a hipótese de ser restabelecida a validade das Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, como solução para a lacuna decorrente do provimento da ação. A segunda alternativa, e que ficou estabelecida foi a de equiparação entre os institutos em tese, através da utilização do artigo 1829 do Código Civil a sucessão tanto para cônjuges quanto para companheiros.

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.

A grande repercussão do tema se dá em decorrência dos inumeráveis casos de sucessões de companheiros desde a promulgação do atual Código Civil. Com múltiplos processos em diferentes fases, alguns já finalizados, falando sobre a mesma questão, surge a necessidade da modulação dos efeitos, com objetivo de não prejudicar a segurança jurídica.

O Direito sucessório brasileiro, tem como fundamento a continuidade patrimonial para proteção das entidades familiares. Há dois graus de intensidade no regime sucessório do Brasil como explicou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto:

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.

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 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. (ACÓRDÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS, 2017, P.10)

A evolução do Direito de Sucessões é clara quando, olhando para as legislações passadas, constatamos que era expresso no texto do Código Civil de 2016, que em relação aos filhos nascidos de relações havidos fora da relação do casamento não poderiam ser reconhecidos e viviam sem registro e nenhum reconhecimento legal. Nos dias atuais tal situação é inconcebível, havendo além do reconhecimento civil dos filhos, igualdade entre estes e os filhos havidos no casamento em todos os direitos, e ainda, esta decidida recentemente, obrigação afetiva dos genitores.

Quanto ao direito sucessório em si, apesar das leis que tímida e gradualmente conferiam direito aos casais que viviam em união estável e somente após a edição das leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. A primeira, trazia primeiro os descendentes em seguida os ascendentes e o companheiro como terceiro na linha de sucessão hereditária. Também estabeleceu o direito de usufruto assim como era conferido ao cônjuge sobrevivente e o direito à meação quanto aos bens adquiridos com sua participação. O avanço veio somente com a lei nº 9.278/96 que suprimiu a falha quanto ao direito real de habitação, corroborando a proteção aos companheiros, sem necessariamente estabelecer o regime de comunhão universal.

Assim eram solucionadas as divergências que surgiam a respeito do tema, se valendo das duas leis para solução das lides que envolviam direitos de companheiros, até que foi suspensa subitamente pelo novo Código Civil, que foi bastante dissidente ao trazer regimes sucessórios diversos, inferiorizando a figura dos companheiros em relação ao tratamento conferido aos cônjuges no âmbito do Direito Sucessório.

Por quase duas décadas, desde a entrada em vigor do novo Código, a lei vigente deixou acertado que o companheiro, mesmo aqueles que durante anos dedicaram tempo, afeto, cumplicidade e esforços, poderia ser excluído da herança, o que de forma alguma aconteceria com o cônjuge que estivesse na mesma situação. Foi este entendimento que perpetuou e fundamentou diversos processos, apesar de vários doutrinadores já alertarem para a incoerência do texto legislativo que regulamentava tais decisões.

Após análise dos recursos de repercussão geral pela Suprema Corte, que considerou válida a equiparação entre o casamento e a união estável, inclusive as uniões homoafetivas, ficou acordado que os bens pertencentes ao patrimônio, adquiridos de forma onerosa, acarretará na participação tanto do cônjuge quanto do companheiro na partilha.

A aplicação da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790, possui característica de repercussão geral e efeito erga omnes, e deve ser empregadas as regras do art. 1.829 do

Código Civil aos inventários judiciais quando a sentença ainda não transitou em julgado. As partilhas extrajudiciais em que não haja escritura pública, ocasiona a necessidade de elaboração das escrituras a partir do novo entendimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muito tempo, uma das instituições mais recorrentes do direito brasileiro, a união estável, foi tratada pela legislação de maneira inferior ao casamento, criando-se uma distinção entre os tipos de famílias as quais foram previamente protegidas pela Constituição Federal, em todas as suas formas.

A partir de um caso concreto, o Recurso Extraordinário 878.694, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O argumento usado para que a Ação Direta de Inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil fosse suscitada e provida foi a violação aos princípios constitucionais implícitos e explícitos da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente, da vedação ao retrocesso, afetividade e liberdade de constituir família.

Importa salientar que o artigo supracitado não foi revogado, cabendo ao legislativo fazê-lo. Declarada sua inconstitucionalidade, o artigo perde sua aplicabilidade nos processos judiciais em curso, não podendo mais haver a distinção entre cônjuges e companheiros, equiparando-se estes institutos através da aplicação do artigo 1829 do Código Civil em ambos os casos.

Todos os indivíduos possuem autonomia para buscarem sua maneira de viver de acordo com seus desejos. Foi com a busca da proteção desta autonomia que se conquistou direitos como o reconhecimento das uniões estáveis, inclusive as homoafetivas, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e a vedação de sua discriminação. A autonomia privada como capacidade de se tomar decisões sem influências e sem que sejam reprimidas por falta de proteção, inferiorizada por ser destoante do que se espera a sociedade e suas leis.

Constituir uma família, determinar qual meio de constituição familiar é mais adequado aos anseios pessoais daqueles que a formam, é uma expressiva demonstração da autonomia da vontade, manifesta o desejo de escolher como e com quem o indivíduo irá partilhar momentos de afetividade, projetos pessoais, dificuldades até chegar o momento final da vida. A partir desta opção por formas de união não solenes e rígidas como o casamento, acarreta a imposição a um regime jurídico estabelecido previamente.

As regras e imposições podem se mostrar injustas. Como discutido neste artigo, o advento do Código Civil criou regimes sucessórios absurdamente distintos, enfatizando de forma formal e material um desfavorecimento para aqueles que optam por viver em união estável, considerando que na grande maioria dos casos, o companheiro terá em relação ao cônjuge, menos direitos.

A validade jurídica e social da equiparação da união estável com o casamento no Direito Sucessório, demonstra o avanço natural que deve ser buscado, e que neste caso tardiamente consolidou o entendimento, mas que ainda passará por outros questionamentos e seguirá em busca de adequações. É inegável que a modulação dos efeitos nas lides que envolvam sucessão de companheiros será visivelmente mais justa, uma vez que se afastou a possibilidade de pessoas que integravam a antiga ordem sucessória do artigo 1790, serem beneficiadas em detrimento do companheiro. Tendo em vista do exponencial crescimento dos casos de união estável no Brasil, percebe-se a importância do tema, de sua discussão para que sejam solucionadas as dúvidas, importantes para a elucidação dos aplicadores da lei, da correta execução dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, em busca do bem comum e da satisfação das partes.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº10.406 de 2002. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 17 de abril de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 17 de abril de 2018.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/L8971.htm> Acesso em 20 de abril de 2018.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/L9278.htm> Acesso em 20 de abril de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Temas de Repercussão Geral**. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>>

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Revista Jusbrasil, Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>> Acesso em 15 de maio de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **STF cassa decisão que deu toda a herança a ex-companheira do morto**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-08/stf-cassa-decisao-deu-toda-heranca-ex-companheira-morto> > Acesso em: 14 de maio de 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. V. 5** Direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Do direito das Sucessões**. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAGALHAES, Rui Ribeiro. **Instituições de Direito de Família**. São Paulo: Direito, 2000

MONTEIRO. Washington Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

OLIVEIRA. Euclides de. **União Estável – Do concubinato ao casamento**, 6 ed. Método, 2003

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, 7 ed. São Paulo: Del Rey, 2004.

_____. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Pós-modernidade e direito de família**. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (org). A família na contemporaneidade: aspectos jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Curso de Direito Civil; direito de família**, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de Família**, 14 ed. Revista. ed. São Paulo: Saraiva, 2002