

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antonio Jorge Pereira Júnior, Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-157-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de Família. 3. Sucessões.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Após grandiosos e enriquecedores debates promovidos pelo Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões - que se realizaram durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, entre os dias 6 e 9 de julho, na Capital Federal, juntamente com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP – é com muita honra que apresentamos aos leitores a obra resultante deste valoroso trabalho.

Os artigos compilados neste livro retratam algumas das infindáveis discussões acerca de institutos contemporâneos dos direitos das famílias e sucessões, tendo sido abordado temas de extrema atualidade e relevância.

Com a alteração do paradigma da família, promovido com promulgação da Constituição Federal de 1988, novos arranjos familiares passaram a ser tutelados, possibilitando-se, por conseguinte, o reconhecimento da pluralidade das relações humanas, bem como da desbiologização das relações familiares, irradiando seus reflexos, inclusive, nas relações hereditárias.

A partir de tal perspectiva, os pesquisadores e pesquisadoras apresentaram de maneira crítica e com profundidade científica notável, aspectos das demandas mais atuais e controvertidas que permeiam esse ramo tão complexo do direito, considerando-se, sobremaneira, a consecução da dignidade da pessoa humana, bem como a concretização de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Abordar-se-á, nesta obra, uma pluralidade de temas, tais como: a possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva, a síndrome da alienação parental, a paternidade socioafetiva como um valor jurídico do afeto, o atendimento de mulheres em projeto de mediação de conflitos familiares, dentre inúmeros outros.

Pretende-se, assim, a partir da reflexão de pesquisadores e pesquisadoras das mais diversas instituições de ensino superior do país, oportunizar o diálogo, apresentando perspectivas suscetíveis a solucionar as atuais demandas apresentadas pelo direito das famílias e sucessões, bem como fomentar as pesquisas acerca de temas que emergem junto às

constantes alterações sociais e que imperam por respostas efetivas e que contemplem os princípios constitucionais, assim como a dignidade da pessoa humana.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UNICESUMAR/UEM

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior - UNIFOR

Prof. Dra. Luciana Costa Poli – PUC/MG

ATÉ QUE A MORTE OS SEPARE? UMA ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DESIGUALDADE ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL NO PLANO DA SUCESSÃO

TILL DO THE DEATH SEPARATE THEM? AN ANALYSIS OF (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE INEQUALITY MARRIAGE AND STABLE UNION IN SUCCESSION PLAN

Matheus Ferreira Bezerra ¹

Resumo

O presente trabalho busca analisar o tratamento jurídico desigual conferido pelo direito brasileiro ao cônjuge e ao companheiro no direito das sucessões, disciplinados no Código Civil de 2002, à luz da Constituição Federal de 1988, que consagrou os princípios de igualdade, pluralidade familiar e afetividade, determinando uma equiparação da união estável e o casamento, como entidades familiares, o que foi reproduzido pelo direito de família brasileira, para se perquirir se existe uma antinomia entre a proteção constitucional e o tratamento diferenciado oferecido pela lei ordinária aos dois entes familiares.

Palavras-chave: Sucessão, Igualdade, Pluralidade familiar

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the unequal legal treatment given by Brazilian law to the spouse and partner in the law of succession disciplined in the Civil Code of 2002, under light of the Federal Constitution of 1988, which established the principles of equality, family diversity and affectivity, determining a match of stable union and marriage, as family entities, which was reproduced by the right of the Brazilian family, to assert that there is a contradiction between the constitutional protection and differential treatment offered by the ordinary law of the two loved family.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Succession, Equality, Plurality family

¹ Professor Assistente da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

1. INTRODUÇÃO

A união estável e o casamento, atualmente, consistem em duas formas diferentes de constituição da entidade familiar, mas que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, possuem igual proteção e importância para a sociedade brasileira, sendo ambas reconhecidas como entidades familiares, ao lado das relações monoparentais.

Porém, em que pese a proteção legal conferida pelo Estado à família, seja ela formada pelo casamento ou pela união estável, ou por uma relação familiar entre o ascendente e o descendente, o direito civil não repetiu o texto constitucional, ao tratar o direito das sucessões, uma vez que deu disciplina ao casamento de forma diferenciada à que foi dada à união estável, trazendo a tona uma desigualdade entre os dois institutos.

Nesse sentido, o questionamento que pode ser apresentado é se o direito civil está em conflito com o posicionamento adotado pela Constituição Federal de 1988, ao tratar das entidades familiares, uma vez que esta promoveu a igualdade das duas formas de constituição das relações familiares (casamento e união estável), ao passo que aquele promoveu um tratamento diferenciado para as duas no plano sucessório.

Doravante, a proposta deste trabalho, consiste no levantamento doutrinário e legal sobre a abordagem conferida ao tema, em especial na seara do direito de família e das sucessões, a fim de compreender a evolução do instituto da união estável no direito brasileiro e as possíveis justificativas para o tratamento desigual conferido aos dois institutos constitucionalmente equiparados, a fim de se averiguar se existe uma antinomia de normas.

Para tanto, trabalha-se com uma abordagem voltada ao processo de constitucionalização do direito civil, em especial na seara do direito de família, passando-se pelo tratamento conferido por este às entidades familiares, de acordo com a evolução histórica dos institutos jurídicos, numa análise comparativa com a abordagem dada pelo direito das sucessões.

2. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

O Direito Civil no século XIX passou por transformações que lhe impuseram uma mudança de paradigma, com o surgimento de uma nova ordem, trazida pela Constituição Federal de 1988 e da estruturação de novos princípios para o direito de família, o Código Civil de 1916 que já havia sido parcialmente revogado por diversas normas, já se mostrava completamente inadequado para disciplinar as relações familiares.

Nesse contexto, complementando o novo paradigma constitucional, com o advento do Código Civil de 2002, uma série de novos dispositivos modificaram ainda mais a

disciplina do direito de família então vigente, seja sob o seu aspecto material, seja sob o seu aspecto formal, alterando o direcionamento dado às normas deste ramo do conhecimento, como a sua estruturação no próprio diploma¹.

No aspecto material, o conteúdo do direito de família foi alterado, a fim de promover uma maior preocupação com o ser humano, em detrimento do tratamento patrimonialista outrora dado aos membros da família, como mulher e filhos, o que permitiu que os laços afetivos fossem considerados mais importantes que os próprios vínculos sanguíneos ou os vínculos jurídico-formais.

Neste diapasão, aos poucos, a realidade de fato foi assumindo um papel importante na sociedade que culminou com o deslocamento do instituto do casamento para um papel secundário no direito de família, enquanto o papel principal passou a ser ocupado pelo ser humano que, indiscutivelmente, deverá ser defendido pela ciência jurídica, quando inserido num eventual conflito de interesses.

Por conseguinte, sob o ponto de vista formal das constituições das famílias, os conceitos jurídicos foram adequados à nova realidade trazida pela Constituição Federal de 1988, que, finca suas raízes em outra construção de valores, diferenciando-se em muito daquela de outrora que valorizava as concepções religiosas:

Atualmente o conceito de família se afasta da histórica concepção de poder patriarcal, no qual se tinha uma unidade familiar pautada na temeridade do seu chefe, com base numa ideologia religiosa, assimilando novas características mais adequadas aos anseios da sociedade contemporânea de liberdade, justiça e solidariedade que são: a responsabilidade dos seus membros, a afetividade dos integrantes da família e a diversidade de formação e composição (BEZERRA, 2012, p. 111).

Assim, as composições familiares da atualidade permitem uma liberdade muito maior aos seus integrantes que poderão ser reconhecidos enquanto família, quando diante de uma entidade monoparental, de um casamento ou de uma união estável, sem que se possa falar em hierarquia ou mesmo em limitação legal às suas composições.

¹ Segundo ensina Caramuru Afonso Francisco (2002, p. 236): “O livro do direito de família faz, de pronto, um corte novo e assaz importante, dividindo o direito de família em dois aspectos, o pessoal e o patrimonial, procurando estabelecer uma compilação completa seja dos aspectos pessoais decorrentes do direito de família, seja dos aspectos patrimoniais, evitando, assim, o emaranhado que configurava o diploma anterior, corte este que deve, segundo admite a própria Comissão Miguel Reale, ao professor Couto e Silva, ainda que, com relação aos institutos da tutela e curatela não se tenha seguido esta seqüência, por entender a Comissão que é muito forte a correlação entre os aspectos pessoais e patrimoniais nestes casos” Mais adiante, o citado autor critica: “Deveria ter iniciado o livro com as várias espécies de família, seguindo, neste passo, a Constituição da República, já que a sistemática do Código de Clóvis Beviláqua, de começar tratando do casamento, era bem adequado ao modelo de família que se pretendia regular e que, como vimos, não existe mais” (FRANCISCO, 2002, p. 236).

Neste sentido, considerando o processo de Constitucionalização do Direito Civil, observou-se uma mudança de enfoque e de tratamento das relações familiares, abrindo-se espaço para a compreensão de novas relações, a partir de três eixos centrais: a) a família plural; b) a igualdade da filiação e c) a igualdade entre homens e mulheres (MADALENO, 2011), que, trouxeram uma concepção plural de família que abandonou o reconhecimento exclusivo daquela oriunda apenas do casamento, para reconhecer também a união estável e a monoparental (FACHIN, 2000).

Doravante, percebe-se que a aplicação do princípio da isonomia nas relações familiares permitiu uma grande revolução ao direito de família nos últimos anos que tanto passou a conviver com a igualdade no seio da própria família, como mesmo com a igualdade entre as diversas formas de entidade familiar que passaram a ser tratadas como família independentemente da existência de matrimônio, antigo requisito essencial para a sua caracterização.

Diante disso, o elemento caracterizador da família, que lhe confere juridicidade, passou a ser o vínculo afetivo e não mais a celebração do casamento nem as diferenças sexuais entre os pares (DIAS, 2011), o que permite entender como família, atualmente, as mais diversas relações desenvolvidas entre as pessoas, sem que se estabeleça qualquer classe pelo direito, escala ou hierarquias para os grupos familiares, ou seja, além da igualdade entre filhos e cônjuges, o direito também traz uma igualdade entre entidades familiares, como se pode entender pela seguinte afirmação:

“No que diz respeito ao princípio da igualdade no direito de família, o mesmo implica que as partes que estejam nas mesmas condições sejam tratadas de forma equivalente. Destarte, este princípio se desdobra em dois outros. Primeiro, em relação ao casal, na igualdade de tratamento entre os cônjuges e companheiros. Segundo, considerando a prole, igualdade de tratamento a ser conferida aos filhos independentemente de sua origem. Além desse, pode-se compreender, atualmente, a igualdade de tratamento também entre núcleos familiares” (BEZERRA, 2012, p. 110).

Com efeito, iniciando-se a leitura do texto constitucional, pode-se notar uma inclinação ao tratamento igualitário, uma vez que o art. 226 informa sobre a proteção conferida para a família e os seus §§3º e 4º, disciplinam a equiparação, respectivamente, da seguinte forma: “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” e “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Nesse sentido, em consonância com os valores constitucionais regentes das relações familiares, para uma melhor compreensão da abordagem inserida neste trabalho, parte-se para

a análise do casamento e da união estável, à luz do direito de família brasileiro, a fim de se considerar o panorama contemporâneo dos mesmos na seara civil.

3. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO DE FAMÍLIA

No plano do direito de família, à luz do dispositivo constitucional retromencionado, tanto o casamento quanto a união estável se constituem em entidades familiares reconhecidas, ou seja, são grupos aptos ao reconhecimento e a proteção jurídica, bem como a produção de efeitos disciplinados pelo próprio direito de família.

Com efeito, embora na sua origem o casamento tenha se consolidado como um ato puramente consensual no direito romano, dependendo apenas da manifestação da vontade das partes para a sua perfeição, posteriormente com uma maior influência da Igreja Católica, deixou este aspecto de lado e passou a ser entendido como um contrato sagrado e indissolúvel que precisava de uma benção para que o mesmo pudesse ser aceito como válido (GILISSEN, 1995).

Num primeiro momento, registre-se que o casamento possui um reconhecimento histórico da sua juridicidade, tendo sido adotado pela Igreja Católica, como uma instituição sacra, o que fez com que, por muitos anos, este instituto permanecesse imutável em sua estrutura e seus preceitos, seguindo os ensinamentos bíblicos, como por exemplo, a indissolubilidade do vínculo conjugal, segundo de Mateus (19:6)² e a chefia do grupo familiar conferida ao homem (Gêneses, 3:16)³.

Nesse sentido, o casamento, entendido como o ato que “[...] estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1511 do Código Civil), ou, no dizer de Silvio Rodrigues (2000, p. 17), ainda sob a regência do direito civil anterior, “[...] contrato solene de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”, exercia uma supremacia no direito brasileiro, de modo que era a única forma de constituição válida de família, de modo que, a depender deste, a família seria considerada como legítima ou ilegítima.

² Conforme este versículo “[...] já não são mais dois, porém, uma só carne. Portanto, o que Deus uniu o homem não separa”. No mesmo sentido, o art. 175, § 1º da CF/1967 que previa a indissolubilidade do casamento.

³ Conforme este versículo: “[...] o teu desejo será para o teu marido e ele te governará”. O seu conteúdo foi acatado pelo direito civil brasileiro, no código civil de 1916, quando em seu art. 233 ficou estabelecido que a chefia do grupo familiar competiria ao homem.

Desse modo, nota-se que existe uma centralidade do casamento na regência do direito de família ao longo dos anos, o que se manifesta claramente na disposição legislativa sobre este ramo do direito civil que, inclusive, inicia o seu estudo, até hoje, pelo próprio instituto do casamento, o que conduz ao pensamento jurídico a vislumbrar a existência de uma primazia deste instituto ainda nos dias atuais, em que o Código Civil de 2002 reproduziu esta mesma organização.

Por conseguinte, no direito brasileiro codificado em 1916, fortemente influenciado pela ideologia religiosa e rural que predominava entre os idealistas da codificação, as tradições conservadoras foram mantidas, rejeitando-se outras formas de constituição da família, existentes de fato, denominadas de concubinato que deveria ser entendida como uma união livre, com vida em comum e com a aparência de casamento (MONTEIRO, 2001), como estabelecido pelo próprio direito romano:

O concubinato constituiu outrora instituição legal, admitida pelas Leis Júlia e Papia Poppaea, tornando-se mesmo bastante difundido. Foi chamado nas fontes de *licita consuetudo, non causa matrimonii*. Teve mesmo, no direito romano, valor de casamento de segunda classe e que se distinguiu das *justae nuptiae* pela imperfeita comunhão de vida, bem como pelos efeitos que dele surgiam. O concubinato romano era assim quase-casamento, união inferior ao casamento, semimatrimônio, contraído sem formalidades, porém, de natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável. Faltava-lhe, no entanto, a *affectio maritalis*, sempre presente na *justae nuptiae*, e era despojado de finalidade social e familiar inerente ao matrimônio (MONTEIRO, 2001, p. 19).

Nesse contexto, observa-se que, historicamente, o concubinato possuía um reconhecimento jurídico, mas para representar uma categoria inferior ao casamento, não havendo, assim, uma equiparação entre ambos os institutos. Deste modo, o direito consagrava uma hierarquia capaz de ensejar uma condição mais vantajosa ao casamento em detrimento do concubinato, num momento em que o vínculo jurídico possuía uma importância tão grande que permitia a distinção entre os núcleos familiares.

No direito brasileiro, influenciado pelas transformações sociais e econômicas do século XX, que sucederam o advento do Código Civil de 1916, que, mitigaram as raízes canônicas ainda existentes na legislação, que permitiam uma distinção entre a família legítima e a ilegítima, houve um abrandamento da aplicação da norma, como relata Sílvia Rodrigues (2000, p. 10):

[...] dado grande número de relações concubinárias, a orientação acima aponta, que conduziu o legislador e o juiz a um abrandamento de sua posição à frente da família ilegítima, representou, apenas, uma tentativa de adaptar o direito à realidade, pois é inegável que a família ilegítima existe como uma realidade social e não deve ser deixada à margem do direito apenas porque sua existência, ou o seu reconhecimento, pode eventualmente infirmar a posição privilegiada da família chamada legítima.

Doravante, este abrandamento das normas existentes no Código Civil de 1916 chegou à análise do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, reconhecendo a existência de direitos patrimoniais do concubinato, a partir da aplicação da teoria da sociedade de fato, editou a Súmula nº 380, nos seguintes termos: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, o que equivale dizer que o concubinato gerava direitos, mas não iguais ao casamento, como analisa Washington de Barros Monteiro (2001, p. 25):

Entendia-se antigamente que a simples presença da concubina, à testa do lar, presidindo a economia doméstica, assegurava-lhe direito à meação no patrimônio adquirido ou aumentado pelo companheiro.

Presentemente, porém, segundo a jurisprudência dominante na Corte Suprema, o concubinato, por si só, não gera direitos entre os parceiros e sim, exclusivamente, a sociedade de fato entre eles, resultante no esforço comum.

Sendo assim, conclui-se que o concubinato, enquanto entendido como uma categoria inferior ao casamento deveria gerar direitos apenas patrimoniais, a partir do reconhecimento da existência de uma sociedade de fato entre os companheiros e este reconhecimento, ensejador de direitos patrimoniais, deveria estar atrelado ao ganho obtido com o esforço comum.

Por conseguinte, dado abrandamento acerca da exigência da família dita legítima e as transformações sociais existentes, o concubinato passou a ser reconhecido, primeiro, como entidade capaz de gerar direitos patrimoniais e, posteriormente, direitos de familiar, o que culminou com a formação de uma nova categoria denominada de união estável, além de se reconhecer também como entidade familiar a monoparental, ambas a partir da Constituição Federal de 1988, isto porque o eixo central da formação da família saiu dos laços formais (casamento) e foi para os laços afetivos (afetividade), permitindo novas configurações familiares, haja vista que família é uma construção de ordem cultural, nem somente jurídica, nem somente biológica (PEREIRA, 2006).

A partir da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser equiparada ao casamento como entidade familiar, de modo que concebeu um *status* capaz de conferir dignidade aos seus membros e permitir a formação plural da família sem tratamentos discriminatórios.

4. A UNIÃO ESTÁVEL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse contexto, à luz da proteção constitucional, algumas leis foram editadas para estabelecer uma disciplina mais precisa ao instituto da união estável, tais como as Leis nº

8.971/94, nº 9.278/96 e o Código Civil de 2002, segundo o qual, em seu art. 1.723⁴ do Código Civil que trouxe a delimitação da entidade a ser reconhecida, ao passo que o concubinato, numa mudança de tratamento, passou a ser disciplinado pelo art. 1.727⁵ que restringiu a sua denominação àqueles que se encontrem impedidos de casar, que continuaram impedidos de estabelecer uma relação conjugal.

Por conseguinte, houve uma cisão entre o que se entendia por concubinato, que gerou a união estável, conforme a previsão constitucional, que, mais tarde, buscou estabelecer quais os elementos necessários para a caracterização do que venha a ser o “núcleo familiar”, como ensinam Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 221):

O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizados de um “núcleo familiar”. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os integrantes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e pela doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito familiar. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família repita-se. Os elementos intrínsecos e extrínsecos, objetivos e subjetivos, em cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, uma união estável.

Desse modo, considerando a existência da afetividade, que considera o elemento anímico *affectio* nas relações familiares (GAMA, 2008), que imbrica os vínculos afetivos aos vínculos jurídico-biológicos, nota-se que a união estável foi tratada como uma relação jurídica que possui dignidade de entidade familiar própria, de sorte que não implica em hierarquia ou primazia em relação ao casamento (LOBO, 2010).

Deste modo, considerando que a norma constitucional reconhece a importância do vínculo afetivo para a proteção da entidade familiar e não a sua origem, conclui-se que a união estável se encontra em pé de igualdade ao casamento, o que representa um estágio da aplicação do princípio da igualdade nas relações familiares que, inicialmente voltadas para os membros das famílias, atualmente pode ser direcionada também para a equiparação dos grupos familiares (BEZERRA, 2012).

A partir de então, fazendo uma leitura histórica, a união estável retornou as origens do casamento que não exigia um vínculo formal para a sua perfeição, para criar um novo modelo de família reconhecida no Brasil

⁴ Segundo o art. 1723 do Código Civil: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

⁵ Nos termos deste artigo, tem-se que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Contudo, em que pese a existência de uma interpretação jurídica pela igualdade de tratamento entre o casamento e a união estável no âmbito do direito de família, à luz da Constituição Federal de 1988, o direito das sucessões faz uma abordagem diferente, na qual promove um tratamento diferenciado entre os dois institutos, o que coloca em xeque a aplicação dos princípios da afetividade e da igualdade entre as entidades familiares, como se analisará no tópico seguinte.

5. AS ENTIDADES FAMILIARES NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Enquanto o direito de família se preocupa com as relações formadas entre as pessoas no ambiente familiar, o direito das sucessões busca a tutela da transmissão do patrimônio de um membro da família, a ser distribuído preferencialmente entre a família, a partir da ocorrência da sua morte, de modo que os dois ramos devem estar interligados, haja vista que os conceitos de família serão trabalhados na sucessão.

Sendo assim, deixando de lado a abordagem da morte e do patrimônio e de sua administração no direito das sucessões, por não serem objeto deste trabalho, resta a análise dos sucessores envolvidos pela referida transmissão *causa mortis*, mais especificamente quando se tratar de cônjuge ou companheiro(a) envolvido(a) que, registre-se, não são conceitos trazidos pelo direito das sucessões, mas utilizados os conceitos trazidos pelo direito de família.

Neste sentido, nota-se que, na disposição do Código Civil, na ordem de sucessão hereditária⁶ não existe menção sobre o(a) companheiro(a), como se percebe pela redação dada ao art. 1.829⁷, a ordem de sucessão hereditária somente contempla os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais e, mais adiante, assegurando-se a igualdade com os descendentes, reservando-se um quarto da herança em concorrência com os ascendentes (art. 1.832⁸).

⁶ Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo (2013, p. 72): “Por ordem de vocação hereditária entende-se a ordem de preferências e substituições que a lei estabelece entre os herdeiros legítimos do *de cujus* que possam sucedê-lo. Por meio dela, são explicitados quais são os herdeiros legítimos. Em outras palavras, quais são os herdeiros legítimos e quem precede quem [...]”.

⁷ De acordo com o mencionado artigo: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais”.

⁸ Nesse sentido, encontra-se a redação do art. 1.832: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Além disso, no art. 1.845⁹, a disposição legislativa vai além e exclui o(a) companheiro(a) da condição de herdeiro necessário, embora o dispositivo tenha incluído expressamente o cônjuge, o que, no entender de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 184) já representou um avanço:

A inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários constitui uma das mais relevantes inovações introduzidas pelo aludido Código. O Projeto de Clóvis Bevilacqua já previa tal inclusão, no anseio de proteger o consorte sobrevivente, seguindo uma tendência que se observava em outros países. Todavia, a iniciativa não foi aprovada, vindo a ser acolhida somente agora, no Código Civil de 2002.

Desse modo, nota-se que, de acordo com o tratamento jurídico dado pelo direito das sucessões, o companheiro foi tanto excluído da condição de herdeiro necessário quanto da própria vocação hereditária, reduzindo a uma condição de menor proteção, com uma menor participação sobre os bens a ponto de concorrer até mesmo com os colaterais.

Por outro lado, compensando esta exclusão da ordem de vocação hereditária, o Código Civil de 2002, trouxe a previsão da sucessão do companheiro no Capítulo I (Das Disposições Gerais), segundo a qual o companheiro participa da sucessão apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, podendo ainda concorrer com os ascendentes, descendentes e os colaterais (art. 1.790¹⁰), além de não terem sido contemplados no rol de herdeiros necessários, que garantiria o resguardo da legítima¹¹, o que traz a lembrança do tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 380 ao concubinato, que limitou ao reconhecimento de direitos patrimoniais, sem lhe conferir tratamento de direito de família.

Sendo assim, observa-se que, embora o direito das sucessões venha utilizar do conhecimento do direito de família para a aplicabilidade de suas disposições, no que tange ao tratamento dado entre as entidades familiares, as mesmas ganham tratamento diferente no plano do direito das sucessões, pela compreensão de uma hierarquia entre o casamento e a união estável.

⁹ De acordo com o art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

¹⁰ Segundo o referido artigo: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

¹¹ Nesse sentido, impende trazer a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 185): “Entende-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, senão apenas na hipótese de praticarem, comprovadamente, no ato de ingratidão contra o autor da herança. Mesmo assim, só poderão ser deserdados se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência”.

Este posicionamento foi utilizado de forma intencional pelo legislador no momento da sua inclusão no Código Civil, como relata Miguel Reale (2003, p. 73):

Tão significativa é a posição inferior da união estável em confronto com o casamento, que, em matéria sucessória, a companheira e o companheiro não são equiparados aos cônjuges, dispondo o art. 1.790 do CC que cada um deles participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: “I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Entenderam, com tais limitações, os membros do Congresso Nacional – a matéria não podia ter sido prevista pelos elaboradores do Projeto de 1975 – que, se os companheiros fossem em tudo equiparados aos cônjuges, não haveria razão para a conversão da sua união em casamento, objetivo final a ser atingido, segundo a ótica do legislador constituinte.

Doravante, há quem defenda que o tratamento jurídico conferido se baseou na idéia de hierarquia existente entre a união estável e o casamento, sendo este uma categoria que merece uma superioridade em face daquela, retomando-se a abordagem conferida outrora ao concubinato, quando comparado ao matrimônio.

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que existe efetivamente uma hierarquia entre a união estável e o casamento, pode-se concluir que o tratamento diferenciado é compreensível, haja vista a superioridade de um instituto sobre outro, o que leva a crer estar em harmonia com o texto constitucional, como defende Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 172):

Embora o tratamento díspar da sucessão do companheiro tenha resultado de opção do legislador e não ofenda os cânones constitucionais, merece as críticas que lhe são endereçadas: a) por limitar a sucessão aos *bens adquiridos onerosamente na constância do casamento*; b) por repetir, no caso de concorrência com os descendentes, a *indébita distinção entre descendentes exclusivos*, só do autor da herança, e *descendentes comuns*, havidos da união entre o autor da herança e o companheiro; e c) por estabelecer a *concorrência com os colaterais*.

Por outro lado, também existem os que defendem o posicionamento contrário ao acima apresentado, com base no argumento de que a afetividade equiparou as relações familiares horizontais (casamento e união estável), o tratamento diferenciado conferido pelo direito das sucessões, representa uma afronta ao texto constitucional, como defende Paulo Lôbo (2013, p. 150-151):

Não há razão constitucional, lógica ou ética para tal discrimine, em relação aos direitos sucessórios das pessoas, que tiveram a liberdade de escolha assegurada pela Constituição e não podem sofrer restrições de seus direitos em razão dessa escolha. Não há fundamento constitucional para a desigualdade de direitos entre dois casais, com famílias constituídas e filhos, pelo fato de um ter escolhido o casamento e o

outro, a união estável. Essa é uma desigualdade que a Constituição não acolhe, tornando com esta incompatível a norma infraconstitucional que a estabelece.

Desse modo, a questão de apresenta de grande relevância, uma vez que interfere diretamente na aplicação do direito sucessório do companheiro, com reflexos diretos na possibilidade de o(a) companheiro(a) ser enquadrado, ao ser equiparado ao cônjuge, inclusive, na condição de herdeiro necessário e poder concorrer à legítima deixada pelo *de cujus*.

Nesse sentido, nota-se que o tratamento jurídico do companheiro está em confronto se comparado o direito de família ao direito das sucessões, o que compromete a unidade do sistema que busca ora a igualdade dos institutos, ora o tratamento diferenciado entre eles.

Sendo assim, diante da divergência existente, nota-se que o cerne da questão na atualidade, refere-se à sucessão do(a) companheiro(a), para a aplicabilidade dos dispositivos do direito das sucessões, haja vista que não se trata de uma incompatibilidade textual, mas sim axiológica.

6. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

Na busca pela contextualização do problema ora apresentado, deve-se partir de uma análise do contexto histórico em que as normas foram inseridas nos textos legais, bem como acerca do momento histórico vivido pela sociedade à época da sua edição e da interpretação que se segue, para se encontrar o valor previsto que fundamenta a norma aplicável.

Nesse sentido, na busca por uma explicação à luz da ciência jurídica aos estatutos e julgamentos, deve-se pautar a análise numa base racional ao estudo do direito, com reflexão teórica e a consideração de um sistema como um todo e a sua finalidade (CAENEGEM, 1999).

Doravante, partindo-se do aspecto histórico, observa-se que o texto do Código Civil de 2002 foi debatido na década de 1970, quando para o direito brasileiro a inserção do instituto do divórcio, através de Emenda Constitucional nº 9/77 e de lei específica (Lei do Divórcio – nº 6.515/77) já representava um avanço depois de anos de discussões no Congresso Nacional, começando a ruir a supremacia do casamento e a sua indissolubilidade, o que foi retomado após a Constituição de 1988, mas não necessariamente com o projeto devidamente atualizado pelo debate constituinte.

Nesse mesmo contexto, em que a união estável começava a ganhar força na sociedade brasileira, o instituto ainda era denominado de “concubinato”, denominação que, posteriormente, ficou restrita aos relacionamentos daqueles que se encontrassem impedidos de casar, especialmente, os que já se encontrassem casados, estabelecendo relacionamentos

paralelos, o que não era admitido nem naquela época nem na atualidade, participou de um processo de emancipação jurídica, que culminou com a criação de um novo meio de constituir a família reconhecida pelo direito.

Ademais, saliente-se que isso se deu ao fato de que a Constituição Federal de 1988 vem de outro contexto histórico, em que a união estável precisava de uma proteção jurídica, a fim de que as famílias existentes pudessem ser reconhecidas e protegidas pela sociedade, dentro de um contexto de igualdade e de valorização das relações afetivas, a partir de uma perspectiva plural, em detrimento das relações familiares singulares de origem formais.

Assim, o direito civil assistiu o surgimento de uma forma que não se confundia mais com o concubinato, uma vez que era reconhecida e equiparada ao casamento, mas também não se confundia com esse, por não obrigar que os companheiros se sujeitassem às formalidades legais.

Por conseguinte, como ensina Pietro Perlingieri (2008, p. 174), a interpretação do direito civil sob a legalidade constitucional deve se pautar no momento cultural da sociedade, bem como na unidade do sistema normativo, a fim de se buscar a sua compreensão que atenda a proposta trazida pelo ordenamento jurídico de uma dada sociedade:

A função do jurista é, portanto, complexa, e sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos, desde o ideológico, político, ao social, ético, religioso. O direito – como conjunto de princípios, regras, noções, técnicas – se adapta às escolhas políticas e é idôneo para incidir sobre a estrutura e sobre o funcionamento da sociedade. Os fatos da natureza como o nascimento, a morte, a chuva de granizo ou os fatos do homem, como os contratos, os testamentos, os atos voluntários, são juridicamente relevantes pela consideração que deles tem o ordenamento. A valoração da norma jurídica pode coincidir com a da regra social, econômica, política, religiosa, mas pode também colocar-se em antítese. O jurista nesta hipótese, deve valorar o fato, natural ou voluntário, com base nas regras e nos princípios do ordenamento: é uma escolha que se pode definir positivista, isto é, que quer o respeito da norma. Um enfoque que está presente também em nível constitucional (arts. 101 e 104). O jurista é independente, livre, mas não da aplicação da norma: ele está vinculado não à letra da lei, mas ao seu “espírito”, ao seu significado na globalidade do ordenamento, na realidade histórica sobre a qual deve incidir.

Nesse contexto, uma análise conjunta do art. 226, da Constituição Federal de 1988 com a regra instituída pelo art. 1.790 do Código Civil, nota-se que embora as expressões textuais possam até serem compatíveis entre si, a ponto de não despertar o alerta de inconstitucionalidade por alguns pensadores do direito, nos seus sentidos axiológico, social e histórico, nota-se que existe sim uma incompatibilidade entre os dois dispositivos, a despeito do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015) ter se manifestado pela constitucionalidade da divergência, nos seguintes termos:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS

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

Com efeito, sob ponto axiológico, a distinção entre a união estável e o casamento, significa conferir uma maior importância sobre o conceito de afetividade desenvolvido no casamento que na união estável, o que não corresponde a uma proposta constitucional que trouxe a equiparação das entidades familiares, em nome da proteção da dignidade humana como o mesmo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011) reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 477.554, a possibilidade de interpretação mais favorável a proteção dos direitos fundamentais. Senão, vejamos:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. – [...] A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo

vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina

Destarte, uma vez que a Constituição Federal de 1988 trouxe a equiparação entre as entidades familiares, dado o reconhecimento da afetividade, para a produção dos efeitos na seara do direito de família, a criação de distinção entre os o casamento e a união estável pelo legislador ordinário, sem justificativa, viola o princípio da igualdade, comprometendo a aplicação de direito fundamental, como ensina Ingo W. Sarlet (2015, p. 310):

De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos. Todavia, apenas um tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não autônomo e, portanto, derivado. A partir de uma compreensão do postulado da proibição de arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direito, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houver um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social. A esta concepção subjaz o entendimento de que no Estado Social de Direito o princípio da isonomia serve à otimização da liberdade e igualdade, no sentido de uma igualdade de oportunidades, compreendida aqui como possibilidade de exercício efetivo da liberdade, e não como um dever. Este assim denominado conteúdo social do princípio isonômico objetiva uma restrição da margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular (ou mesmo um grupo), de exercer a sua oportunidade de acesso ao sistema prestacional existente.

Ademais, uma vez que a proposta constitucional preconiza uma pluralidade familiar e a busca pelo tratamento isonômico, na medida das igualdades, e não no estabelecimento de distinções e de restrições à caracterização da família, entendida como um espaço voltado para

o desenvolvimento do ser humano, a criação da distinção soa como uma violação ao texto constitucional, por não contemplar o valor trazido pela Constituição Federal de 1988 que contempla a diversidade e a igualdade.

Sob a perspectiva social, em que alguns doutrinadores se apegam, pelo fato de a Constituição Federal informar que haverá uma facilitação para a conversão da união estável em casamento, contudo, o argumento não parece razoável, pois a união estável não é um estágio do casamento, ou o meio termo entre este e o estado de solteiro, mas a própria entidade familiar.

De fato, a união estável produz, juridicamente, os mesmos efeitos do casamento, de sorte que a facilitação para o casamento não representa um aumento de degrau da afetividade, mas tão somente uma mudança na escolha da entidade familiar a ser constituída, que mais tem a ver com a formalização que com as relações intrafamiliares.

Sob a perspectiva histórica, onde havia uma distinção entre o casamento e o concubinato, também não existe respaldo à manutenção do tratamento diferenciado, posto que há muito tempo que a união estável não se confunde com o concubinato, passando a compor uma terceira via entre o casamento e o concubinato, não necessariamente situada entre uma e outra.

Neste diapasão, uma vez que a idéia de tratamento diferenciado não parte da Constituição Federal e nem se adéqua aos princípios e valores trazidos por ela, a mesma perde sua base de sustentação no direito brasileiro, haja vista que a norma ordinária não deve ir de encontro à Carta Magna.

Apenas para argumentar, diante da clareza do texto constitucional acerca da equiparação de direitos entre a união estável e o casamento, a defesa desta distinção parte de um pré-conceito, formado muito antes da análise do instituto jurídico, a ponto de prejudicar uma análise consciente e uma compreensão correta da coisa analisada, como ensina Hans-Georg Gadamer (1997, p. 405):

“[...] A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e se já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípios, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui à apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar as verdade com as próprias opiniões prévias.

Desse modo, a partir de uma compreensão sobre o objeto em si mesmo e do tratamento jurídico, dado pelo texto constitucional, poder-se-á entender que a distinção realizada no direito sucessório, entre o companheiro e o cônjuge, representa um tratamento desigual que não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, para se assegurar o direito fundamental à igualdade, reflexo da equiparação entre casamento e união estável, o companheiro deve ser incluído ao lado do cônjuge nos artigos 1.829, 1.832 e 1.845 do Código Civil de 2002 e o art. 1.790 que, atualmente, versa sobre a sucessão do companheiro, deveria ser restrito ao concubino, dada a construção histórica desenvolvida pelos tribunais para a repartição do patrimônio angariado com o esforço comum, que resulta na vedação ao enriquecimento sem causa.

7. CONCLUSÃO

As transformações promovidas pelo direito brasileiro modificaram o panorama da família que, deixando de ser caracterizada exclusivamente pelo casamento, passou a ser reconhecida a partir da afetividade desenvolvida pelos seus membros, num plano jurídico aberto e plural.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, buscando a construção de um Estado Democrático de Direito, estabeleceu tanto direitos, como garantias e compreensão de uma sociedade plural que, no âmbito da família, representou o respeito à dignidade de seus integrantes e novas formas de constituição da família e consagrando entidades familiares outrora não reconhecidas como a união estável.

A partir daí, o estudo do direito do companheiro, no âmbito da família, ganhou novos espaços na sociedade, trazendo uma abordagem igualitária ao conferido ao casamento há muito ocupa o posto central deste ramo do direito civil, o que não pode ser contrastadas por este ramo jurídico, ainda que numa abordagem do direito das sucessões, por conflitar com o texto constitucional.

De fato, uma vez que a Constituição propôs a equiparação da união estável e do casamento, não parece coerente e tolerável que a norma infraconstitucional possa estabelecer a diferenciação, mesmo porque, ao se afastar da caracterização de concubinato, a união estável assumiu uma posição de independência e destaque no direito brasileiro.

Neste sentido, a diferenciação concebida pelo direito civil é um tratamento desigual entre união estável e casamento, que não encontra justificativa plausível na Constituição Federal para a sua manutenção por violar preceito de direito fundamental.

Sendo assim, unidos ao longo da vida dos seus integrantes, casamento e união estável devem seguir juntos no tratamento conferido após a morte do cônjuge/companheiro, na disciplina conferida pelo direito das sucessões ao cônjuge, para se restringir a aplicação do art. 1.790 do Código Civil apenas ao concubinato.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de Família em uma Perspectiva Humanitária. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba: Editora Unoesc, v 13, n 1, p. 101-116, jan/jun 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out.1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 de mar. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554**. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, julgado em 16 de agosto de 2011, publicado no DJe em 26 de ago. de 2011, p. 164. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694**. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, julgado em 14 de abril de 2015, publicado no DJe em 19 de maio de 2015, p. 92. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 mar. 2016.

_____. _____. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 fev. 2016.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica do direito privado**. [trad. Carlos Eduardo Lima Machado]. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo-Rio e Janeiro: Renovar, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. [trad. Flávio Paulo Meurer]. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada á luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. [Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaístra Malheiros] 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VII: Direito das Sucessões. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo, Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 58, maio-ago/2006, p. 195-201.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. [trad. Maria Cristina De Cicco]. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 6: Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.