



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANYELE GONÇALVES DE OLIVEIRA

**DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE CÔNJUGUE E COMPANHEIRO**

Juazeiro do Norte  
2018

DANYELE GONÇALVES DE OLIVEIRA

## **DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE CÔNJUGUE E COMPANHEIRO**

Monografia apresentada à Coordenação  
do Curso de Graduação em Direito do  
Centro Universitário Dr. Leão Sampaio,  
como requisito para a obtenção do grau  
de bacharelado em Direito.  
Orientador: Esp.Jânio Taveira Domingos

Juazeiro do Norte

2018

DANYELE GONÇALVES DE OLIVEIRA

**DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE CÔNJUGUE E COMPANHEIRO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Esp. Jânio Taveira Domingos

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof.º Esp. Jânio Taveira Domingos  
Orientador (a)

---

Profº Esp. Cláuver Rennê Luciano Barreto  
Examinador 1

---

Prof.ª Esp. Tamyris Madeira de Brito  
Examinador 2

*Dedico este trabalho aos meus pais Antônio e Irani e a minha irmã Diéríke que foram e são o alicerce ao longo da minha vida e da caminhada durante a graduação.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus o dom da vida, autor de meu destino, meu guia e por ser essencial em minha vida e em tudo que me proponha a realizar, agradeço por ter me dado sabedoria e discernimento para concluir minha jornada acadêmica em meio a todas as dificuldades encontradas durante o caminho, que serviram para o meu crescimento pessoal, bem como acadêmico.

Aos meus pais Antônio Gonçalves Sobrinho e Maria Gonçalves de Oliveira a minha eterna gratidão, por terem me dado à vida e desde então terem empregado todos os esforços para me oferecer uma vida digna, regada de amor e respeito, e mesmo diante de todos os percalços da vida não hesitaram em me oferecer meios para que eu seguisse os meus estudos, tornando deles um sonho meu, sem dúvida são o meu maior exemplo de força e amor.

Agradeço a minha irmã Diérike por todos os conselhos, pelo seu companheirismo, amor, cuidado e proteção ao longo da vida, por acreditar em mim e não medir esforços para me ver alcançar os meus objetivos, por ser a minha maior incentivadora até quando eu duvidava ser capaz. Sempre se fez presente nos momentos mais importantes da minha vida, sejam eles acadêmicos ou não. Agradeço também por ter me proporcionado sentir o amor mais lindo, puro e sincero, sendo tia da princesa mais linda, nossa Ana Lia, que alegra e enche o meu coração de um sentimento que transborda.

Agradeço também a minha prima-irmã Brenda por também ter sido o meu apoio ao longo da vida e durante a minha jornada acadêmica, por me ouvir, ficar acordada sem querer, aguentar os meus abusos, os meus choros e do nada as minhas crises de risos, e principalmente por está ao meu lado em todos os momentos.

Agradeço ao meu cunhado Ariston de Lima, todos os conselhos e ensinamentos e por todos os momentos que juntos compartilhamos, pelo companheirismo e por todo apoio e suporte oferecido ao longo da minha vida acadêmica.

A minha prima Adrianne que me acompanhou durante quase toda minha trajetória acadêmica, por ter sido minha companheira quando decidimos morar em outra cidade para estudar, por todas as conversas e momentos vividos e pela amizade sincera.

Agradeço a minha vovozinha por se fazer presente em minha vida e por me dá a honra de poder compartilhar com ela essa conquista. Agradeço aos meus tios maternos e paternos e em especial ao meu tio Carlos, Maria do Carmo e Geraldo Gonçalves, por todo o apoio dado quanto aos meus objetivos e por serem presentes em minha vida assim como na minha caminhada acadêmica.

A minha amiga de vida e irmã de alma Aline Monteiro pela sua amizade sincera, pelo carinho e amor com que sempre me tratou, pelos puxões de orelha, e principalmente por ter sempre acreditado e torcido por mim. Sua amizade é um verdadeiro presente em minha vida.

Aos meus amigos que me acompanharam e dividiram comigo a jornada acadêmica dia a dia, em especial minha amiga Maria Mattos que desde o início da graduação esteve ao meu lado, possuindo assim um lugar muito importante em minha vida, amizade que com certeza ultrapassará os muros da universidade e se eternizará na vida. Externando o sentimento de amizade aos que também são presentes da vida acadêmica: Ana Luísa, Leticia Leite, Maria Joseane, Osmar Pilar, Luanna Lobo, Bruna Nayara, Thalita Duarte Ana Ruth, Yanine Lima e Sarah Xavier onde cada um à sua forma, foram e são especiais partilhando comigo momentos que merecem ser lembrados e mais que isso novamente vividos.

A palavra que expressa admiração, carinho e respeito a todos os meus professores durante esses cinco anos é agradecimento, agradeço pela partilha de conhecimento e por todos os ensinamentos para a vida. De maneira especial agradeço ao meu orientador do trabalho de conclusão de curso Jânio Taveira e aos meus avaliadores Cláuver Barreto e Tamiris Madeira e aos queridos professores Thiago Mendes e Pablo Feitosa.

## RESUMO

O presente trabalho teve como objeto de pesquisa os impactos que a declaração de inconstitucionalidade do art.1790 do Código Civil ocasionará nos dispositivos que não foram contemplados na presente declaração e que continuam a tratar de forma diferenciada cônjuge e companheiro, afrontando desta forma a Constituição Federal de 1988 que reconhece a união estável como entidade familiar. Sendo assim, deve ser garantida a igualdade no tratamento, seja em razão do casamento ou da união estável. Discutiu-se ao longo do trabalho a evolução histórica acerca do tema família, bem como do direito sucessório, a fim de compreender e averiguar os impactos que serão ocasionados em virtude da não previsão legal que também contemple os companheiros, bem como o fato da declaração se referir apenas ao arts.1790 e 1829. Concluiu-se que a manifestação do judiciário foi omissa por não mencionar dispositivos que acabam por promover ainda uma desigualdade por não prever a figura do companheiro. A metodologia utilizada para a elaboração do presente foi de finalidade básica possuindo cunho exploratório a qual teve principal ênfase em levantamento bibliográfico.

**Palavras-chave:** Casamento. União estável. Direito sucessório. Artigo 1790. Inconstitucionalidade.

## **ABSTRACT**

The present study had as object of research the impacts that the declaration of unconstitutionality of art. 1790 of the Civil Code will cause in the devices that were not contemplated in the present declaration and that continue to treat differently spouse and companion, thus facing the Federal Constitution that recognizes the stable union as a family entity. Therefore, equal treatment must be ensured, whether due to marriage or stable union. Throughout the work the historical evolution on the family theme as well as the succession law was discussed in order to understand and ascertain the impacts that will be occasioned by virtue of the non-legal prediction that also contemplates the companions, as well as the fact of the declaration to refer only to art. 1790 and 1829. It was concluded that the manifestation of the judiciary was a mistake not to mention devices that end up promoting still an inequality by not predicting the figure of the companion. The methodology used for the preparation of the present one was of basic purpose possessing exploratory character which had main emphasis in bibliographical survey.

**Keywords:** Marriage. Stable union. Inheritance law. Article 1790. Unconstitutionality



## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA .....</b>              | <b>12</b> |
| 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA .....  | 13        |
| 2.2 FAMÍLIA: DO CASAMENTO A UNIÃO ESTÁVEL.....                       | 14        |
| 2.3 PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES .....                        | 20        |
| <b>3 DIREITO SUCESSÓRIO–TRATAMENTO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO ....</b> | <b>24</b> |
| <b>4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL .....</b>  | <b>32</b> |
| 4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO .....   | 32        |
| 4.2 IMPACTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO .....                             | 37        |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                   | <b>44</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>47</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará analisar os impactos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, especificamente no que tange a desigualdade entre cônjuges e companheiros no direito sucessório, abrangendo as omissões na referida declaração que acabam por ainda promover um tratamento não equânime entre as relações advindas do casamento e da união estável, em parâmetros sucessórios o que não se adequa aos preceitos estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Possuindo o problema que aqui será proposto relevância social e acadêmica, por tratar-se de um tema intimamente ligado as relações pessoais, ainda mais por ter passado a união estável a ser cada vez mais aceita e escolhida para reger as uniões entre as pessoas que decidem compartilhar a vida a dois, bem como por buscar entender as implicações ocasionadas pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, analisado dessa forma suas implicações no ordenamento jurídico.

Será abordado no capítulo primeiro do presente trabalho a fim de facilitar a compressão do que será posto nos próximos capítulos. Partiremos da análise da evolução histórica acerca do que se entendia por família, abrangendo o seu conceito a forma por meio da qual se dava sua constituição, quais eram os seus objetivos e como acontecia a relação entre seus membros, qual a influência da igreja, bem como a do Estado nas relações familiares, analisando está evolução até os dias atuais, contemplando o que se entende como família no ordenamento jurídico atual, de forma a contemplar a diversidade de entidades familiares possíveis, suas relações que tem como pilar o viés afetivo desdobrando-se em formas livre de constituição.

Com o objetivo de permitir uma boa compreensão acerca do que será demonstrado a partir deste trabalho, se faz necessário também uma evolução histórica do direito sucessório, de modo que, analisaremos as diferenças sucessórias entre cônjuges e companheiros, afim de entender a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002, será necessário entender o que foi o direito sucessório, como este se deu em tempos passados como se davam as suas aplicações, limitações e quais eram os seus destinatários, para poder entender o que temos por direito sucessório nos dias atuais e poder averiguar até que ponto encontra-se omissa a

declaração de inconstitucionalidade e porque está ainda promove a distinção entre cônjuge e companheiro.

Por fim, o último capítulo tratará da importância que deve ser dada ao fato da omissão da declaração de inconstitucionalidade frente a dispositivos que não mencionam a figura do cônjuge, acabando dessa forma por permanecer promovendo a desigualdade nas relações que são constituídas pelo o casamento, em detrimento da união estável. Pois é certo que a ausência legislativa no que concerne a inclusão da figura do companheiro, poderá ocasionar diversas interpretações a depender do caso concreto, pois temos que a igualdade entre ambos institutos já possuía previsão desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto esta não foi respeitada por disposições que se deram em momentos posteriores a saber o próprio Código de 2002.

Desta forma não há como esperar que a declaração que engloba apenas o art. 1790 e 1829 do Código Civil, garantirá ao companheiro os direitos assegurados ao cônjuge, sendo que muitos outros dispositivos que não foram incluídos vislumbram apenas a figura do cônjuge em sua aplicação.

Dito isso é importante destacar a metodologia empregada na elaboração da pesquisa que será realizada, quanto a sua finalidade se dará na modalidade básica, haja vista não ser um tema propriamente novo, mas serão abordadas questões que não foram tratadas, em razão da omissão da declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002, possuindo o propósito preencher lacunas que se apresentaram nas aplicações práticas de diversas decisões que tratem do tema em questão. Sendo também de cunho exploratório, com principal ênfase no levantamento bibliográfico referente ao presente tema objetivando assim uma maior familiaridade do pesquisador com o problema que se discute.

Quanto a abordagem a pesquisa é qualitativa, não sendo baseada em quantidade e sim na qualidade da pesquisa em si, analisando todo o material de forma objetiva sem a presença de juízo de valor o que possibilita um trabalho que evidencie coerência bem como gere conhecimento.

## 2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

O direito civil, no que tange ao direito de família, é indiscutivelmente o ramo do direito mais ligado à vida e às relações mais intimistas das pessoas, por tratar de laços não apenas sanguíneos, como também afetivos, no que pese os diversos modelos familiares hoje existentes, merecendo portanto uma ampla proteção estatal. Assim dispõe a Constituição Federal em seu Art.:226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Em sentido amplo a expressão família evolve os laços sanguíneos, afetivos bem como aqueles advindos da adoção, pois o que caracteriza a família não é apenas derivar do mesmo tronco ancestral, mas sim o afeto e o amor envolvido entre as pessoas. (GONÇALVES, 2017).

A família no decorrer de toda a história passou por diversas mudanças relacionadas ao seu papel perante a sociedade, quanto ao seu valor e importância, bem como suas funções que se destinavam a política, economia e procriação. Tais modificações ocorreram com mais intensidade ao longo do século XX. (LÔBO, 2017).

No entanto, o arranjo das famílias nem sempre se apresentaram como hoje são, com a presença de diversas entidades familiares e nas suas mais variadas formas e funções. (LÔBO, 2017). Diversidades essas onde o que importa é o amor, afetividade e solidariedade entre seus membros e não apenas laços sanguíneos.

Em tempos remotos, a estrutura familiar era estabelecida mediante uma forma patriarcal, onde o poderio masculino era exercido em face das mulheres e dos filhos, classificado em poder marital e pátrio poder. (LÔBO, 2017).

A mulher ao se casar devia obediência não só ao seu marido, mas também ao *pater*, o que não lhe garantia nenhuma autonomia muito menos era sinônimo de alguma capacidade para aquela. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

O poder marital exercido era demasiadamente cruel e se dava por meio de tortura, castigos podendo resultar até em morte nos casos de traição. Percebe-se portanto, que o conceito de família em tempos passados não era tido como um símbolo de amor, afetividade e solidariedade e sim baseado no individualismo, onde alguns poucos detinham voz e força sobre os outros. (LÔBO, 2017)

Essa visão perpetrada por muito tempo perdeu a sua força, a família não mais é vista apenas como uma função econômica, política ou destinada à procriação. Outros tempos surgiram e foi ficando claro que família é muito mais que um homem, mulher e filhos advindos de tal relação. E os casais que não querem filhos? E os casais que querem adotar seus filhos? e os casais do mesmo gênero? Essa ideia de modelo familiar que foi pregada durante muito tempo, onde era preponderante o individualismo, realmente ficou no passado. A definição de família atualmente busca e tem bases sólidas pautada numa solidariedade e afetividade entre as pessoas, independentemente de laços sanguíneos. (LÔBO, 2017).

## 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 40) “A família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angustias, frustrações, traumas e medos”.

A família é considerada como base do Estado, devendo neste sentido, receber proteção como preceitua a Carta Magna. Art.: 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

Devido às variadas formas de entidades familiares, não é fácil delimitar um conceito geral e absoluto, até porque o que se entende por família vai bem além de uma simples definição, tendo em vista a sua extensão e variação. (GONÇALVES, 2017).

Todavia, o direito de família em algumas de suas subdivisões, como por exemplo, o direito sucessório, compreende família limitando-a aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau.

Grande maioria das leis considera família em um conceito mais estrito, a saber, os pais e seus filhos, sendo este um modelo tradicional, onde as pessoas envolvidas unem-se com objetivo de constituírem suas vidas juntas, terem os seus filhos e transferir-lhe a eles o seu nome e patrimônio. (GONÇALVES, 2017). Entretanto, como sabemos esse não é o único modelo existente, sendo várias as modalidades de constituição de família.

Em suma, a atribuição do direito de família deve ser voltada a cuidar e bem regular as variedades de relações dos indivíduos que se unem com o objetivo de

constituir uma família, independentemente de estar ou não dentro de algum padrão estabelecido, pois a cada dia que passa o conceito de família está pautado nas mudanças sociais ligadas a afetividade, na solidariedade e não em um modelo já previamente estabelecido. Nesse sentido dispõe Gonçalves (2017, p. 18):

O direito de família regula exatamente as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. O objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar.

Na verdade o que acaba acontecendo diante do tema família não seria uma conceituação, mas sim uma especificação, devido à variedade de formas, de modelos familiares os quais regulam as mais diversas relações existentes na sociedade atual pautadas na solidariedade, afetividade e principalmente no amor, quais sejam; relação de pais e filhos, de cônjuges e conviventes, pessoas essas ligadas não apenas por laços sanguíneos, mais sim por laços de amor e respeito. (DIAS, 2013).

## 2.2 FAMÍLIA: DO CASAMENTO A UNIÃO ESTÁVEL

Um breve relato histórico acerca do casamento mostra como este instituto é bem posterior ao que se denomina família e que mediante a intervenção do direito canônico, o matrimônio passou a ser em determinado período e sob a égide do Código Civil de 1916 a única forma na qual seria possível à constituição de uma família. Haja vista que para a formação de famílias na antiguidade, momento este anterior ao Código Civil de 1916 não pressupunha uma ritualização. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015). Bem como só era aceito na vigência do Código Civil de 1916 o casamento religioso, e os que não fossem católicos não poderiam casar, isso até o advento da República em 1889. (DIAS, 2013)

Durante séculos foi confusa a relação entre Estado e Igreja, onde o poder da Igreja se sobressaía em muitas situações ao poder do Estado, de modo que a igreja passou a conduzir o estabelecimento de normas que tem o condão de organizar a sociedade, como o casamento no que tange as relações familiares, e isso devido à forte influência religiosa. No mundo ocidental, onde era forte a influência cristã, onde

também o casamento foi reconhecido como a única forma de constituição de entidade familiar. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

A não necessidade de uma ritualização para a constituição de núcleos familiares, foi fazendo com que o casamento passasse com o decorrer do tempo a não ser visto como única forma para a constituição de uma família. Sendo considerado no direito romano por exemplo como um fato jurídico e sinônimo para reunião de patrimônios, portanto nada mais que uma negociação. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Para Dias (2013, p. 43)

Sob a justificativa de manter a ordem social, tanto o Estado como a igreja acabaram se imiscuindo na vida das pessoas. Na tentativa de limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie, eram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológica. Mediante estritos padrões de moralidade, os relacionamentos amorosos passaram a ser nominados de família. No entanto, vínculos afetivos sempre existiram, independentemente de regras, acima de tabus e bem antes da formação do Estado e surgimento das religiões.

Qualquer relação ou união entre homens e mulheres que não fosse advinda do casamento com toda a ritualização que a religião estabelecia, não era considerada casamento que, por sua vez, não gerava uma entidade familiar. O que, por conseguinte, ocasionou a marginalização de outras espécies de uniões em virtude de cada uma das exigências. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2015).

Indissolúvel era a forma pela qual a igreja via o casamento atribuindo à família a função de procriar, povoando o mundo, por ser indissolúvel o casamento para a Igreja, a única forma possível de anulação do matrimônio seria nos casos em que alguns dos cônjuges fossem impotente ou estéril, devido à função de procriar que era dada a família, ou seja, se o casamento não atendesse ao objetivo da igreja este poderia ser desfeito e não porque os cônjuges assim entendiam. (DIAS, 2013).

O Código Civil Brasileiro de 1916 partindo do pressuposto que a família era vista sob o prisma patriarcal, cenário marcado pelo individualismo, pelo papel significativo do homem como chefe de família, onde os demais lhe deviam total obediência e a família era associada à procriação. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015). Previa também em seu texto que família era a que fosse advinda do matrimônio, sendo reafirmada a indissolubilidade do casamento, pois o Estado

queria manter a todo custo a forma de família tradicional, resistindo portanto a outras modelos familiares. (DIAS, 2013).

A tentativa do Estado na permanência da família advinda do casamento era tanta que mesmo existindo a possibilidade do desquite ocasionando o fim da sociedade conjugal, o vínculo matrimonial não era rompido o que impedia um novo casamento. E mesmo com o surgimento de leis como o a Lei do divórcio persistia a visão de família derivada do casamento. (DIAS, 2013).

Com o passar do tempo e com o advento da reforma protestante com movimentos voltados a laicização do Estado, gerou-se demasiadas transformações o que atingiu a igreja e aniquilou a noção unificada de casamento como única forma de constituição familiar. Surgindo, portanto, a ideia de casamento civil que já se distanciava do perfil religioso, possuindo característica de negócio jurídico e não simplesmente uma ritualização voltada a atender os anseios da igreja. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Até o advento da Constituição Brasileira de 1988, de fato ainda continuou a ser admissível a única forma possível de constitui-se uma família, a que adviesse do casamento. Ocorre que a partir de 1988 o Estado atribuiu a capacidade aos seus cidadãos para a constituição de suas famílias, permitindo e reconhecendo outros modelos, concedendo-lhes status de base da sociedade, merecendo proteção estatal, sendo, portanto livre a sua constituição, não sendo admitido qualquer interferência estatal ou religiosa como era no passado. A família, com advento da atual carta magna passou a ser voltada a afetividade, solidariedade, respeito entre os seus membros. (DIAS, 2013).

Não com o objetivo de interferir, mas com respaldo em uma segurança jurídica, os que aderirem à forma casamento para a constituição de sua família devem atender a todos os trâmites exigidos por lei, apesar das diversas mudanças ocorridas no instituto casamento, e de ter se desvinculado daquela ideia tradicional pregada em tempos passados. Para a formalização do casamento, os cônjuges se depararam com alguns dispositivos estabelecidos por lei a fim de estabelecer determinados direitos e deveres entre as partes, estes previstos durante e depois do casamento. (DIAS, 2013).

Como mencionado linhas acima e ainda em um período onde o casamento era tratado sob uma perspectiva que a sua anulação não era algo viável, existindo essa possibilidade nos casos de que um dos cônjuges fosse estéril ou impotente, em



virtude do fato de que a família era vista como símbolo para procriação, em um período nem tão remoto ainda continuava a persistir a impossibilidade de extinção de casamento através do divórcio. Neste contexto, a união estável era vista como uma alternativa para casais que encontravam-se separados de fato, mas que não poderiam casar-se em virtude da impossibilidade de dissolver o casamento anterior definitivamente. (DIAS, 2013).

Nas palavras de Lôbo (2017, p. 158,159)

A união não matrimonial no direito romano era considerada como casamento inferior, de segundo grau, sob a denominação concubinato, do latim *concubinos*, conjugando *cum* (com) e *cubare* (dormir). Apesar de combatida pela igreja católica, penetrou na legislação civil, como nas ordenações Filipinas, que admitiam direitos em favor da mulher, quando a ligação fosse prolongada.

O casamento é considerado um fundamental instituto no direito de família e, por isso, jamais perderá sua importância. No entanto o casamento não é mais considerado a única forma de constituir-se uma família, de modo que diversas são as modalidades possíveis no nosso ordenamento jurídico, devendo todas serem igualmente respeitadas. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Dispondo Lôbo (2017, p. 158)

A união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe a dignidade de entidade familiar própria, com seus elenos de direito e deveres. Ainda que o casamento seja referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

A união estável até chegar ao status constitucional que hoje lhe é garantido, perpassou por vários momentos na história não sendo aceita durante muito tempo, e sendo vista como algo ilícito por não derivar de uma relação advinda do casamento, sendo, portanto inclusive no Brasil uma relação marginalizada. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

A união estável em seu início não foi aceita, sendo considerada pela sociedade uma relação ilícita que era ligada ao adultério e que deveria ser proibida, e haviam institutos que garantiam esta proibição, como ação de reivindicação, em casos de bens doados à concubina, onde tanto os herdeiros ou o cônjuge poderia intentá-la no prazo de dois anos, impossibilidade da concubina como beneficiária de

seguro de vida, a concubina não podia ser nomeada herdeira ou legatária. Então não haviam direitos garantidos a concubina nesse período em virtude da forma discriminada que era tratada a hoje denominada união estável. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Com o passar do tempo a união estável passou a ser tolerada, sendo que encontrou inicialmente respaldo na tutela previdenciária, nos parâmetros da lei n. 4.297 de 1963, bem como com o Decreto- Lei n. 7.036/44 que previa indenização à concubina em virtude da morte do companheiro. Percebe-se que com o passar do tempo, mesmo que não nitidamente foram sendo garantido direitos a esta espécie de relação, mesmo que de forma ainda discriminatória devido ao status ilícito que era dado a união estável, nesse período denominado de concubinato. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Somente na Constituição Federal Brasileira de 1988 passou a ser reconhecida a união estável recebendo o devido tratamento jurídico por parte do Estado, em que pese ser uma relação com status de constituição familiar, portanto considerada base do estado devendo ser protegida, assim como menciona a Constituição Federal. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Neste sentido dispõe o Art. 226 § 3º da Constituição Federal: “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”. De maneira que a própria Constituição Federal prevê de forma expressa outros modelos familiares além do casamento apresentando-se de forma vasta a diversidade de modelos familiares existentes. Sendo a união estável a forma mais comum e paralela ao casamento, na sociedade atualmente nem sempre foi vista desta forma, ao passo que, não foi fácil o seu reconhecimento. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

O denominado concubinato era o nome dado às relações que não derivassem do casamento, sendo aquele considerado marginalizado pela sociedade. Mesmo assim, por diversas vezes a concubina procurou o judiciário na busca de alguma proteção, após o fim da relação, o que no entanto ocorria de forma camuflada, pois as mulheres que não trabalhavam recebiam alimentos com status de indenizações a qual dava-se o nome de indenização por serviços domésticos, o que evidentemente é discriminatório, pois recebiam este tratamento por não terem se casado conforme

exigia época, sendo então tratadas como mera prestadoras de serviços de cama e mesa. (DIAS, 2013)

A essa relação era dado o status de “sócio” ao homem ou a mulher, sendo que na situação de separação ou de morte não lhes eram previstos direitos, sejam patrimoniais, sucessórios ou divisão de bens. Alguma evolução de tratamento legal aconteceu só depois de regulamentada a sociedade de fato, que exigia a comprovação da contribuição de cada um para que não se sobressaísse em detrimento do outro, o que geralmente acontecia com a mulher. (DIAS, 2015),

Como já mencionado acima, a união estável era vista como uma escolha para os casais que se encontravam separados de fato, e que não podiam casar novamente, pois no Brasil, durante este período, não era o divórcio aceito como forma para dissolver de vez o vínculo matrimonial. (TARTUCE, 2014)

O divórcio apenas ingressou na ordem jurídico brasileira em 1977, o que em virtude da sua tardia efetividade ocasionou um demasiado aumento das relações concubinárias, relações essas em que a mulher era a principal vítima sendo relegada ao status de concubina o que impedia o seu acesso ao mercado de trabalho, a deixando a mercê e dependente do homem, em virtude da cultura patriarcal com bastante influência na época. (LÔBO, 2017)

Além de todo o preconceito sofrido pela mulher que se envolvia com um homem impedido de casar, mas que mesmo assim vivia com ele em concubinato, não era assegurado nenhum direito, independentemente da colaboração econômica que a mulher tivesse feito. (LÔBO, 2017)

Portanto até o que hoje é consagrado pela Constituição Federal, às relações que fugiam do matrimônio eram discriminadas não sendo garantido às partes nenhuma espécie de direito, seja por morte ou por qualquer outra situação. O amparo jurídico a esta espécie de família foi tardio em virtude de todas as desigualdades vivenciadas. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Somente em 1963 foi que teve uma primeira lei no sentido de que fosse reconhecida ao concubinato alguma espécie de efeito jurídico, este na esfera previdenciária e se tivesse existido uma convivência de prazo não inferior a 5 anos. O que não deixa de ser um avanço pois via-se a companheira, a época chamada de concubina, como destinatária de alguma tutela jurídica. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Com o passar dos tempos às uniões que não decorressem do casamento acabaram sendo aceitas pela sociedade, o que fez com que a lei se adequasse aos anseios da sociedade, passando assim a ser aceito um novo parâmetro para o que se entende por família, consagrando a esta independentemente do seu modelo uma proteção estatal, sejam as relações de fato entre homem e mulher, sejam as famílias formadas apenas por um dos pais e seus filhos. (DIAS, 2013).

### 2.3 PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

Ao se falar em família deve ser atribuído um sentido amplo, conforme o que foi estabelecido constitucionalmente, não mais fazendo ligação apenas ao matrimônio ou a ideia de que família é aquela composta por pai, mãe e filhos.

Neste sentido dispões Dias (2013, p. 39).

Pensar em família ainda traz a mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filho. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam com o perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homo afetivas permite reconhecer que seu conceito se pluralizou. Daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não servem mais, pois trazem um ranço discriminatório. Segundo Michele Perrot, despontam novos modelos de família, mas igualitárias nas relações de sexo e idade, mas flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

A família atualmente possui uma função instrumental voltada aos seus interesses afetivos e não econômicos ou simplesmente com o objetivo de povoar o mundo como era visto em tempos passados. (DIAS, 2013).

A família possui nos dias atuais um viés solidário, humanístico, um viés de respeito e amor voltado a proteção da pessoa humana. O que ocorreu foram novas formas de expressar amor, carinho e cuidado aos seus, só que de forma livre, e não somente como o Estado estabelecia em tempos remotos e de forma unilateral e determinada. Sendo nos dias atuais ressaltados novos modelos voltados para afetividade. (DIAS, 2013). Foi a partir do advento da Constituição Federal de 1988 que foi dado um fim nesse pensamento conservador, mantido durante muito tempo na história o qual tratava de forma marginalizada qualquer outra forma livre de união e que não era considerada família. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

E nessa vertente de pluralidade familiar o Estado foi se adequando aos anseios da sociedade começando a garantir uma tutela jurisdicional às situações que mereciam tal proteção, tendo como exemplo a união estável, sendo que esta recebeu proteção estatal com previsão no Art. 226 § 3º da Constituição Federal, tendo o seu reconhecimento como entidade familiar. Garantindo de maneira ampla proteção a todas as espécies de família independentemente de sua composição a saber o núcleo formado por um dos pais e seus filhos, previsto do § 4º do mesmo artigo, a chamada família monoparental. (DIAS, 2013).

Como já mencionado são amplas as possibilidades de modelos familiares não sendo uma mais importante que a outra. Neste sentido tem-se ainda as uniões homoafetivas caracterizadas pela união de pessoas do mesmo sexo as quais merecem também tutela jurídica, isso em nome da dignidade da pessoa humana principal pilar e prevista como cláusula pétrea, pois é certo que a nenhuma relação que tenha por base o afeto poderá deixar de receber o status de família. (DIAS, 2013).

A família monoparental pode ser caracterizada por originária ou superveniente, sendo originária quando decorrer de adoção o que independe de sexo e partir disso passa a constituir um núcleo familiar. A superveniente ocorre por fatos da vida (morte, divórcio, separação de fato), ocorrendo a fragmentação do núcleo familiar originariamente composto. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

O modelo poliafetivo de constituição familiar encontra amparo no afeto, como já mencionado é o pilar e o mais importante fator para que possa se constituir uma família, não é pelo o fato desse tipo de relação se caracterizar pela união de 3 (três) pessoas que não receberá a proteção estatal, haja vista no mencionado instituto há aceitação das partes envolvidas o que descaracteriza qualquer desrespeito ao dever de fidelidade nem tampouco afronta ao princípio da monogamia. “Não havendo a ninguém prejuízo, de todo descabido negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor.” (DIAS, 2013 p. 54).

A família parental ou anaparental pressupõe da convivência de parentes ou não, desde que em uma mesma estrutura e que estes tenham os mesmos propósitos. Pois certa é a previsão de pessoas que vivem juntas e contribuem para a formação do patrimônio seja caracterizada como entidade familiar, sendo que estas não se diferenciam demasiadamente das famílias monoparentais, apenas por não

ser formada por um pai e um filho, pois certo é a existência do afeto, elemento propulsor para formação de uma família. (DIAS, 2013).

As famílias recompostas, reconstruídas são aquelas constituídas depois de desfazimentos de relações afetivas anteriores, apesar de ainda encontrar uma grande resistência na aceitação deste modelo não se pode negar sua existência, pois o que mais ocorre no rompimento de relações e nas constituições de novas é que as partes se unam levando seus filhos e ainda podendo surgir dessa relação, filhos em comum. (DIAS, 2013)

A resistência na aceitação, parte do pressuposto que seria o mesmo que modelo monoparental em decorrência do vínculo do genitor com o seu filho, em virtude de não importar o novo casamento em restrições aos direitos e deveres com relação aos filhos. (DIAS, 2013).

A família natural pelo o próprio nome sabe-se que é aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus filhos, sendo tal modelo ligada a ideia de família biológica. Extensa ou ampliada se define por ser aquela formada por parentes mais próximos os quais a criança conviva e que obviamente mantem vínculos afetivos e de afinidade. (DIAS, 2013)

A tentativa da manutenção na família natural em tese é o que é o melhor para a criança, embora nem sempre isso seja possível devido a fatores prejudiciais ao bem estar da criança. Em virtude dessas situações busca-se excepcionalmente a colocação em família substituta, deste que garanta a convivência familiar bem como comunitária a criança. (DIAS, 2013).

No dizer de Patrícia Mattos Amatto Rodruigues:

Superada a percepção de família com o fito de reprodução, pregada pelo Código Civil de 1916, em função de valores predominantes a sua época, transparecem novos contornos para o direito de família, mais precisamente com o advento da Constituição de 1988, que solidificou valores sociais e humanizadores, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial, tratando-se de entidade de afeto e solidariedade fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana. Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, sendo alicerce primordial para o alcance da felicidade. (2009, s/n)

Diante de todo o exposto resta evidenciado que família nada mais é do que um dos elementos mais importantes de uma sociedade seja qual for a sua modalidade ou composição, pois o que prevalece é o amor o afeto e acima de tudo o respeito entre os seus membros, esses sim são elementos que caracterizam e definem uma família. Não se pode negar, nem tampouco querer aceitar o que se entende por família nos dias atuais, o qual foge daquela figura única que marginalizava outras formas de constituição familiar. (DIAS, 2013).

Formas essas que eram e são formadas por pessoas que tem sentimentos, que possuem e devem ter sua dignidade respeitada e protegida pelo estado, não sendo, portanto mais aceito qualquer forma discriminatória neste sentido. O conceito de família ganhou um amplo alcance e mais que isso, com a devida previsão da Constituição a família é tida como base do Estado e da sociedade devendo portanto receber proteção estatal, independente da sua modalidade, pois família é amor, afeto, respeito e solidariedade. (DIAS, 2013).

### 3 DIREITO SUCESSÓRIO–TRATAMENTO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO

Suceder significa assumir algo no lugar de outra pessoa, tomando para si a titularidade de determinado bem, isso no sentido amplo da palavra. O comprador ao adquirir de uma outra pessoa um objeto que esteja à venda acaba por suceder este nos direitos relativos ao bem que foi comprado, ocorrendo assim a mudança de titularidade. (GONÇALVES, 2018).

Essa é apenas uma das variadas formas de sucessão *inter vivos* possíveis no ordenamento jurídico, haja vista o direito das obrigações, direito das coisas, bem como no direito de família prevê a possibilidade de mudanças na titularidade de determinado bem, interesse ou situação a depender do caso concreto. (GONÇALVES, 2015).

Suceder no sentido amplo da palavra refere-se a uma troca de titularidade, na modalidade *inter vivos*. A sucessão que depreenderá a partir de agora alterar-se-á para a sucessão a regular direito e deveres que surjam depois da morte (*causa mortis*), ramo este que se efetiva por regular a transferência de todo o patrimônio do autor da herança *de cujus* aos seus sucessores. (GONÇALVES, 2015). “Compreende-se por Direito das sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte.” GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 34).

Não se pode negar a importância do capitalismo para o direito das sucessões, no entanto este não decorre de uma ordem moderna, pois certo é que o direito de propriedade é bem anterior ao que se entende por capitalismo, sendo que apenas foi modificada e aperfeiçoada com o passar dos tempos. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Em algumas civilizações como Índia e Roma a religião significa a reunião da família, ou seja era o que promovia agregação familiar, neste sentido e com o objetivo de que fosse mantido essa união familiar, era incumbido ao herdeiro em caso de morte cultuar a memória do falecido, pois o fato de não ter quem cultivasse a sua memória era considerado um dos maiores castigos divinos. (GONÇALVES, 2015).

Dessa forma, ocorria de maneira bem tímida a presença do direito sucessório, pois todo esse processo de honrar o falecido era designado ao filho herdeiro, ficando uma obrigação para ele, algo pelo o qual seria responsável em



virtude da morte de outrem, tal ônus era específico para o filho, isso porque por muito tempo a sucessão só se aplicava na linha masculina. (GONÇALVES, 2015).

Neste sentido Venoza (2015, p. 2):

O compromisso das sucessões, ao contrário do que ocorre nas obrigações e nos direitos reais, foi o que mais sofreu mutações com relação ao direito moderno. Isso porque uma das fundamentais características do direito clássico era de que o herdeiro, na época, substitua o morto em todas as relações jurídicas e, também, nas relações que nada tinham a ver com o patrimônio, mas com a religião. O sucessor *causa mortis* era o continuador do culto familiar. A continuação da pessoa do morto no culto doméstico era uma consequência necessária da condição assumida de “herdeiro”.

Com a Lei das XII Tábuas o direito sucessório evoluiu de tal maneira que foi concedido uma liberdade ao *pater famílias*, tendo este o poder de dispor dos seus bens para depois da morte, mesmo que de forma restrita, pois havia a possibilidade de ser devolvida à sucessão aos herdeiros de maneira geral caso não tivesse disposto acerca do testamento. (GONÇALVES, 2015).

Com outros códigos, como o de Justiano a sucessão adquiriu um viés mais semelhante aos dias de hoje, sendo fundada em um parentesco natural, a qual estabelecia da seguinte forma: os descendentes, ascendentes, em concurso com os irmão e irmãs bilaterais, os irmãos e irmãs consanguíneos, outros parentes colaterais. (GONÇALVES, 2015).

O direito sucessório nas antigas civilizações, e por um medo demasiado das pessoas de morrerem e não deixarem testamento, acabaram por conhecer e aderir a sucessão testamentária, sendo considerado para eles uma vergonha tal situação. (GONÇALVES, 2015).

Por outro lado o Direito germânico não previa qualquer disposição acerca da disposição testamentária, havendo apenas tal possibilidade para herdeiros e se fosse através dos vínculos sanguíneos. O que se nota é que o direito sucessório se dava de forma tímida em algumas civilizações, diferentemente do que vivenciamos nos dias atuais em decorrências de todas as mudanças legislativas que ocorreram. (GONÇALVES, 2015).

O princípio da *saisine* característico do direito do sucessório e presente no ordenamento jurídico nos dias atuais já possuía previsão no Código Civil português de 1867, sendo reafirmado também e em tempos depois no Código Civil Brasileiro de 1916, prevendo que, desde aberta a sucessão o domínio e posse dos bens

transmitir-se-iam aos herdeiros sejam legítimos, sejam testamentários. (GONÇALVES, 2015).

Já no âmbito da Constituição Federal o direito sucessório encontra-se no art.5º, estando previsto o direito de herança no rol dos direitos fundamentais, bem como no art. 227, § 6º dispondo sobre a igualdade de direitos que deve existir entre todos os herdeiros, sejam eles havidos do casamento ou não, bem como os filhos havidos por adoção. E com isso diversas mudanças ocorreram no direito sucessório, bem como no direito de família devido a ligação destes dois ramos, mudanças essas ocasionadas em virtude dos anseios da sociedade que cada vez mais distanciam-se de um padrão já estabelecido. (GONÇALVES, 2015).

Como já mencionado em momento anterior, em tempos remotos a única forma possível e válida para a união de duas pessoas era a que fosse mediante casamento, sendo qualquer outra forma totalmente marginalizada pela sociedade e Estado. No entanto este cenário passou a mudar com o decorrer dos tempos e com as necessidades sociais que surgiam e que obviamente precisavam ser reguladas. (DIAS, 2013).

Desta forma a figura do companheiro passou a ser aceita e regulamentada pela legislação configurando a essas relações o nome de união estável, devendo ter por parte do Estado toda proteção. (DIAS, 2013).

Contudo, essa proteção não se deu de forma absoluta, sendo necessário entender que a regulamentação da proteção ao cônjuge no âmbito do casamento em relação aos seus direitos partirá do regime matrimonial que foi adotado pelo o casal. (NEVARES, 2015).

Devendo ser ressaltado que nem sempre se deu dessa forma, pois mesmo sendo a união constituída através do casamento, no Código Civil de 1916 o cônjuge ficava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, ou seja depois dos colaterais de quarto grau, algo demasiadamente injusto. (NEVARES, 2015).

O cônjuge foi remanejado para terceiro lugar na ordem de vocação hereditária após e com previsão na Lei 1.839 de 31 de dezembro de 1907 “Lei Feliciano Pena”, o que foi mantido pelo Código Civil de 2002. (NEVARES, 2015).

Dispunha também o Código Civil de 1916 que o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, podendo ser excluído da sucessão a vontade do testador. Nota-se então que o cônjuge mesmo sendo este advindo do casamento, que por muito tempo foi a única forma possível de constituição familiar foi discriminado muito

tempo na história quanto a questão sucessória, não recebendo a proteção necessária e que hoje lhe é garantida. (NEVARES, 2015).

Com todas as transformações ocorridas o casamento foi deixando de ser a única forma possível de constituição familiar, passando a ser cada vez mais visto e valorizado quanto ao seu viés afetivo. (NEVARES, 2015).

Passado o período restrito no qual o cônjuge tinha os seus direitos sucessórios bem restritos e com o advento do Código Civil de 2002 o cônjuge é incluso na categoria de herdeiros necessários, que são aqueles que tem direito a parte legítima da herança o que equivale a 50% dos bens do testador do qual os herdeiros necessários não podem ser privados, conforme prevê o art. 1845 do Código Civil de 2002. (NEVARES, 2015).

O cônjuge na qualidade de herdeiro necessário, concorrerá com os descendentes, salvo se for casado em regime de comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial e se o de cujus não deixou bens particulares, bem como concorrerá o cônjuge com os ascendentes, ampliando e garantindo ao cônjuge proteção aos seus direitos no âmbito do casamento. (NEVARES, 2015).

Possuindo o cônjuge outros direitos, tais como: o direito real de habitação que garante ao cônjuge sobrevivente a permanência no imóvel de residência do casal, mesmo após o falecimento, imóvel esse que é destinado a residência familiar, nos moldes do art. 1831 do Código Civil. (NEVARES, 2015).

No âmbito do direito Internacional Privado o art. 10 § 1º da Lei de introdução ao Código Civil excepciona a regra de que será aplicada à sucessão a Lei do país em que era domiciliado o defunto, porém a previsão do mencionado artigo vem com o intuito de também proteger o cônjuge, pois tal regra possui uma exceção, quando for mais benéfico ao cônjuge e aos seus filhos brasileiros a lei que será aplicada a sucessão será a Lei Brasileira, nos casos de estrangeiro domiciliado no Brasil. (NEVARES, 2015).

O Código de Processo Civil, em seu art. 990, dispõe acerca do inventariante, aquele que é responsável pela identificação, arrolamento, avaliação, administração e partilha dos bens da herança. Pois bem, ao cônjuge é garantido esse direito devendo este ter sido casado no regime de comunhão e que estivesse ao tempo da morte convivendo com o outro, podendo então administrar os bens da herança até o momento que seja feita a partilha. (NAVARES, 2015).

Art. 1.831. Código Civil: 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)

Art. 10. Lei de introdução Código Civil: A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil. será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio. (BRASIL, 2002).

Art. 990. O juiz nomeará inventariante:

I - o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste. (BRASIL, 2015).

O Código Civil de 1916, por contemplar como forma de constituição familiar apenas a que se desse por meio do casamento (matrimônio civil), muito tardiamente foram reconhecidos os direitos do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro. (NEVARES, 2015).

Somente após o advento da Constituição Federal de 1988, prevista em seu art. 226, § 3º, passou a ser reconhecido a união estável como uma entidade familiar, passando do Direito das Obrigações, como era visto no Código Civil de 1916, para o Direito de Família e denominado de união estável. (NAVARES, 2015).

No âmbito do direito sucessório previsão nenhuma havia acerca de direitos aos companheiros, mesmo a união estável sendo considerada entidade familiar, passando a ser aplicado de forma analógica aos companheiros, os direitos garantidos aos cônjuges e em virtude do já mencionado art. 226 § 3º. (NEVARES, 2015).

Apenas com o advento das Leis 8.971/94, que regulavam o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei 9.278/96 que regulamentava o §3º do art.226 da Constituição Federal reconhecendo a união estável como entidade familiar, passaram a ser garantidos expressamente e legalmente direitos aos companheiros mesmo que de forma ainda limitada, tendo em vista que a Lei 8.971/94 exigia um período de 05 (cinco) anos para poder a companheira ter direito a alimentos bem como participar da sucessão, pois se assim não fosse a união estável restaria descaracterizada. (NEVARES, 2015).

Portanto, a convivência de fato era necessária e há mais de cinco anos, havendo dessa forma uma discriminação aos direitos do companheiro (a) que

compartilhou momentos da vida com o outro, sejam tristes ou felizes, mas que se não alcançasse o tempo estimado pela lei, ficaria totalmente desamparado, tempo este não previsto para o cônjuge que contraiu o matrimônio. (NAVARES, 2015).

Pelo o que já fora exposto percebe-se que no decorrer de toda história houve discriminação e desigualdade em relação ao direito sucessório tanto para os cônjuges e para os companheiros, que só passaram a ter sua união reconhecida a partir da Constituição Federal de 1988, que equipara a união estável a família não devendo portanto ocorrer qualquer forma de discriminação neste sentido. (NEVARES, 2015).

E mesmo com toda essa evolução nota-se que muitos dos direitos garantidos ao cônjuge não foram expressamente garantidos aos companheiros, ficando tal aplicação a depender de interpretações e analogias. (NEVARES, 2015).

Mesmo com a previsão Constitucional a Lei 8.971/94 ainda trazia em seu texto uma limitação aos direitos dos companheiros em relação ao tempo exigido de cinco (05) anos para que assim o companheiro(a) tivesse direitos a alimentos e sucessão. O que não ocorre mais, sendo totalmente descabido a ideia de tempo mínimo para que haja caracterização de união estável. (NAVARES, 2015).

O conceito de união encontra-se no art.1729 do Código Civil de 2002 que para caracterizar-se deve conter: publicidade; continuidade; estabilidade e o objetivo de constituição de família. (NEVARES, 2015).

Porém, essa ideia de continuidade não se confunde com a quantidade de tempo que passam juntos, e sim uma convivência contínua que contenha o animus de permanência e definitividade o que diferencia uma união estável de um namoro, sendo portanto totalmente incabível qualquer exigência de tempo máximo de convivência para que seja caracterizado a união estável. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2015).

Contudo, diante do que já foi dito e levando em consideração toda a evolução ocorrida no tratamento dado ao cônjuge e companheiro, percebe-se que ainda há dispositivos que acabam por insistir e manter uma discriminação e uma desigualdade para com o tratamento dispensado ao companheiro. (NEVARES, 2015).

Para com o companheiro inicialmente, não havia previsão quanto a direitos sucessórios; posteriormente e sendo mais preciso, no ano de 1994 surge uma lei que dispõe de tal possibilidade mas a que limita a uma convivência que precisa

alcançar certo lapso temporal para poder ser garantido o direito a questões sucessórias e a alimentos. (NEVARES, 2015).

E mesmo já nos anos 2000 e com diversas mudanças legais ocasionadas neste sentido, passou o Código Civil de 2002 em seu art.1790 por permitir a continuidade dessa desigualdade entre cônjuge e companheiro quanto as questões sucessórias, dispondo de uma forma menos favorável ao companheiro em relação ao que é garantido ao cônjuge. (NAVARES, 2015).

Assim dispõe o mencionado artigo:

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: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) 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).

A partir da leitura do dispositivo acima resta evidenciado o tratamento não equânime ainda contemplado sob a égide do Código Civil de 2002 para com o companheiro, que só terá direito a uma possível totalidade da herança caso não haja parentes a serem designados, o que de fato não ocorre com o cônjuge, pois o companheiro só herdará como já dito caso não haja nenhum parente com capacidade sucessória, havendo uma disparidade com o que é aplicado ao cônjuge. (NAVARES, 2015).

Nas palavras de Gandra:

Ao reconhecer outras formas de constituição da família, além do casamento, a Constituição de 1988 constitui o marco de uma importante mudança de paradigma em relação ao conceito de família. O princípio da dignidade humana tornou-se a chave interpretativa a balizar as relações familiares sobre a nova égide constitucional, que proibiu qualquer distinção discriminatória. (2017, s/n)

Percebe-se, portanto que os anseios sociais bem como a previsão Constitucional garantida as diversas formas de entidades familiares não foram suficientes para que fosse colocado um ponto final em reiteradas disposições que trazem em seu bojo uma desigualdade entre o casamento e a união estável, nas

quais o companheiro é tratado de forma inferiorizada em relação ao cônjuge quanto a questões sucessórias. (DIAS, 2013).

Para a Constituição Federal tais institutos devem ser tratados de forma equânime, pois são entidades familiares de modo que caracterizam-se pelo afeto, amor, respeito e solidariedade entre seus membros e não por um modelo padrão e imposto como assim o era por muito tempo e a história permite relembrar. (DIAS, 2013).

## 4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL

No presente capítulo iremos analisar as decisões do Supremo tribunal Federal em que julgou pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil e quais foram suas consequências que impactaram o direito sucessório, em razão de ainda existir um tratamento não equânime entre cônjuge e companheiro de acordo com parâmetros previstos na Constituição Federal de 1988.

### 4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Com todos os avanços que contemplam o conceito de família diversas legislações e jurisprudências compreenderam as transformações e adequaram-se aos anseios sociais. (GANDRA, 2017).

No entanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1790, prevê de forma cristalina um tratamento não equânime entre cônjuges e companheiros quanto a questões sucessórias, ficando o companheiro (a) em situação tal que poderia vir a não ter direito algum em relação aos bens do outro companheiro (a), o que configura uma afronta a Constituição Federal que prevê uma relação de igualdade entre ambas relações. (GANDRA, 2017).

Com isso e diante de toda discrepância trazida pelo diploma legal, acabou por ocasionar divergências entre alguns tribunais, de modo que para alguns o artigo 1790 era constitucional e para outros não. (GANDRA, 2017).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal acabou por declarar em maio de 2017 a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, decisão essa que foi proferida após julgamento de dois Recursos Extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal, RE 646.721/RS o qual abordou uma questão sucessória derivada de uma relação homoafetiva e RE 878.694/MG, aborda questão sucessória por meio de uma relação heteroafetiva, concluindo nas decisões de tais recursos que não deve haver discriminação, bem como também não deve existir um tratamento diferenciado em questões sucessórias independentemente de qual seja a orientação sexual. (PINTO, 2018).

Como já mencionado a decisão que julgou pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil derivou do julgamento do recursos extraordinários: RE 646.721/RS e RE 878.694/MG, o primeiro recurso tratava-se de uma união



homoafetiva, onde questionava-se a partilha de bens do falecido entre o companheiro e a mãe daquele, quando julgado pelo TJ/RS foi reconhecido 1/3 da herança para o companheiro, ou seja não foi aplicado o que é previsto para cônjuge, conforme o art. 1837 do Código Civil. (ANDRADE, 2018).

Tendo em vista que as uniões homoafetivas já foram equiparadas a união estável e está ao casamento, devendo ser garantidos os mesmos direitos reservados ao cônjuge em virtude do casamento, dessa forma, também não deve ser discriminizadas a uniões homoafetivas. (ANDRADE, 2018).

Já o segundo recurso deslumbrava a questão onde foi conferido a companheira a universalidade de bens do casal, importante ressaltar que o falecido não possuía nem descendentes e ascendentes vivos, apenas irmãos, a decisão foi deferida pela primeira instância. Em recurso por parte dos irmãos do falecido o (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) não conheceu a decisão de primeira instância e aplicou ao caso o art. 1790 do Código Civil, concedendo a companheira 1/3 da herança, desde que adquirida de forma onerosa pelo casal. (ANDRADE, 2018).

Posteriormente a companheira interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal com o intuito de ser modificada a decisão do (TJ-MG).

Dispondo, Andrade (2018, s/n):

Tal julgamento, no STF, teve início em agosto de 2016, tendo, desde o começo da sua tramitação, sete votos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1790 CC/02. Votaram pela inconstitucionalidade do artigo os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, e o próprio ministro relator Luís Roberto Barroso. A tramitação do processo foi interrompida com o pedido de vista realizado pelo ministro Dias Toffoli, somente voltando para a pauta de julgamento no ano de 2017. O ministro Dias Toffoli proferiu voto com posicionamento diverso, ou seja, pela constitucionalidade do art. 1790 CC/02, alegando que a Constituição Federal de 1988 não igualou a União Estável e o casamento, se fosse assim não teria facilitado a sua conversão em casamento. O ministro Marco Aurélio também pediu novas vistas, unindo também o julgamento do recurso extraordinário 646.721/RS, que tratava da sucessão de companheiro homoafetivo, do qual era relator, vez que não havia motivo para distinção, vez que o próprio STF já havia reconhecido a União Homoafetiva através da ADPF 132/RJ, dando tratamento igualitário em relação a União Estável. Para o ministro Marco Aurélio também não havia qualquer inconstitucionalidade devendo ser preservado todo o teor do art. 1.790 do Código Civil, vez que o art. 226, § 3º da CF/88, não igualou a união estável e o casamento, principalmente porque trouxe a possibilidade da conversão da união estável em casamento. Alega o ministro, ao proferir o seu brilhante voto, que a CF/88 reconheceu uma hierarquia entre as duas entidades familiares. Ricardo Lewandowski também votou pela constitucionalidade do art. 1790 CC/02.

**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 desequipará, 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 de 1988.
3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o 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”.

Sendo importante ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em que pese a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, prevê que não se deve tratar de forma inferior o companheiro em relação ao cônjuge o que evidencia uma total afronta ao que foi estabelecido pela Constituição Federal e por isso da necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo. (PINTO, 2018).

Neste sentido, Oliveira:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável. (2018, s/n).

O tema em questão que versava pela inconstitucionalidade do art. 1790 foi matéria de análise pelo Conselho da Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil prevendo que: “É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente”.

Dispondo Dias (2013, p. 191)

Em sede de direito sucessório é onde fica mais flagrante o tratamento discriminatório concedido ao parceiro da união estável, sendo tratado – e muito mal – em um único dispositivo (CC 1.790). O cônjuge é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O companheiro é somente herdeiro legítimo e herda depois dos parentes colaterais de quarto grau. O direito a concorrência sucessória também é diferente. Quando concorre com os descendentes e ascendentes, o direito do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência do relacionamento. Com relação aos colaterais até quarto grau, o direito concorrente é calculado sobre a totalidade da herança, mas o companheiro faz jus somente a um terço da herança. É subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, quota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente, se concorrer com os filhos comuns (CC 1.832). A disparidade prossegue quanto ao direito real de habitação, outorgado somente ao cônjuge (CC, art. 1.831). Ainda bem que a jurisprudência concede tal direito invocando a Lei nº 9.278/1996. Outra diferenciação descabida é conceder ao companheiro o direito a herança somente quando inexistirem herdeiros. A ausência de uniformidade levada a efeito pela lei, além de desastrosa, é fragrantemente inconstitucional.

A permanência de tal dispositivo no ordenamento jurídico além de discriminar totalmente a figura do companheiro em relação ao cônjuge em questões sucessórias viola princípios constitucionalmente garantidos, tais como a vedação ao retrocesso que nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 89) “Desenvolvido genialmente por J J. Gomes Canotilho, esse superior princípio traduz a ideia de que uma lei posterior não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrado”. Assim tal dispositivo ao passo de ser posterior a Constituição Federal traz uma expressa violação a um direito já estabelecido qual seja a igualdade que deve ser respeitada entre cônjuges e companheiros, assim não permitindo qualquer hierarquização no que tange a modelos familiares.

Neste sentido, dispõe Gandra:

Para a maioria dos ministros do STF que já se pronunciaram, a regra do artigo 1.790 acaba por trazer uma distinção entre as formas de estabelecimento de família, pelo casamento e pela união estável, distinção que a Constituição de 1988 não fez, estando em claro desacordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos. (2017, s/n)

A permanência do Art. 1790 no Código Civil viola, sobretudo o princípio da igualdade nos termos do art. 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe que “todos são iguais perante a lei”. A dignidade da pessoa humana “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”, (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2016, p. 78).

O artigo 1.790 do Código Civil vigente, além do já dito é inconstitucional por violar princípios como a proporcionalidade, igualdade, dignidade da pessoa humana e a vedação ao retrocesso, de modo que afronta a Constituição ao permitir que um dispositivo incluído posterior à sua vigência contemple uma redação tão reducionista e inferior ao que a Carta Magna traz em seu texto. (GANDRA, 2017).

No entanto, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade acerca do art.1790 do Código Civil e a previsão que a ordem de vocação hereditária se aplicará de forma que inclua o companheiro, muitas questões por mais que pareçam ter sido solucionadas por decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade não se apresentam tão fáceis assim, pois a verdade é que ainda permanecem enorme lacunas neste sentido. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2018).

O Código Civil de 2002 o qual deveria observar os preceitos da Constituição Federal acabou por contemplar dispositivos que iam de encontro aos seus preceitos, promovendo uma desigualdade entre cônjuge e companheiro em questões sucessórias. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2018).

Dito isso, por que esperar que agora o companheiro seja considerado um herdeiro necessário por analogia? Terá direito real de habitação também por analogia? Previsão legal havia a esse respeito e anterior ao Código Civil de 2002 quanto ao direito real de habitação na Lei 9278/96, mas que por analogia não foi levado em consideração promovendo desta forma uma hierarquização entre cônjuge e companheiro de modo que os direitos deste foram e ainda serão inferiorizados. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2018).

Deste modo o que se busca discutir são os impactos da declaração de inconstitucionalidade no direito sucessório em geral e em virtude de muitas disposições não preverem de forma expressa e legalmente a inserção do companheiro nas situações em que contempla a figura do cônjuge. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2018).

Perfeito seria se a interpretação aplicada aos companheiros de fato ocorresse e coadunasse com o que preceitua a Constituição Federal, mais isso não aconteceu nem mesmo tendo a Constituição federal como parâmetro, tendo como exemplo a permanência do art.1790 do Código Civil até maio de 2017. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2018).

Diante disso para evitar lacunas e interpretações ambíguas acerca de um tema que não deveria mais ser tratado desta forma a solução certa ou pelo menos que oferecesse uma maior segurança jurídica ficando expressa a menção ao companheiro nos dispositivos em que este também merece ser contemplado em razão da igualdade contemplada na Constituição Federal. (GAGLIANO E PAMPOLNA FILHO, 2018).

#### 4.2 IMPACTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

A união estável como dito anteriormente não possuía uma regulamentação e era fortemente discriminada, passou, com a Constituição Federal de 1988 a ser reconhecida como entidade familiar, devendo ser garantido a todos os direitos inerentes a família que derive do casamento, sendo, portanto base da sociedade e

merecendo proteção do Estado, não sendo admitida qualquer atitude que contemple a discriminação da figura do companheiro. (TARTUCE, 2017).

Deste modo, conforme visto anteriormente, foi declarado inconstitucional o art. 1790 do Código Civil, que trazia em seu texto uma desigualdade em questões sucessórias relacionado ao cônjuge e companheiro, sendo este inferiorizado, o que representa uma grande afronta a Constituição Federal, pois tal dispositivo viola princípios tidos por fundamentais. Mesmo que não haja internamente uma diferença entre cônjuges e companheiros em suas relações afetivas os efeitos jurídicos desses dois institutos apresentam enormes diferenças. (TARTUCE, 2017).

Apesar de parecer restar solucionadas todas as questões de que tratam do tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro em razão da declaração de inconstitucionalidade do art.1790 do Código Civil, de fato não estão. Infelizmente a adequação a dispositivos que já previam essa igualdade entre cônjuge e companheiro não foi respeitada e isso durante muito tempo. (TARTUCE, 2017)

Tanto a Constituição Federal como outras leis previam que os direitos entre cônjuge e companheiro deveriam ser igualados, bem como a previsão sucessória para o companheiro, isso em razão da união estável também ser uma entidade familiar. (TARTUCE, 2017).

Assim a questão que fica seria quanto aos impactos que causará no direito sucessório, mediante a declaração, que apenas contempla o art. 1790 e 1829 não fazendo menção a outros dispositivos que prevê a figura do cônjuge mas se calam quanto ao companheiro, restando assim lacunas a esse respeito. (TARTUCE, 2017).

Pela leitura do acórdão do Supremo Tribunal Federal, tal decisão não contempla todas as situações em que existe previsão de direitos para o cônjuge, não sendo aplicada a inconstitucionalidade a todos os dispositivos que não preveem para o companheiro os mesmos direitos que prevê para o cônjuge, respeitando assim o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2018).

O silêncio relacionado a essas questões acabaram por promover discussões judiciais e com amplas interpretações, acerca de um tema que poderia já ter sido resolvido. (TARTUCE, 2017).

Não se pode negar que diante das várias previsões de direitos sucessórios ao cônjuge a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil se

apresenta de maneira restrita por não incluir de forma clara o companheiro em todas as situações que existem previsão para o cônjuge. (TARTUCE, 2018).

Assim dispondo Santos (2014):

Foi somente com o Código Civil de 2002 que houve uma maior regulamentação da união estável e da participação sucessória dos companheiros. Contudo, como é sabido, o projeto do Código Civil foi elaborado em 1975 e não havia o reconhecimento da união estável ainda nesta data. O resultado disso foi uma inclusão às pressas desta entidade familiar, gerando inúmeras falhas na sua regulamentação, principalmente na disparidade de privilégios dos cônjuges em relação aos companheiros. (s/n).

Posto isso, o que poderia assegurar que as relações advindas da união estável não continuaram a ter tratamento diferenciado? pois muitos dispositivos importantes que fazem remissão ao cônjuge não se reportam a figura do companheiro, não sendo aplicado na égide do Código Civil de 2002 os parâmetros constitucionais já previstos. (GAGLIANO E PAMPOLNA FILHO, 2018).

Há de se duvidar então se o companheiro será considerado um herdeiro necessário, se este terá direito real de habitação entre outros dispositivos que ainda trazem tal diferenciação. A declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, sem dúvida era de fato necessária, mais ainda acabou por deixar lacunas quanto a abrangência dos direitos que também cabem ao companheiro. (GAGLIANO E PAMPOLNA FILHO, 2018).

E quanto a essas lacunas que restaram com a declaração de inconstitucionalidade, ficam dúvidas, pelo fato de não terem sido acobertadas pela decisão que declarou inconstitucional o art. 1790 do Código Civil, seria quanto a figura do companheiro ser ou não herdeiro necessário. O art. 1845 do Código Civil não contempla em seu rol a figura do companheiro, este limita-se aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge não fazendo qualquer menção a figura do companheiro. (TARTUCE, 2018).

Aplicando por analogia a Constituição deveria sim ser aplicado os direitos que são previstos para o companheiro ao cônjuge, principalmente em razão do princípio da igualdade, mas o fato é que vivemos com um sistema judicial falho que como mencionado anteriormente não respeitou nem os preceitos estabelecidos a tempos atrás pela Constituição Federal de 1988. (TARTUCE, 2018).

O que teria sido mais coerente era que tivesse sido contemplado a previsão de herdeiro necessário ao cônjuge na declaração, não restando espaços para duplas interpretações. (TARTUCE, 2018).

A questão do companheiro ser ou não herdeiro necessário, porque de fato é a dúvida que fica, desdobrando-se na aplicação de outros dispositivos do Código Civil, quanto a aplicação dos arts. 1846 e 1849, os quais se referem ao pertencimento da metade dos bens aos herdeiros necessários e o direito de não perder o seu direito à legítima, caso o testador lhe deixe algum legado por exemplo. (TARTUCE, 2018).

No caso de ter sido feito testamento sem saber da existência de outro herdeiro necessário este deverá ser rompido, assim, dispondo o art.1974 do Código Civil. São questões essas que ser ou não ser considerado figura de herdeiro necessário podem acabar ocasionado aos companheiros tratamento desigual, pois se não é claro o fato de ser um herdeiro necessário, a ausência de uma previsão legal expressa pode gerar diversos posicionamentos. (TARTUCE, 2018).

Com relação ao direito real de habitação garantido ao companheiro e que era previsto na Lei 9278/96, já no Código Civil não há até hoje, expressa previsão a esse respeito, sendo que o diploma legal menciona apenas o cônjuge, não deixando e nem prevendo que tal direito também cabe ao companheiro, o art.1831 do Código Civil, não prevê a possibilidade de extinção do direito real de habitação caso o cônjuge constitua uma nova família. (TARTUCE, 2018)

Por outro lado, constava previsão na Lei 9278/96 que se o companheiro constituísse nova família este perderia o direito real de habitação, no entanto esta foi revogada e mesmo o código civil sendo posterior a mencionada lei a figura do companheiro não ficou expressamente prevista, continuando a ser tratado de forma diferenciada em relação ao cônjuge. (TARTUCE, 2018).

O direito real de habitação é tido como um direito fundamental à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal. Então, se o companheiro necessitar de tal tutela a ele deve ser garantido, assim como é previsto para o cônjuge e nos mesmos limites, pois este compartilhou de sua vida com o outro até sua morte. (TARTUCE, 2018)

Sendo portanto mais do que justo que tenha direito a esta tutela, que de fato deveria ser expressamente prevista, evitando qualquer discussão em sentido contrário, bem como qualquer violação a princípios constitucionalmente garantidos



que poderiam ocorrer no caso da não aplicação deste direito ao companheiro. (TARTUCE, 2018).

O objetivo da decisão que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil foi de conferir a união estável o mesmo valor jurídico que é conferido ao casamento, especificamente no concerne ao direito sucessório, buscando assim aniquilar o tratamento desigual que foi dado por muito tempo ao companheiro. (RODOLFO, 2017).

O Código Civil é posterior a Constituição Federal de 1988, que já previa a união estável como entidade familiar, devendo assim não ocorrer nenhuma forma de hierarquização entre os tipos de modelos familiares. (RODOLFO, 2017).

Todavia do o objetivo da declaração garantir a igualdade entre cônjuge e companheiro, essa questão como já mencionado, não ficou totalmente resolvida. (RODOLFO, 2017)

O próprio Código Civil que prevê direitos ao cônjuge que não foram contemplados ao companheiro, como ser ou não o companheiro também herdeiro necessário, bem como outras garantias acima descritas que não foram mencionados na declaração de inconstitucionalidade. (RODOLFO, 2017).

Ocasionalmente lacunas na Lei que impossibilitam um posicionamento sólido frente ao caso concreto, pelo o fato de não ter ficado tal questão definitivamente resolvida. (RODOLFO, 2017).

Diante de tais lacunas e questões que não foram esclarecidas e que ficaram legalmente sem respostas, restou evidenciado que a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código civil não foi abrangente ao ponto de realmente equiparar cônjuge e companheiro. (RODOLFO, 2017).

Mesmo presente todas incongruências em razão da forma restrita na qual se deu a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, por acabar ainda permitindo um tratamento não equânime entre cônjuge e companheiro pelos os motivos já expostos, é necessário entender os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. (TARTUCE, 2017).

Com o objetivo de garantir uma segurança jurídica em razão de questões já decididas anteriormente a decisão de inconstitucionalidade, manteve-se a modulação dos efeitos. Nas palavras do ministro Barroso:

"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". (STF, recurso extraordinário 878.694/MG, relator ministro Luís Roberto Barroso).

Assim sendo e por ter sido reconhecida a presente tese com repercussão geral, nas palavras de Tartuce (2017, s/n). "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil".

Portanto dotada de efeitos erga omnes, deverá ser aplicado nas situações em que ainda não tenha havido trânsito em julgado dos inventários, ou seja apenas nos que estiverem em curso e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública, garantido uma segurança jurídica aos casos pretéritos. (ANDRADE, 2018).

Desta forma e voltando as análises acerca das discrepâncias que rodeiam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o Instituto de Direito Brasileiro de Famílias opôs embargos declaratórios em relação a figura do companheiro quanto ao direito de ser considerado herdeiro necessário, ter direito real de habitação, bem como outros pontos que prevê expressamente direitos ao cônjuge, mas que não ficaram claros quanto a sua aplicação ao companheiro. (SANTOS, 2017).

Nada ainda foi decidido quanto ao julgamento dos mencionados embargos, porém, é claro que não pode ser considerado que em virtude da declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil foi garantido a cônjuges e companheiros um tratamento equânime, pois lacunas ainda existem e são elas que permitem o questionamento dessa não igualdade que de fato ainda não existe. (SANTOS, 2017).

Deste modo e em virtude de tais lacunas e da não abrangência da declaração de inconstitucionalidade que contemplasse o companheiro nas situações em que há previsão para o cônjuge, acaba por ainda permanecer no ordenamento jurídico, especificamente em questões sucessórias um tratamento não equânime do tratamento destinado ao cônjuge em relação ao companheiro. (SANTOS, 2017).

A ausência legislativa que ocasiona a omissão na previsão expressa de tais direitos, direitos estes que já foram consagrados na Constituição Federal, que tem por base o princípio da igualdade determinando que deve ser garantido a todas as formas de entidades familiares, um tratamento não diferenciado, não sendo mais aceito portanto qualquer forma de discriminação, muito menos que promova a inferiorização de qualquer um de seus membros. (SANTOS, 2017).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o objetivo proposto por meio deste trabalho foi analisar os impactos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, no que tange a desigualdade entre cônjuge e companheiro no direito sucessório, de forma que foram abrangidas as omissões que constam na referida declaração, as quais acabam por promover um tratamento não equânime entre cônjuge e companheiro em razão de suas relações.

Ao longo do trabalho foi abordado a evolução histórica acerca do que se entendia e se entende por família, até os dias atuais, tendo sido abrangido o seu conceito e como este foi aplicado ao longo da história, bem como a sua abordagem constitucional e como está se deu em relação às pluralidades de entidades familiares existentes. Também foi tratada sobre a união estável, tendo sido realizada a discussão acerca do regime sucessório entre cônjuges e companheiros e as suas diferenças, que partiu de uma análise histórica acerca do tema, para poder obter uma melhor compreensão de como se aplica o direito sucessório nos dias hodiernos.

O que desta forma possibilitou o entendimento acerca dos efeitos que a declaração ocasionou e ocasiona nos dispositivos não constantes, promovendo um tratamento não equânime nas relações advindas do casamento e da união estável, sendo que o companheiro recebeu e pode ainda receber um tratamento diferenciado.

Tais discrepâncias foram mantidas por anos, apenas em maio de 2017, por meio de dois recursos com repercussão geral reconhecida, teve a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil declarada, dispondo que: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferencial de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. (ANDRADE, 2018).

No entanto, por mais que pareça resolvida a celeuma acerca da desigualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro no direito sucessório em razão da declaração, não é bem assim que acontece. A declaração de inconstitucionalidade refere-se aos arts. 1790 e 1829 do Código Civil, de modo que a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1829 passará a incluir também o companheiro, não mais acontecendo qualquer diferenciação.

Em virtude da omissão que permeia a declaração e diante de tantos outros dispositivos previstos no Código Civil que prevê a figura do cônjuge e lhe confere tantos outros direitos, e por não contemplarem a figura do companheiro, restam dúvidas acerca da aplicação de tais dispositivos às relações derivadas da união estável e se realmente será dada por resolvida a desigualdade que permeia as relações entre cônjuges e companheiros.

É importante ressaltar que a igualdade na qual deviam ser tratadas essas relações já estava prevista na Constituição Federal de 1988, e que mesmo com tal previsão, o Código Civil de 2002 contemplou dentre os seus artigos, um dispositivo que fere demasiadamente o que prevê a carta magna, não podendo portanto esperar que tal declaração promoverá de fato e de direito essa igualdade.

Deste modo e diante de todo o trabalho aqui exposto, temos que a solução mais coerente e que de fato possa promover uma igualdade nas relações, sejam elas advindas da união estável ou do casamento, seria uma expressa e legal previsão acerca do tema e não apenas de forma analógica, pois é dessa forma que pode ser interpretada a declaração, pois ela prevê uma desigualdade que não deve existir entre cônjuges e companheiros, mas não abrange a sua aplicação aos artigos que ainda promovem um tratamento não equânime, pois refere-se apenas aos arts. 1790 e 1820 do Código Civil.

Em razão disso, ocorre uma insegurança jurídica e um imensurável temor de que continuem a ocorrer violações de direitos, pois se não houve respeito a um preceito estabelecido constitucionalmente, em que pese a igualdade em tais relações, nada garante que agora terá. Se já é difícil uma aplicação justa e imparcial da justiça havendo previsão legal, quem dirá sem a expressa previsão da lei regulamentando as situações no caso concreto. Tal omissão acabará por permitir que relações advindas de uniões que não sejam o casamento em razão de não possuir expressa previsão legal acabem por não recebam o tratamento igualitário previsto na Constituição Federal de 1988 e com amparo de princípios fundamentais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana em matéria sucessória.

O trabalho em tela possuiu metodologia com finalidade básica, não foi tratado um tema propriamente novo, no entanto foram discutidas questões não contempladas na declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. A pesquisa teve cunho exploratório possuindo como principal ênfase levantamento bibliográfico.

Resta evidenciado, portanto que a importância da pesquisa parte do pressuposto em demonstrar o tratamento desigual que foi dado à união estável em toda a história, e a possibilidade que tal violação ainda continue a ocorrer mesmo depois da Constituição Federal de 1988 reconhecê-la como entidade familiar. Tem-se que ainda permanece em nosso ordenamento jurídico questões que não equiparam expressamente cônjuge e companheiro o que acaba por permitir diversas interpretações, onde o companheiro pode vir a continuar recebendo um tratamento inferiorizado.

Tendo em vista tudo o que foi apresentado durante o trabalho, e por ser um tema de relevância social em razão de ser intimamente ligada a vida das pessoas, fica como indicação de trabalhos futuros, a análise das decisões futuras dos tribunais em relação ao tratamento do companheiro, e se este de fato e de direito receberá o tratamento dispensado ao cônjuge ou se em virtude da restrição pela qual se apresenta a declaração de inconstitucionalidade o art. 1790 do Código Civil, ocorrerá interpretações que não beneficiem o companheiro em todas as situações previstas para o cônjuge.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira, **O reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil com julgamento do recuso extraordinário nº 878.604 do Supremo tribunal Federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66477/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-re-878-694-no-stf/3>>. Acesso em 10 de nov e 2018

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **DECRETO- LEI Nº 4.657, DE 04 DE SETEMBRO DE 1942. LEI DE INTRODUÇÃO AS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**. Disponível em: :< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 21 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JÂNEIRO DE 2002. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002** Disponível em: :< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 21 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015** Disponível em: < :< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 21 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015**. Disponível em

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**: Direito de família. 9ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família**. 6.ed.rev. e atual. De acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 7: **direito das sucessões**. 7 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: **Direito de Família**. 6 ed. Ver. E atual de acordo com o novo CPC. São Paulo. Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil brasileiro**, volume:7: **Direito das Sucessões**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil brasileiro.** Direito das sucessões, volume 7. Ed. 9 – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo. Direito Civil, **Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Cristiano Vieira, Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 10.ed. ver. Atual. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

RODOLFO, Sara Regina. **Inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. Efeitos da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil no direito das Sucessões**. Disponível em: < <https://concursandodireito.wordpress.com/tag/efeitos-da-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil-no-direito-das-sucessoes/>>. Acesso em 06 de nov de 2018.

RODRIGUES, Patricia Mattos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em 17 de set de 2018

SANTOS, Laísa. **União estável e a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil**, o portal da justiça e do Direito em Santa Catarina. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66477/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-re-878-694-no-stf/3>. Acesso em 06 de nov de 2018.

OLIVEIRA, Rafael Mansur. **Consulta jurídica Enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil consagra avanços no Direito de Família**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-21/rafael-mansur-enunciado-consagra-avancos-direito-familia>>. Acesso em 06 de nov de 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.6: **Direito das Sucessões**. – 11 ed. Ver. Atual. Ampl. Rio de Janeiro, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 13 ed. Rio de Janeiro: Gen, Revista, atualizada e ampliada, 2017.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil; Direito de Família**, 3ed; SP, Atlas 2003.