

A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA DAS ENTIDADES FAMILIARES, DO DIREITO E DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA¹

THE LEGITIMATE SUCCESSION IN MARRIAGE AND IN STABLE UNION UNDER THE CONSTITUTIONAL PRISMA OF ISONOMY OF FAMILY ENTITIES, LAW AND CONTEMPORARY SOCIETY

LA SUCESIÓN LEGÍTIMA EN EL MATRIMONIO Y EN LA UNIÓN ESTABLE DE HECHO BAJO EL PRISMA CONSTITUCIONAL DE LA ISONOMÍA DE LAS ENTIDADES FAMILIARES, DEL DERECHO Y DE LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Cristiano Pereira Moraes Garcia²

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito de Família. Direito Constitucional.

Resumo

O presente estudo objetiva analisar a sucessão legítima no Brasil em casos de casamento e união estável em uma visão constitucional da isonomia das entidades familiares, do direito e da sociedade contemporânea. A elaboração do estudo se perfectibilizou através da análise das normas legais aplicadas à espécie, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Inicialmente será descrita a origem histórica do direito sucessório, para então adentrar na discussão sobre o direito sucessório no Brasil, mormente sobre a união estável e o direito à isonomia em decorrência da equiparação ao casamento como entidades familiares em si. A sucessão legítima do cônjuge sobrevivente e a distinção de regulamentação legal para a sucessão legítima do companheiro sobrevivente será o foco do estudo, trazendo a possível inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, bem como a situação atual que a matéria se encontra no mundo jurídico brasileiro, com profunda divergência da doutrina e jurisprudência, aguardando-se a análise do Supremo Tribunal Federal, que poderá trazer um norte seguro e legítimo à discussão.

Palavras-chave: Sucessão. Casamento. União estável. Entidades familiares. Isonomia.

Abstract

This study aims to analyze the legitimate succession in Brazil in cases of marriage and stable union in a constitutional view of the isonomy of family entities, law and contemporary society. The elaboration of the study was perfectibilized through the analysis of the legal norms applied to the species, bibliographical and jurisprudential research. Initially, the historical origin of the succession law will be described, to enter into the discussion on succession law in Brazil, especially on the stable union and the right to isonomy as a result of equating marriage as family entities themselves. The legitimate succession of the surviving spouse and the distinction of legal regulation for the legitimate succession of the surviving companion will be the focus of the study, bringing the possible unconstitutionality of Article 1790 of the Civil Code, as well as the current situation that the matter is in the Brazilian legal

¹ Recebido em 27 de dezembro de 2017. Aceite para publicação em 24 de março de 2018.

² Professor das Faculdades de Campinas (FACAMP). Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. E-mail: cpmgarcia@mp.sp.gov.br

world, with deep divergence of doctrine and jurisprudence, awaiting the analysis of the Supreme Court, which may bring a safe and legitimate north to the discussion.

Keywords: *Succession. Marriage. Stable union. Family entities. Isonomy.*

Resumen

El presente estudio objetiva analizar la sucesión legítima en Brasil en casos de matrimonio y unión estable en una visión constitucional de la isonomía de las entidades familiares, del derecho y de la sociedad contemporánea. La elaboración del estudio se perfectibilizó a través del análisis de las normas legales aplicadas a la especie, investigación bibliográfica y jurisprudencial. En primer lugar, se describirá el origen histórico del derecho sucesorio, para entonces adentrarse en la discusión sobre el derecho sucesorio en Brasil, principalmente sobre la unión estable y el derecho a la isonomía como consecuencia de la equiparación al matrimonio como entidades familiares en sí. La sucesión legítima del cónyuge sobreviviente y la distinción de reglamentación legal para la sucesión legítima del compañero sobreviviente será el foco del estudio, trayendo la posible inconstitucionalidad del artículo 1790 del Código Civil, así como la situación actual que la materia se encuentra en el mundo jurídico brasileño, con profunda divergencia de la doctrina y jurisprudencia, aguardando el análisis del Supremo Tribunal Federal, que podrá traer un norte seguro y legítimo a la discusión.

Palabras clave: *Sucesión. El matrimonio. Unión estable. Entidades familiares. La igualdad.*

SUMÁRIO: 1. Origem histórica do direito sucessório. 2. A união estável, o direito à igualdade, o direito à isonomia, o direito à propriedade e o direito fundamental ao recebimento da herança. 3. Origem do direito sucessório no Brasil. 4. Família e entidade familiar. 5. Casamento e união estável. 6. Sucessão legítima do cônjuge sobrevivente e a distinção de regulamentação legal para a sucessão legítima do companheiro sobrevivente. 7. Inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil e sua interpretação jurisprudencial. 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Historical origin of succession law. 2. The stable union, the right to equality, the right to isonomy, the right to property and the fundamental right to receive inheritance. 3. Origin of succession law in Brazil. 4. Family and family entity. 5. Marriage and stable union. 6. Legitimate succession of the surviving spouse and the distinction of legal regulation for the legitimate succession of the surviving spouse. 7. Inconstitutionality of Article 1790 of the Civil Code and its jurisprudential interpretation. 8. Conclusions. 9. Bibliography.

SUMARIO: 1. Origen histórico del derecho de sucesión. 2. La unión estable, el derecho a la igualdad, el derecho a la isonomía, el derecho a la propiedad y el derecho fundamental a la recepción de la herencia. 3. Origen del derecho sucesorio en Brasil. 4. Familia y entidad familiar. 5. Boda y unión estable. 6. Sucesión legítima del cónyuge sobreviviente y la distinción de reglamentación legal para la sucesión legítima del compañero sobreviviente. 7. Inconstitucionalidad del artículo 1790 del Código Civil y su interpretación jurisprudencial. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito sucessório é muito antigo, remontando há séculos antes da Era de Cristo³. Ao longo do tempo, o direito sucessório tem sofrido grande alteração⁴, quiçá o ramo do direito civil “que mais se transformou”⁵.

³ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito à herança no novo Código Civil*, 2005: p. 5-10. História do direito sucessório, extraída do nosso livro.

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*, 2003. v. 7, p. 4. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 76-98, jan./abr. 2018.

O Código de Hamurabi (II milênio a.C.), que é o primeiro monumento preservado de codificação jurídica, atualmente no museu do Louvre, em Paris-França, regravava que “se alguém toma uma mulher e ela lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, seu pai não deverá intentar ação sobre seu donativo; este pertence aos filhos”⁶, trazendo dispositivos sobre direito sucessório.

Nos tempos mais antigos, o direito sucessório beneficiava apenas os homens, em prejuízo das mulheres. Isso se dava porque a mulher, ao se casar, passava a pertencer à família do marido, devendo obedecer às ordens, religião e modo de vida de sua “nova família”, sendo que esse casamento só ocorreria com a autorização do *pater familias*.

Mesmo entre os homens, havia uma diferença de tratamento entre o primogênito e os outros filhos, sendo que aquele tinha o direito à herança, enquanto os demais ficavam à míngua de propriedades, devendo obedecer às ordens do irmão mais velho.

Tal ocorre porque o homem, nas antigas civilizações, tinha como centro da vida religiosa, o culto aos antepassados, cabendo ao “herdeiro o sacerdócio desse culto. Assim sendo, a propriedade familiar a ele se transmite, automaticamente, como corolário do fato de ser o continuador do culto familiar”⁷.

Aliás, o próprio sentido original da palavra patrimônio advém da ideia de bens de uma família herdados do pai (*pater*) ou de antepassados⁸.

Esse tratamento diferenciado entre homens e mulheres permaneceu durante séculos, até mesmo nos dias atuais, em algumas legislações, mais especificamente na Sérvia, na Escócia e no Direito Islâmico⁹.

Durante toda a história, origem e desenvolvimento do direito percebem-se, nas principais legislações, regras de direito sucessório.

Na Lei das XII Tábuas havia, no caso de morte sem testamento, três espécies de herdeiros¹⁰.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. Atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, 2003. v. 6, p. 2.

⁶ ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos*, 1989, p. 49.

⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 4.

⁸ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2005, p. 450.

⁹ MONTEIRO, op.cit., p. 2.

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo, 2003. v. 20, p. 5.

O primeiro grupo de herdeiros era o *sui heredes*, pessoas que estavam mais próximas ao *pater familias*, tais como os filhos e filhas, a esposa e os netos, no caso de terem sobrevivido à morte de seus pais.

O segundo grupo é a do *agnatus proximus*, que são os parentes colaterais de origem apenas paterna, tal como o irmão, o tio e o primo.

Finalmente, na falta de herdeiros desses dois primeiros grupos, a herança era distribuída entre os *gentiles* (membros da *gens* – grupo familiar em sentido lato), inclusive a mãe do falecido.

No Império Romano, com Justiniano, ocorrem severas alterações no direito sucessório, criando o testamento, em várias formas, bem como chamando, pela ordem, “os descendentes, os ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs germanos, os irmãos e irmãs consanguíneos ou uterinos, os outros colaterais (agnados e cognatos), o cônjuge sobrevivente e o fisco, que arrecadaria a herança vacante. Em cada classe, o concurso entre herdeiros resolve-se pela primazia do parente de grau mais próximo em relação ao autor”¹¹.

Anotamos que essa sucessão ocorre por classes de herdeiros, o que veio a ser adotado pelo nosso legislador pátrio, tanto no Código Civil de 1916, como no de 2002.

Depois de várias alterações do direito romano em razão de éditos do pretor, acabou por ficar definido, como bem explica o jurista Euclides de Oliveira, o que nós podemos chamar de ordem de vocação hereditária romana:

Assentou-se, pela Constituição imperial de 530 DC, de Justiniano, que a sucessão ab intestato dos libertos dava-se pela seguinte ordem: a) os descendentes dos libertos¹²; b) o *patronus* (antigo proprietário) e seus filhos; c) os pais, irmãos do liberto, se igualmente livres quando de sua morte; d) os parentes colaterais do *patronus* até o quinto grau; e) os parentes colaterais do liberto até o quinto grau; e f) o cônjuge sobrevivente do liberto¹³.

Ressaltamos a influência dessas regras romanas para a legislação atual, tanto do Brasil, como de outros países.

¹¹ Ibidem, p. 6

¹² Libertos eram os filhos que anteriormente tinham se sujeitado às ordens do *patronus*, mantendo ainda ligações afetivas com este, o que podia influenciar a linha sucessória, enquanto os filhos ingênuos eram os filhos que nasceram livre.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 411.

Ius Gentium. Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 76-98, jan./abr. 2018.

Por outro lado, entre os povos de origem germânica, a praxe, conforme nos explica John Gilissen¹⁴, era, quando da morte da pessoa, enterrá-la ou queimá-la juntamente com seus bens.

Entre os germânicos não havia testamento¹⁵, sendo que a herança ficava pelo sistema das parentelas, “sendo que a primeira era composta pelos descendentes do *de cuius*. Para se chegar às parentelas seguintes, buscavam os germânicos os ascendentes do autor da herança, e a partir destes determinavam seus descendentes diferentes dos que compunham a parentela anterior. A busca pelos ascendentes e a consequente parentela fazia-se de grau em grau. Os sucessores são buscados entre agnados e cognatos indistintamente, mas parece ter existido o privilégio da masculinidade”.¹⁶

O direito sucessório também foi regulamentado pela Lei Sállica, nos séculos VI a IX, durante a monarquia Franca.

Nesse regime de direito sucessório a mulher era chamada a receber a herança, o que demonstra reação ao direito romano, nas palavras de John Gilissen¹⁷.

Na Inglaterra, alguns séculos após, no ano de 1215, na Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, também encontramos regras de direito sucessório:

Também concedemos perpetuamente, em nosso nome e no de nossos sucessores, para todos os homens livres do reino de Inglaterra, todas as liberdades, cuja continuação se expressa, transmissíveis a seus descendentes¹⁸.

Durante a Idade Média, no período do feudalismo, a propriedade era do senhor feudal e, no caso de morte do servo, o patrimônio voltava para o senhor feudal. Mas, na Alta Idade Média foi implantada a *droit de saisine*, com a regra de que *le mort saisit le vif* (o morto transmite ao vivo), o que foi adotado pelo Código Civil Brasileiro de 1916 e também no de 2002.

¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M., Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 1995, p. 677-8.

¹⁵ Não havia testamento porque no antigo direito germânico o entendimento era de que os herdeiros só poderiam ser feitos por Deus, sendo que apenas os herdeiros consanguíneos teriam, então, direitos hereditários.

¹⁶ HIRONAKA, op. cit., p. 6.

¹⁷ GILISSEN, op. cit., p. 679.

¹⁸ ALTAVILA, op. cit., p. 278.

A Revolução Francesa terminou com a preferência do filho mais velho, restando evidente para nós a grande influência recebida no Brasil da legislação francesa.

O princípio da igualdade¹⁹ foi aplicado ao direito sucessório, uma vez que a herança passou a ser dividida entre todos os herdeiros, na mesma quota parte, independentemente do sexo e da idade.

A legislação francesa, tal como o direito romano, teve grande crédito em nossa legislação, especialmente no século XIX, “que previa linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau e só posteriormente, o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco”²⁰. Esse prestígio do direito romano e francês se percebe na legislação civil brasileira, até os dias atuais.

2. ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

Antes da proclamação da independência, na época em que nosso país era colônia de Portugal, vigoraram, no Brasil, as Ordenações do Reino²¹. Num primeiro momento as Ordenações Afonsinas (1446). Tais ordenações permaneceram em vigor até as Ordenações Manuelinas, editadas por D. Manuel (1512).

Posteriormente, entraram em vigor as Ordenações Filipinas (1603), já durante o reinado de Felipe III de Espanha e II de Portugal.

O Professor Euclides de Oliveira nos ensina que:

O título XCVI do Código Filipino cuidava do direito sucessório, estabelecendo “como se há de fazer as partilhas entre os herdeiros”, com atribuição aos descendentes e aos ascendentes, em caso de morte ab intestato: “E falecendo sem testamento, a dará aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição do Direito, e partirá com os herdeiros do defunto todos os bens e coisas, que ambos haviam, asi móveis, como raiz”²².

Tal regramento permaneceu em vigor no Brasil até a nossa independência.

Explicamos no nosso livro “o direito à herança no novo Código Civil”²³ que “A falta de legislação no Brasil fez com que fossem aplicadas as Ordenações e, de

¹⁹ Princípio básico da Revolução Francesa, na famosa expressão “Liberdade, igualdade e fraternidade”.

²⁰ HIRONAKA, op. cit., p. 9.

²¹ A origem do direito sucessório no Brasil foi extraída do nosso livro “O direito à Herança no novo Código Civil”, p. 1-23.

²² OLIVEIRA, Euclides de. *Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças*, 2004, p. 33.

²³ GARCIA, op.cit., p. 11-23.

modo geral, toda a legislação de Portugal, conforme a Lei de 20 de outubro de 1923, do Governo do Império do Brasil, até eventual promulgação de lei sucessória e de Direito Civil”.

A Constituição Federal do Império, de 1824, estabeleceu, no artigo 173, item 8º, determinação para que se fizesse o Código Civil e o Código Criminal Brasileiros.

Aliás, após o Código Civil Francês, denominado Código Napoleão, em 1804, tivemos em todo o mundo um período de codificações, influenciado pelo diploma francês.

Assim, tivemos a promulgação, na Europa, América do Norte e África, de Códigos Civis na Romênia (1864), Itália (1865), Portugal (1867), Montenegro (1888), Espanha (1889), Louisiana-EUA (1825), Quebec-Canadá (1866), Egito (1875), Japão (1896).

Na América Latina, tivemos a promulgação dos Códigos Civis do Haiti (1825), Bolívia (1851), Chile (1851), Peru (1852), El Salvador (1859), Venezuela (1862), Equador (1867), Uruguai (1868), Argentina (1869), México (1871), Guatemala (1877), Honduras (1880)²⁴.

Nesse período de codificações é que surge a primeira codificação civil brasileira, desvencilhando-se definitivamente da legislação portuguesa, em 1916, com o Código Civil Brasileiro.

No período do império, Teixeira de Freitas confeccionou a Consolidação das Leis Civis e, em 1858, foi aprovada a primeira versão pelo Imperador. Foi organizada toda a legislação que estava em vigor no país, inclusive a legislação portuguesa.

Nessa consolidação das Leis Civis, na terceira versão, conseguimos verificar o regramento de direito sucessório existente na época, que permaneceu em vigor até a promulgação de nosso Código Civil de 1916.

Nesse sentido, explica Euclides de Oliveira²⁵:

A sucessão ‘à intestado’, ou legítima, deferia-se na seguinte ordem (art. 959): 1 – aos descendentes; 2 – na falta de descendentes, aos ascendentes; 3 – na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau; 4 – na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; 5 – ao Estado em último lugar.

O Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907 (Lei Feliciano Pena) alterou tal ordem de vocação hereditária para colocar o cônjuge como herdeiro anterior aos colaterais. Algumas regras chamam a atenção, nessa consolidação. Os filhos

²⁴ SIDOU, J. M. Othon. *Sobre o novo Código Civil*, 2004, p. 4.

²⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 35.

decorrentes de relações extramatrimoniais não tinham direito ao recebimento de herança, bem como os filhos de sacerdotes e derivados de incesto.

Outros aspectos interessantes o jurista Euclides de Oliveira ressaltava²⁶:

Igualmente curiosa, a previsão de que os bens havidos por ascendentes não se comunicavam no segundo matrimônio (art. 968) e transmitiam-se, por morte do pai ou da mãe, apenas aos filhos do primeiro matrimônio (art. 969).

Também não havia direito de sucessão do pai ou da mãe, em relação aos filhos de danado e punível coito (art. 971, com menção aos arts. 209 a 211). Era o sistema das Ordenações (Livro 4º, Título 93): como o direito de sucessão era recíproco, resultava lógico que os filhos de danado coito e os respectivos pais não podiam suceder entre si.

Na sucessão dos colaterais, concorriam os irmãos legítimos e também os ilegítimos, e mais os parentes por parte da mãe, ainda que nascidos de ilícito e danado coito (art. 972).

O cônjuge somente teria direito à herança na falta dos parentes sucessíveis e se, ao tempo da morte do outro, vivessem juntos e habitando na mesma casa (art. 973).

Note-se a dificuldade prática de atribuição da herança ao cônjuge sobrevivente, um fato raro em vista da precedência de colaterais até o décimo grau. E, de outra parte, a preocupação do legislador em somente deferir a herança ao cônjuge não separado de fato, em adiantamento do sistema que veio a ser adotado no atual Código Civil, art. 1.830., embora, aqui, com temperos quanto à duração do afastamento e sua causa-culposa, ou não.

Ainda digno de se mencionar a possibilidade de atribuição de herança ao estranho, que, pela omissão do herdeiro, tenha prestado socorro ao falecido em sua enfermidade; o estranho teria direito à herança de que o mesmo herdeiro estivesse privado pela sua ingratidão (art. 987). É manifesto o caráter humanitário da norma, que não veio a se repetir na legislação codificada, muito embora nesta se admita a atribuição de bens a estranho, por testamento, como disposição remuneratória por serviços prestados.

Várias tentativas foram feitas para a confecção do primeiro Código Civil Brasileiro. Inicialmente, por Teixeira de Freitas e, posteriormente, foi elaborado esboço por Felício dos Santos (1889) e também por Coelho Rodrigues (1993).

Entretanto, como esclarece J. M. Othon Sidou, “em 1899, o presidente Campos Sales, por sugestão de seu ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, escolheu Clóvis Beviláqua, professor da Faculdade de Direito do Recife, para elaborar o Código Civil, incumbência cumprida no mesmo ano pelo jurista cearense”²⁷.

Durante a tramitação do projeto do Código Civil de 1916 no Congresso Nacional, grandes discussões se formaram, especialmente entre Rui Barbosa, crítico do projeto, apresentando “mais de quinhentas emendas de redação”²⁸, e Carneiro Ribeiro, que defendeu a aprovação do projeto.

²⁶ Ibidem, p. 36.

²⁷ SIDOU, op. cit., p. 5.

²⁸ Ibidem, p. 6.

Após essas discussões, foi promulgado o Código Civil de 1916 recebendo, principalmente, influência do direito romano, do direito francês e do direito alemão.

Nesse sentido explica J. M. Othon Sidou²⁹:

Com efeito, em mais de mil e oitocentas fontes, a contribuição doméstica (direito anterior, inclusive romano) compôs 60% do Código Civil de 1916, sendo de pouco mais de 30% a influência direta do Código Francês e dos corpos de leis que nele se subsidiaram, e de menos de 10% a participação germânica.

Finalmente, em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. O direito sucessório no Código Civil anterior era regulamentado pelos artigos 1572 a 1805.

O Direito das Sucessões era composto pelo Título I – Da sucessão em geral; Título II – Da sucessão legítima; Título III – Da sucessão testamentária; Título IV – Do inventário e partilha.

Destarte, as regras gerais de direito sucessório eram descritas no primeiro título, enquanto, no segundo, sob a rubrica de “sucessão legítima”, estava a ordem de vocação hereditária, mais especificamente em seu artigo 1.603.

No antigo Código, cada inciso do artigo 1.603 representava uma classe de herdeiros, sendo que a classe anterior preferia à classe posterior, ideia esta que foi mantida no atual Código Civil.

As classes de herdeiros eram, então, as seguintes:

- a) Descendentes;
- b) Ascendentes;
- c) Cônjuge sobrevivente;
- d) Colaterais;
- e) Município, Distrito Federal ou União.

Na primeira classe de herdeiros estavam os descendentes, independentemente do grau. Surge o princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos, prevista no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Em decorrência desse princípio constitucional, não pode mais haver distinção entre filho legítimo, ilegítimo ou adotivo, sendo todos iguais perante a lei.

Conseqüentemente, é permitido o reconhecimento de filhos havido fora do casamento; é proibida, nos registros, a distinção de filho legítimo, ilegítimo ou

²⁹ SIDOU, op. cit., p. 6.

adotivo; são vedadas designações discriminatórias relativas à filiação ou qualquer outra forma de diferenciação entre os filhos pela legislação infraconstitucional.

A regra do artigo 358 foi revogada expressamente pela Lei n. 7.841, de 17/10/1989. Ressaltamos que, nessa classe, não se incluía o cônjuge, como ocorre no Código de 2002.

Importante destacar que o Código Civil de 1916 não fazia previsão para que o companheiro da união estável recebesse herança, não integrando a ordem de vocação hereditária.

3. A UNIÃO ESTÁVEL, O DIREITO À IGUALDADE, O DIREITO À ISONOMIA, O DIREITO À PROPRIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO RECEBIMENTO DA HERANÇA

O casamento e a união estável merecerem reconhecimento como família? O direito à igualdade, o direito à isonomia, o direito à propriedade e o direito fundamental ao recebimento da herança devem ser aplicados ao casamento e à união estável de forma equivalente.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar só veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com as regulamentações através das Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e n. 9.278, de 10 de maio de 1996, até ser regulamentada pelo Código Civil de 2002, conforme abordaremos mais adiante.

Aliás, a nossa atual Constituição Federal trouxe diversas regras de Direitos Civis e, mais especificamente, diversas regras que informam o direito sucessório.

A garantia do recebimento da herança está prevista dentre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal.

O culto professor Pedro Lenza nos ensina que “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”³⁰.

Assim, o direito ao recebimento da herança foi alçado a direito fundamental, sendo que a norma constitucional impede a atuação do Estado³¹ no sentido de retirar da pessoa o seu direito ao recebimento da herança.

³⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 385.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 156.
Ius Gentium. Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 76-98, jan./abr. 2018.

A lei, nesse sentido, que direta ou indiretamente (aumento excessivo do imposto “causa mortis”, por exemplo) pretendesse retirar ou prejudicar o direito à herança seria, certamente, inconstitucional.

Além do mais, a Carta Constitucional também prevê o direito à liberdade e igualdade, bem como o direito à propriedade.

O direito à liberdade se manifesta no direito sucessório, na liberdade de aceitar ou renunciar à herança, além do direito de dispor da parte disponível da herança, em testamento.

O direito à igualdade vem informar o direito sucessório, inclusive no momento da aplicação da ordem de vocação hereditária entre os herdeiros, para dividir a herança de forma igualitária entre os herdeiros. Daí diversas discussões surgirem sobre eventual inconstitucionalidade de algumas regras da nova ordem de vocação hereditária, conforme abordaremos posteriormente.

O direito de propriedade é, também, importante para o direito sucessório. A Constituição Federal determina que seja garantido o direito de propriedade³², sendo que a propriedade atenderá à sua função social³³.

Ora, a herança é formada pelos bens deixados pelo morto. Esses bens integravam, portanto, até o momento de sua morte, o patrimônio do falecido e, agora, em razão do seu falecimento, precisarão ser transmitidos para outras pessoas, uma vez que este patrimônio não pode ficar acéfalo, sem dono.

Daí a existência do direito sucessório, que vem garantir e proteger o direito de herança e de propriedade dos herdeiros, desde o exato momento da morte do autor da herança, com a determinação da transmissão imediata e sem formalidade da herança para os herdeiros³⁴.

Além dos dispositivos constitucionais do artigo 5º da Constituição Federal, precisamos lembrar as regras dos artigos 226 e 227 da Carta Maior.

O artigo 226, parágrafo 3º da Carta Magna, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, bem como em seu parágrafo 4º, reconheceu como entidade familiar a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”³⁵.

³² Artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

³³ Artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

³⁴ O artigo 1.784 do Código Civil de 2002 prevê a seguinte regra: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Tal dispositivo evidentemente alberga o chamado princípio da “*saisine*” do direito Francês. Este tema será tratado mais aprofundadamente em capítulo posterior.

³⁵ GARCIA, op. cit., p. 21-23.

Dessa normatização podemos chegar à conclusão de que a entidade familiar é formada pelo casamento, pela união estável e pela família monoparental, dentre outras.

4. FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR

A imaginação doutrinária na distinção entre família e entidade familiar parece não ter fim, apesar de não possuir qualquer embasamento jurídico e até mesmo jurisprudencial qualquer razão para não serem expressões sinônimas. Pensamos que não há razão para tal distinção.

A correta interpretação da Carta Magna não permite que se faça tal diferenciação, de modo a se criar espécies e verdadeiras subespécies de família, de forma preconceituosa, apenas dificultando a correta interpretação da Constituição Federal, que faz uso das referidas palavras (família e entidade familiar) e causa uma interpretação de restrição indevida de direitos, nunca desejada pelo próprio legislador e muito menos encontrando respaldo na melhor interpretação jurisprudencial contemporânea.

As classificações doutrinárias de família legítima e ilegítima se mostram arcaicas e em descompasso com a família contemporânea e o respeito que seus integrantes merecem.

Nesse sentido, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que não se faz correto qualquer distinção entre família e entidade familiar, em acórdão histórico que reconheceu a união estável homoafetiva com os mesmos direitos e obrigações da união estável heteroafetiva, em votação unânime (10x0), do Plenário do Egrégio Tribunal, da lavra do Relator Ministro Ayres Brito:

que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se preferir, uma nova “entidade familiar”, seja a

constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das “entidades associativas” (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em “entidade de classe” (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), “entidades governamentais” (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII), “entidades sindicais” (alínea c do inciso III do art. 150), “entidades beneficentes de assistência social” (§7º do art. 195), “entidades filantrópicas” (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma “entidade ... familiar”**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de “entidades autárquicas” (inciso I do §1º do art. 144) as suas “autarquias” (§3º do art. 202). Assim como chamou de “entidade federativa” §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa “Federação” (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?³⁶

Os argumentos do Ministro Ayres Britto põem, a nosso ver, um fim à discussão de eventual distinção, proibindo-se qualquer interpretação diversa. Família e entidade familiar são expressões sinônimas e devem ser tratadas pelo legislador infraconstitucional como tal, sob pena de afronta à Constituição Federal.

Nesse sentido, as distinções entre família também não merecem guarida. A família decorrente do casamento ou a família decorrente da união estável são família com os mesmos direitos e obrigações.

5. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

É certo que existem distinções entre casamento e união estável, mas essas distinções não impedem que se encontre, ao final, o mesmo resultado, ou seja, a constituição de uma nova família. A família formada com o casamento e a família formada com a união estável merece a mesma proteção.

Apesar de a Constituição Federal determinar que a legislação deva propiciar a convalidação da união estável em casamento, não significa, por si só, que tenhamos espécies diferentes de família ou mesmo a criação de família com mais direitos e família com menos direitos.

A própria afirmação de distinção de família já se mostra chocante, seja no aspecto social como em sua vertente jurisprudencial, uma vez que estaríamos dispostos, caso aceitássemos tal diferenciação, a proteger menos alguns integrantes de uma espécie de família, apenas porque pertencem a uma espécie menos

³⁶ STF, ADPF nº 132-RJ, Relator Ministro Ayres Britto.

importante de família, criando-se, verdadeiramente, uma subfamília, o que certamente é inconstitucional.

6. SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE E A DISTINÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL PARA A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

6.1. SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

A ordem de vocação hereditária é uma relação de herdeiros legítimos, herdeiros estes que irão receber a herança obedecendo às regras da sucessão legítima.

Já tivemos a oportunidade de explicar que a ordem de vocação hereditária é dividida em classes de herdeiros, estando na primeira classe os descendentes e o cônjuge, na segunda classe, os ascendentes e o cônjuge, na terceira classe, o cônjuge, na quarta classe, os parentes colaterais de segundo, terceiro e quarto graus.

Essa ordem de herdeiros é preferencial, uma vez que, sendo a herança distribuída entre os herdeiros da primeira classe, os demais herdeiros, das outras classes, nada receberão.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam tal ordem de preferência, já que “a ordem na vocação hereditária consagrada no direito brasileiro é de caráter excludente, de modo que, chamados a suceder herdeiros de determinada classe, ficam automaticamente afastados os das classes subsequentes”³⁷.

A ordem de vocação hereditária consta no art. 1.829 do CC, que prevê:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;

³⁷ RJTJSP 119/382.

Ius Gentium. Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 76-98, jan./abr. 2018.

IV - aos colaterais.

Percebemos, desde logo, que o companheiro da união estável não está nesse rol de herdeiros legítimos, apesar de o ser.

A regulamentação do recebimento da herança por parte dos companheiros encontra-se no art. 1.790 do CC, dentro, portanto, das regras sobre “disposições gerais”, do Título I, que trata da “sucessão em geral”.

A colocação do artigo nesse capítulo se mostra equivocada, já que se trata de regra que deveria estar inserida no próprio art. 1.829 do CC, na ordem de vocação hereditária.

Não obstante esta imperfeição técnica do legislador, entendemos que o estudo da ordem de vocação hereditária deve levar em consideração dois dispositivos-base, quais sejam, os arts. 1.829 e 1.790, que se complementam.

Cabe destacar que, antes da aplicação das regras de direito sucessório, é necessária a retirada do patrimônio do casal (quando o falecido era casado, obviamente) da meação do cônjuge sobrevivente. A meação é propriedade do cônjuge ou companheiro sobrevivente, sendo intocável e não integrando a herança. Não incide, portanto, imposto *causa mortis*.

A apuração da meação se faz com a aplicação das regras do regime de bens do casamento ou da união estável, em relação ao patrimônio do casal. Conseqüentemente, separam-se os dois grupos de bens, extraídos do patrimônio do casal: “a) meação — propriedade apenas do cônjuge ou companheiro sobrevivente; e b) herança — parte do falecido que é distribuída entre os sucessores”³⁸.

Destarte, a ordem de vocação hereditária deve ser aplicada a todos os herdeiros, pois é o momento em que o legislador estipulou a lista de herdeiros e determinou quais herdeiros recebem em prejuízo de outros.

Os herdeiros todos estão, pois, incluídos na ordem de vocação hereditária, sendo que o equívoco da criação de dispositivo próprio para a união estável é corrigido pela própria análise de sua inconstitucionalidade.

Afastando-se a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil, por inconstitucionalidade, ao lermos o artigo 1.829 do mesmo *codex* devemos interpretar a expressão “cônjuge” como se estivesse escrito “cônjuge ou companheiro”.

³⁸ GARCIA. *O direito à herança no novo Código Civil*, p. 101-109.

6.2 SUCESSÃO LEGÍTIMA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

O Código Civil trouxe a regulamentação da sucessão do companheiro sobrevivente, quando da morte do outro companheiro.

Apenas com a finalidade de que a falta da apresentação do artigo que regulamenta a sucessão legítima na união estável não dificulte o estudo de sua inconstitucionalidade, passamos a examiná-la, tal como prevista na legislação. A sucessão do companheiro está no art. 1.790 do CC:

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

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

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

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

IV — não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Cabe ressaltar que, como regra geral, conforme explicamos em outro trabalho³⁹, que “o companheiro é considerado herdeiro do outro companheiro quando ocorre o falecimento de um dos conviventes durante a união estável, além de receber a meação”. O companheiro apenas irá participar da sucessão do falecido quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Os bens adquiridos antes do início da união estável, mesmo onerosamente, serão distribuídos apenas entre os demais herdeiros, bem como os bens recebidos em doação ou herança, ou seja, os adquiridos de forma gratuita (não sendo inclusive integrados à meação).

Os incisos I e II do referido artigo tratam da concorrência do companheiro com os descendentes do autor da herança.

Se o companheiro concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, ou seja, cada filho e o companheiro supérstite irão receber por cabeça, portanto quinhões iguais.

Assim, por exemplo, se os companheiros tiveram quatro filhos, o falecimento de um dos companheiros determinará que os bens adquiridos onerosamente sejam repartidos em cinco partes iguais, um quinto da herança para cada filho comum e um quinto da herança para o companheiro sobrevivente. Os demais bens, ou seja,

³⁹ GARCIA, op. cit., p. 159-160.

os que não foram adquiridos onerosamente durante a união estável, serão divididos apenas entre os filhos.

Se o companheiro concorrer, entretanto, com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles (art. 1.790, II, do CC).

A redação do art. 1.790, II, nos leva a concluir que o quinhão do companheiro deve ser exatamente a metade do quinhão de cada descendente do autor da herança.

Nesse caso, por exemplo, deixando o autor da herança quatro filhos de outro relacionamento, além do companheiro, a herança deverá ser dividida em nove partes, sendo dois nonos para cada filho e um nono para o companheiro sobrevivente.

Percebemos, pois, que o companheiro supérstite, ficando com um nono da herança, receberá apenas metade do que couber a cada filho do autor da herança (dois nonos).

E se o autor da herança deixar filho comum e filho exclusivo, além do companheiro sobrevivente, como ficará a divisão?

O atual Código Civil não traz a solução, acarretando profunda divergência doutrinária⁴⁰, mas entendemos que a única solução possível deve ser a aplicação do inciso II do art. 1.790, para a proteção dos filhos, em prejuízo do companheiro sobrevivente, conforme interpretação sistemática e à luz da Constituição Federal.

Passemos a tratar da concorrência do companheiro com os ascendentes e colaterais.

Se o autor da herança não deixou descendentes sucessíveis, a herança será dividida entre o companheiro e os demais herdeiros, obedecendo-se ao disposto no art. 1.790, III.

Nesse diapasão, o novo Código estabelece que o companheiro sobrevivente deva receber, ao concorrer com os outros parentes sucessíveis, um terço da herança.

Assim, o quinhão do companheiro será fixo, em um terço, independentemente de com quem irá concorrer.

Importante ressaltar que o Código Civil, ao dispor “outros parentes sucessíveis”, está querendo se referir à ordem de vocação hereditária prevista no

⁴⁰ Apresentamos essa divergência sobre a interpretação do artigo 1.790, incisos I e II, em nosso livro “O direito à herança no novo Código Civil”, p. 160-163. Deixamos de apresentá-la, entretanto, neste trabalho, uma vez que defendemos a inconstitucionalidade total do artigo 1.790 do CC, tornando tal divergência superada.

art. 1.829. Esses “outros parentes” do inciso III do art. 1.790 são, então, em verdade, pela ordem:

- a) os ascendentes;
- b) os irmãos;
- c) os sobrinhos;
- d) os tios; e
- e) os primos, sobrinhos-netos e os tios-avós.

Esses outros parentes receberão dois terços da herança.

Por outro lado, na falta ou renúncia desses “outros parentes”, o companheiro sobrevivente herda toda a herança, inclusive os bens que não foram adquiridos onerosamente durante a união estável pelo falecido, conforme o art. 1.790, IV, em interpretação sistemática com o art. 1.819.

7. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O casamento e a união estável são institutos de direito civil que fazem formar a célula base da sociedade, ou seja, a família. A família precisa ser de todas as formas protegida. É na família que a pessoa se desenvolve e apenas a proteção à família e aos seus direitos vão permitir que esse desenvolvimento ocorra de forma equilibrada e saudável.

Apesar de muitas pessoas não gostarem da discussão familiar sobre os direitos sucessórios, sob o pálio de que estariam querendo antecipar a morte do ente querido, mais cedo ou mais tarde tal enfrentamento se mostra inevitável, uma vez que todos perderemos, um dia, a nossa vida terrena.

O patrimônio da pessoa natural, com seu falecimento, deve ser objeto de partilha, por determinação da lei, procedendo-se ao inventário.

Para tanto, criou-se, inclusive, quatro espécies de inventário, quais sejam, inventário comum, inventário extrajudicial, arrolamento comum e arrolamento sumário.

Ora, se a família obrigatoriamente deverá enfrentar, nesse momento de dor e sofrimento, a divisão do patrimônio do ente querido, a tarefa se mostra muito mais difícil a partir do momento em que nos deparamos com dois grandes problemas

jurídicos:

a) A incerteza da jurisprudência sobre a aplicabilidade, ou não, da divisão da herança de forma diferente para os sucessores que sobrevivem ao casamento ou à união estável do autor da herança (falecido);

b) A incerteza do quinhão a ser destinado a cada herdeiro, em razão da dúvida sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

Os próprios advogados se deparam com a tarefa árdua de explicar aos clientes que não se tem certeza sobre como devemos dividir a herança do falecido que, no momento da abertura da sucessão (momento da morte) estava mantendo união estável com a companheira ou companheiro sobrevivente, em razão de profunda divergência da doutrina e jurisprudência.

Para acabar de vez com essas duas grandes incertezas, necessário se faz que o Poder Judiciário decida, de forma definitiva, sobre a aplicabilidade do artigo 1.790 do CC.

Não é o que ocorreu até agora.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão do Órgão Especial, no dia 14 de setembro de 2011, por 17 votos a 7, em uniformização de jurisprudência, decidiu que o artigo 1.790 do CC é constitucional.

Não é esse o entendimento da doutrina.

Doutrinadores como Aldemiro Rezende Dantas Júnior⁴¹, Cristiano Chaves de Farias⁴², Paulo Luiz Netto Lobo⁴³, Luis Paulo Vieira de Carvalho⁴⁴, Giselda Maria Fernandes Hironaka⁴⁵, Zeno Veloso⁴⁶, Francisco José Cahali⁴⁷, Gustavo Tepedino⁴⁸, Ana Luíza Maia Nevares⁴⁹, Guilherme Nogueira da Gama⁵⁰, Luiz Edson Fachin⁵¹ entendem pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

⁴¹ DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. *Sucessão no casamento e na união estável*. In: *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Cristiano Chaves de Farias (coord.), 2004.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Constitucional à Família*. In: *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Cristiano Chaves de Farias (coord.), 2004.

⁴³ LOBO, Paulo Luiz Netto. In *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Cristiano Chaves de Farias (coord.), 2004.

⁴⁴ CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. *Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral*, no *Direito de Família e no Direito das Sucessões*, 2007.

⁴⁵ HIRONAKA, op. cit., 2003.

⁴⁶ VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*, v. VII, 2003.

⁴⁷ CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002*, 2005.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de Direito Civil*, 2008.

⁴⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*, 2004.

⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo: uma espécie de família*, 2002.

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*, 2005.

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entretanto, não terminou com a controvérsia, uma vez que a divergência surgiu, agora, no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, já tendo sido suscitada uniformização de jurisprudência, mas ainda não decidida.

No REsp n. 1.117.563/SP, a relatora Ministra Nancy Andrighi, em julgado de 17 de dezembro de 2009, reconheceu a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Posteriormente, no REsp n. 1.135.354, julgado de 24 de maio de 2011, em que foi relator o Ministro Luíz Felipe Salomão, foram apresentados os argumentos pela inconstitucionalidade do referido artigo, encaminhando-se para a Corte Especial para apreciação da sua inconstitucionalidade.

A Corte Especial do E. STJ é formada, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, pelos quinze ministros mais antigos, competindo a análise de incidente de inconstitucionalidade nesse Tribunal.

Importante destacar que, nos termos da súmula vinculante n. 10 do E. STF, órgão fracionário de Tribunal não pode reconhecer inconstitucionalidade.

Assim, para que uma Turma Julgadora de Tribunal possa reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, necessário se faz a arguição de uniformização de jurisprudência.

Esperamos que o entendimento seja pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, sendo a decisão do STJ mantida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, já que certamente a questão constitucional chegará à nossa Corte Suprema.

Na hipótese de se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, o companheiro sobrevivente passa a figurar na ordem de vocação hereditária ao lado do cônjuge supérstite, apresentando-se a melhor interpretação para o tema.

8. CONCLUSÕES

Como conclusões, pode-se elencar o seguinte:

1. Não há distinção entre família e entidade familiar.
2. O casamento e a união estável são, juridicamente, institutos de direito distintos, mas resultam na constituição de uma família.

3. A proteção à família não pode sofrer distinção conforme os integrantes da família, de modo a causar verdadeira criação de uma sub-família.
4. O cônjuge sobrevivente, na falta de descendentes e ascendentes do autor da herança (falecido) recebe integralmente a herança do morto, nos termos do artigo 1.829 do CC.
5. O companheiro sobrevivente, na falta de descendentes e ascendentes do autor da herança, se se entender que o artigo 1.790 do Código Civil é constitucional, recebe apenas um terço da herança do falecido, devendo os demais dois terços serem distribuídos para os outros parentes do autor da herança, quais sejam, os ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e parentes colaterais de 4º Grau, obedecendo-se essa ordem preferencial.
6. A família constituída pelo casamento e a família constituída pela união estável formam a mesma espécie de família, sendo vedada qualquer distinção, inclusive não se aceitando distinções conceituais de família para entidade familiar de modo a se desejar justificar tal inconstitucional diferenciação.
7. O Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que não existe distinção terminológica ou conceitual entre “família” e “entidade familiar”.
8. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em uniformização de jurisprudência, entendeu pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.
9. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em razão de divergência entre Turmas Julgadoras e necessidade de aplicação da Súmula Vinculante n. 10, a qual determina que órgão fracionário de tribunal não pode decidir diretamente pela inconstitucionalidade de lei federal, apresentou arguição de uniformização de jurisprudência e encontra-se pendente de julgamento.
10. Após decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de questão constitucional, haverá necessidade de apreciação pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não do artigo 1.790 do Código Civil.
11. Os encontros e desencontros da doutrina e jurisprudência, com profunda divergência entre Câmaras e Turmas Julgadoras dos Tribunais Estaduais e mesmo do E. Superior Tribunal de Justiça trazem grande insegurança jurídica para a sociedade brasileira, pois não se sabe, justamente no momento da dor

e sofrimento da perda de um ente querido, sequer como deve ser feita a partilha da herança, aumentando-se a angústia dos familiares.

12. A melhor interpretação é pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, de modo a permitir a interpretação de que, independentemente se a pessoa era casada ou mantinha união estável, a divisão da herança deve obedecer a ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil. Nesse sentido, ao ser afastada por completo a aplicação do referido artigo 1.790 do CC, no artigo 1.829 do CC, onde está escrito “cônjuge”, deve ser lido “cônjuge ou companheiro”, conforme a melhor interpretação de direito civil-constitucional a ser dada para a questão da distinção (ou na verdade inexistência de distinção) entre os direitos hereditários do cônjuge e do companheiro sobrevivente.

9 REFERÊNCIAS

- ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentença, pareceres e normas administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. **Sucessão no casamento e na união estável**. In: **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à Família**. In: **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. **O direito à herança no novo Código Civil**. Campinas: CS Edições, 2005.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M., Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *In Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões. Atual**. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.
- NEVARES, Ana Luíza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- OLIVEIRA, Euclides de. **Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.
- SIDOU, J. M. Othon. **Sobre o novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Temas de Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. Vol. VII. São Paulo: Atlas, 2003.