

FACULDADE DE JUSSARA – FAJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO

LAÍZE FAGUNDES DA SILVA

**DIREITO DE SUCESSÃO: a desigualdade na ordem de vocação hereditária do cônjuge
e do companheiro à luz da Constituição Federal e do Código Civil.**

JUSSARA/GO

2012/2

LAÍZE FAGUNDES DA SILVA

DIREITO DE SUCESSÃO: a desigualdade na ordem de vocação hereditária do cônjuge e do companheiro à luz da Constituição Federal e do Código Civil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito da Faculdade de Jussara – GO como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof(a). Ms. Raquel Miranda.

JUSSARA/GO

2012/2

LAÍZE FAGUNDES DA SILVA

DIREITO DE SUCESSÃO: a desigualdade na ordem de vocação hereditária do cônjuge e do companheiro à luz da Constituição Federal e do Código Civil.

Monografia apresentada e aprovada no dia .../.../... pela Banca Examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Jussara – GO.

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Ms. Raquel Miranda – FAJ/UEG

Presidenta

Prof. Dr. Clovis Carvalho Britto – FAJ/UEG

Membro

Prof. Esp. Saul Ezrom de Miranda Xavier – UFG/ BMGO

Membro

Eu, a Sabedoria, habito com a prudência e disponho de conhecimentos e de conselhos (Provérbios 8.12).

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero tributar a Deus toda a honra e glória, pois somente a Ele pertence o meu adorar, bem como agradecê-lo pela tão grande benção alcançada que é a conclusão do meu curso, pois Ele esteve ao meu lado no percorrer deste caminho, principalmente naquelas horas em que não conseguia falar ou expressar minhas dificuldades, Ele entendia o meu gemido e abria o caminho para que eu pudesse passar, por isto sou um milagre e estou aqui, **TE AMO JESUS.**

Em segundo lugar, aos meus queridos e amados pais Sr. Jales Fagundes e Sra. Sebastiana da Silva que são a razão da minha vida, pois a eles devo tudo o que sou, ou seja, não tenho palavra para descrever, mas tentarei resumir em setes palavras do tamanho do mundo: **Amo Vocês do fundo do meu coração.**

Em terceiro lugar, aos meus irmãos e sobrinhos que de forma tão carinhosa e compreensível me ajudaram com suas orações. Beijos a todos.

Em quarto lugar, aos meus colegas acadêmicos que me suportaram nestes 05 (cinco) anos de luta em busca do conhecimento, principalmente, as minhas amigas Rosaine Batista e Amanda de Melo – mandinha que considero como irmã, quero lembra – lá do dia em que me esqueceram na faculdade e ela estava no estacionamento da faculdade esperando o sogro para ir embora, então eu já estava assustada e desesperada porque não conhecia ninguém e ela chegou perto e me disse para ter calma pois Deus estava comigo, rrrss e estava mesmo. Abraços a todos.

Em quinto lugar, aos meus professores que me lapidaram para brilhar neste caminho em busca da valorização dos direitos de todos os indivíduos, desejo sucessos a todos.

Em sexto lugar, aos membros da minha banca, sei que não mediram esforços para o desafio. Felicidades a vocês encontraremos no dia tão esperado da minha vida.

E, por fim, em sétimo lugar, numero da perfeição, não poderia de mencionar os meus agradecimentos a minha professora e orientadora Ms. Raquel Miranda sabe que te dei muito trabalho, mas você me conduziu brilhantemente na construção deste meu novo conhecimento, valeu apenas aprendi muito, **vai ser tudo de bom.**

RESUMO: A finalidade do presente trabalho é demonstrar de forma clara e compreensível os avanços históricos da sucessão, do casamento e da união estável, bem como estudo de gênero levando em consideração a figura da mulher, pois sua história no mundo da sucessão somente ganhou *status* a partir de grandes evoluções culturais, como é o caso da Revolução Industrial, ocorrida na Europa, e que por certo, sofreu algumas privações em seus direitos, posto que somente o gênero masculino detinha o poder de herdar, então, a mulher ficava no prejuízo e isto era uma injustiça, contudo, a sociedade, as leis, os costumes foram ampliando o seu horizonte e hoje, não deparamos com esta hipótese, porém, encontramos com outras anomalias no direito que deve ser analisado pelo legislador ordinário para a rápida mudança, como é o caso da sucessão no casamento e na união estável. Apesar de vivermos em pleno século XXI ainda a resquício de desvalorização desta instituição pelo motivo da sociedade ter sido construída sob o manto patriarcal do passado, a desigualdade que existe na ordem de vocação hereditária entre o cônjuge e o companheiro e uma forma de preconceito por parte do legislador civil, por talvez, não aceitar esta instituição que é construída de forma não documentada, para melhor entendimento e a luz do Código Civil de 2002, analisaremos minuciosamente os artigos 1.790 e 1.829, ambos do CC, para demonstrar a confusão da ordem de vocação hereditária.

Palavra-Chave: Sucessão Hereditária. Cônjuge. Companheiro Sobrevivente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPITULO I – O DIREITO SUCESSÓRIO E ALGUMAS IMPLICAÇÕES DE GÊNERO: a mulher, a história e o debate.....	13
1.1– A mulher, a história e o preconceito no Brasil: breve histórico.....	16
1.2 - Casamento: um enlace protegido pela sociedade.....	18
1.3 – Implicações quanto ao contexto histórico-legal do Direito de Sucessão no Brasil.....	23
1.4 - União estável: casamento não oficializado e o princípio da igualdade.....	27
1.5 – Aspectos do direito de sucessão da mulher: recorrências ao gênero.....	29
CAPITULO II – A CONFUSA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO.....	32
2.1 – Regime de Bens Patrimoniais no casamento: o que prevê a lei?.....	34
2.2 – União Estável: os bens, a lei e o direito.....	36
2.3 – Desigualdade na Ordem de Vocação Hereditária entre o Cônjuge e os Conviventes da União Estável: o debate em foco.....	38
2.4 – A violação dos direitos do companheiro sobrevivente na sucessão hereditária.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	50

INTRODUÇÃO

O direito de sucessão surgiu antes mesmo da era cristã, por meio dos povos egípcios, hindus e babilônicos. Nessa época prezava-se pela linha masculina, ou seja, os patrimônios do falecido somente transmitiam ao herdeiro varão primogênito, pois era ele quem deveria manter o culto familiar, e não uma herdeira ou parente (RODRIGUES, 2003, p.4/5).

A partir dessa visão egocêntrica, descriminalizante do indivíduo, no momento de suceder o *monte-mor* é que o direito hereditário passou a evoluir, mas esse processo de evolução vem acontecendo de marcha lenta perdurando até os dias atuais. Referimo-nos a isso, pois quando se trata da questão do direito do cônjuge e do companheiro sobrevivente, primeiro por privilegiar o casamento e, em segundo lugar, por manter a sociedade concentrada para não haver desequilíbrio social e cultural.

Dessa forma, como veremos o legislador deixou de equiparar tais institutos, colocando um inferior ao outro, sendo que deveriam ser tratados de formas idênticas, uma vez que ambos possuem os mesmos objetivos e deveres como de regular a relação sexual, de cuidar da *prole*, prestação de mútua assistência, bem como para propiciar o desenvolvimento econômico da sociedade familiar (art. 1566, do CC).

Nota-se que há restrição de direito no momento de suceder o falecido na ordem da vocação hereditária, uma vez que o legislador não contemplou no Título II, no Capítulo I, no seu art. 1829, do CC/02 a figura do convivente, contrariando o princípio da igualdade encontrado no art. 5º, *caput*, CF/88, bem como o art. 226, § 3º, da CF, que reconheceu o instituto da união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

No mesmo raciocínio, leciona o renomado doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, *in verbis*:

Já pelo vigente Código, a sucessão do companheiro ou da companheira é tratada de forma estranha, antes da ordem de vocação hereditária, no art. 1.790. Por esse dispositivo o consorte concorrerá com outras classes de herdeiros, até mesmo com colaterais, no tocante aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa evidente regressão e restrição de direitos à lei anterior. (2009, p. 436).

Denota-se que o companheiro sobrevivente ficou em uma posição inferior, comparado ao novo direito hereditário do cônjuge. Tendo em vista que os unidos, somente participarão da herança, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, caso inexistindo patrimônio conquistado junto, o companheiro sobrevivente não terá direito em receber a sua

cota parte, o que configura, a nosso ver, uma violação no novo ordenamento. Destacando a direção das reflexões que proporemos para este trabalho, tanto o cônjuge legalizado pelo casamento quanto o companheiro exercem os mesmos deveres e direitos no âmbito familiar, deixando-o de ser contemplado como herdeiro necessário pela lei.

Em princípio, este descontentamento do legislador de não equiparar o cônjuge ao companheiro sobrevivente não é de agora, pois outrora, sequer o cônjuge tinha prioridade na ordem de vocação, uma vez que seu chamamento a herança acontecia depois dos colaterais, isto evidencia que as leis não estão adaptando com o movimento social, gerando grande tumulto de violações de valores.

Ao analisar o decreto nº 1.839/1907 (RODRIGUES, 2003, p. 98) percebe-se, que ele foi à base do reconhecimento do espaço do cônjuge no mundo jurídico então vigente, uma vez que na antiguidade o cônjuge era visto apenas como a última hipótese de perceber a herança deixada pelo falecido, depois que fosse passada pelas demais classes de herdeiros, por exemplo, se não tivesse os descendentes ou ascendentes ou os colaterais até o décimo grau o cônjuge herdaria.

Observe-se o que dispõe o art. 1º. do decreto nº. 1.839/1907, conhecido como Lei Feliciano Penna:

Art. 1º. Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão *ab intestato* ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até o sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, se o *de cujus* for domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver domicílio em território não incorporado a qualquer delas.

Então, o cônjuge somente teve êxito a partir de grande esforço, evolução cultural, clamor público de uma parte da sociedade que estava cansada de ver seus esforços ignorados e isto não é diferente com o instituto da união estável que por hora ainda é diferenciado pela atuação ultrapassada do legislador, mas que tudo aponta para uma legalização sem preconceito dos companheiros.

Destarte, a simpatia por este tema, foi por vivenciar dia a dia com a desigualdade entre esses dois institutos, pois para aplicá-los aos casos concretos deve-se fazer uma minuciosa interpretação para não atropelar os direitos de cada um dos envolvidos, tendo em vista que o legislador acarretou sérios prejuízos aos que vivem sob o manto da união estável.

Neste sentido cabe a nós, juristas, repensar esta situação, mostrando que apesar do Código Civil frisar pelo casamento não se devem menosprezar aqueles que priorizaram a união sem casamento até porque o Direito deve caminhar com a evolução social e cultural e, esta realidade já se faz existente.

O direito hereditário brasileiro é de suma importância para o equilíbrio da mola propulsora da entidade familiar, uma vez que este estatuto trata-se de questão patrimonial transferível somente àquele traçado pela vontade da lei e do *de cuius*. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 3º reza o seguinte “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”.

Então, se a Carta Magna previu em seu texto a garantia da união sem casamento, quis mostrar que as normas devem sempre andar paralelamente com a mudança sócio-cultural de uma sociedade e não ficar paralisada no tempo.

Tendo em vista que o legislador ao elaborar o Código Civil de 2002 agiu de forma contrária e proposital fazendo separação deste instituto com o cônjuge, ferindo os princípios constitucionais que abarcou tal união como casado fosse, e, por conseguinte, acarretou enormes prejuízos na ordem de vocação hereditária, pois o companheiro convivente somente participará da sucessão do (a) outro (a) caso haja bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que não acontece com o cônjuge legalizado, onde participará da sucessão até dos bens particulares do falecido.

Mesmo entendimento é o de Maria Helena Diniz, confira-se:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser disso em testamento (CC, arts. 1.845, 1.846 e 1.857), pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. (2010, p. 154).

Veja-se, a existência de separação entre ambas as partes, onde o cônjuge está do lado do peso mais resistente do que o companheiro, tanto na partilha da sucessão em relação aos herdeiros quanto em relação a sua cota e os bens adquiridos onerosamente. Se é garantida constitucionalmente a união estável, para que haver distinção? Por que haver desigualdade na vocação hereditária, se tanto o cônjuge legalizado quanto o companheiro estão equiparados

nas obrigações do âmbito familiar? Será porque os companheiros jamais gozarão de direitos mais amplos do que o cônjuge, uma vez que este instituto acompanhou a sociedade desde os primórdios? E que por ser verdade até hoje é discriminado.

Destarte, o legislador não atentou pelo primor legislativo no tocante à matéria em discussão, deixando abertas omissões e antagonismos legais os quais muito tem prejudicado o interprete é a sociedade. E a finalidade deste contexto é demonstrar que a sociedade brasileira está um passo à frente do pensamento do legislador e antes de qualquer coisa, é necessária a mudança do ordenamento civil em relação aos direitos sucessórios do companheiro, tratando-se em equiparar os dois institutos para não haver desigualdade no seio da entidade familiar, pois esta é que motiva a sociedade, no crescimento social e econômico do país.

Outrossim, esta desigualdade sempre trouxe prejuízo para os unidos principalmente quando se trata do sexo feminino, ou seja, as mulheres companheiras sofrem com tal descaso porque desde os primórdios elas não possuíam direitos de herdar, e isto se reflete nos ordenamentos jurídicos atuais, por exemplo, quando ler-se a história da época medieval percebe que elas eram vistas como uma máquina apenas para gerar somente filhos, passando longe de ser herdeira, sendo certo que a herança cabia somente ao sexo masculino – homem, por ser o pólo que trabalhava para manter a subsistência da família, por ser quem detinha as posses das terras ou a heranças.

Dessa forma esclarece Sílvio de Salvo Venosa, *in verbis*:

No Direito Romano, não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com os filhos. (2006, p.121).

Então, entende-se que, por longos tempos a mulher foi considerada o ponto fraco da história, mais isto não significa que este tabu produzirá efeito nos dias atuais, bem como na geração futura, uma vez que ela contribui para o desenvolvimento da sociedade conjugal da mesma forma que o sexo masculino, até porque a Carta Magna de 1988 consagrou em seu texto o artigo 5º precisamente no inciso I que os “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, ou seja, não há privilégio nem tampouco hierarquia entre ambos e sim, igualdade.

O processo de sucessão, em uma visão rápida, parece ser muito fácil de diagnosticar, contudo, em uma visão mais constricta percebe-se que na maioria das vezes as garantias

incumbidas ao companheiro ou companheira da união estável pela Constituição Federal ainda são desrespeitadas, o que caracteriza uma tirania do poder estatal.

A proposta metodológica quer nortear o desenvolvimento de tais indagações está definida em dois grandes capítulos de discussões, que contem no primeiro capítulo a evolução do direito sucessório desde os primórdios até os dias atuais, bem como o surgimento da história da mulher no âmbito do direito sucessório, sobre o casamento que é um enlace matrimonial protegido pela sociedade e sobre a união estável, casamento não oficializado e o principio da igualdade. No segundo capítulo abordaremos a confusa ordem de vocação hereditária do cônjuge e do companheiro, analisando os regimes de bens patrimoniais em cada instituto e a desigualdade existente na hora de receber a herança do *de cujus*.

CAPÍTULO I

1.0 - O DIREITO SUCESSÓRIO E ALGUMAS IMPLICAÇÕES DE GÊNERO: a mulher, a história e o debate.

Magistrados futuros, não vos deixeis contagiar de contágio tão maligno. Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União, os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrúpulo; porque são os mais mal defendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a minguia nos recursos.

RUI BARBOSA.

O direito de sucessão como os outros ramos do direito surgiu há seis mil anos, período em que começou a existência do homem sobre a terra, contudo, não existia codificação das leis, mas existia norma ou padrão a ser seguido por toda sociedade, casta e étnica, com a finalidade de organizar a conduta humana.

Assim, com o passar dos tempos, o direito sucessório começou a ser estruturado em normas, começando a ser usado pelos povos egípcios, hindus e babilônicos. Nesse período prezava-se pela linha masculina, ou seja, o patrimônio do falecido somente era transmitido ao herdeiro varão primogênito (pois era ele quem deveria manter o culto familiar), e não a uma herdeira ou parente (RODRIGUES, 2003, p.4/5).

Esta prática de transmissão da herança ao varão primogênito era para manter a estrutura familiar, pois naquela época, a sociedade era inspirada em crenças religiosas, não podendo existir partilha de herança entre os demais herdeiros, como ensina o doutrinador Silvio Rodrigues:

O direito de primogenitura e varonia, entretanto, perpetua-se em muitas civilizações, inspirado em outras razões de ordem política e social de

considerável relevância. A primeira e principal delas é o propósito de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos (2003, p. 4/5).

Acima defrontamos que o modelo de sociedade, de tempos pretéritos, concentrava-se no egocentrismo machista, no qual tão somente alguém mais velho e homem, deveria continuar na liderança da família sem consideração dos interesses dos demais parentes. Esta realidade era mais cruel quando os mais jovens eram mulheres ou se havia somente mulheres, porque então a sucessão se dava somente entre os colaterais.

Outrossim, o direito de sucessão também passou a ser praticado pela sociedade dos povos hebreus, conhecido pela lei mosaica, através da Lei de Moisés como convencionou-se, popularmente, o termo. Na Bíblia configuram-se as primeiras formas de sucessões do patrimônio do falecido, não somente aos herdeiros, mas também, às herdeiras, como por exemplo: as heranças das filhas de Zelofeade, este que morreu sem deixar filhos, conforme está escrito no Capítulo 27, versículos 1 ao 11, de Números, da referida fonte.

No Império Romano, compreendido pelo Código Justiniano, foi criado o Direito das Doze Tábuas e o Direito Germânico. Assim, no Direito das Doze Tábuas a sucessão ocorria da seguinte maneira, caso o falecido não tivesse testado seu patrimônio através de testamento: 1 – aos herdeiros *sui*, que quer dizer os filhos sob o pátrio-poder ou legítimo; 2 – aos herdeiros *agnati*, que eram os descendentes de varões do mesmo tronco; 3 – e aos herdeiros *gentili*, que quer dizer gente da mesma família ou de tronco comum (NETO, 2008, p. 24).

Esta classificação foi substituída pelo direito pretoriano que acrescentou uma quarta classe de herdeiros que tem como: 1 – *liberi* que quer dizer o mesmo de *sui*; 2 – *legitimi* eram os herdeiros reconhecidos pela lei; 3 – *cognati* que quer dizer parentesco por consanguinidade; e, 4 – cônjuge sobrevivente, (p. 25).

Para Inácio de Carvalho Neto “a primeira classe compreendia os *sui heredes* e os *emancipati*. A segunda, os *consanguinei* e os *agnati*. A terceira, todos os parentes até o sexto grau. A quarta, o marido ou a mulher” (p. 25).

Dessa forma, a estrutura das classes de herdeiros trazidas pelo Código Justiniano foi o marco inicial da sucessão legítima ou natural, contudo, o cônjuge pobre somente herdaria o patrimônio do *de cuius*, se caso faltasse todos os herdeiros anteriores.

Já no direito Germânico, segundo Neto “a sucessão baseava na compropriedade familiar, vindo, em primeiro lugar, os filhos varões e, em seguida, os irmãos do defunto, tios paternos e maternos” (p. 25), ou seja, o filho era co-proprietário da herança, inexistindo a

figura feminina para preservação do culto no âmbito familiar, uma vez que a moça casava e de consequência, passava a cultuar outra religião, a do marido, deixando assim de existir o culto familiar de que aprendera desde sua infância, o que não poderia acontecer, pois o lar não poderia ficar abandonado, conforme ensina Silvio de Salvo Venosa:

A morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extingiria o lar, segundo acreditavam. Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independia do culto geral da sociedade. Por meio da adoção e do testamento, o romano impedia que se extinguisse a religião. Segundo lembra Fustel de Coulanges, a felicidade durava enquanto, durasse a família; com a descendência continuaria o culto. Também, nessa linha social, a sucessão só se operava na linha masculina, porque a filha não continuaria o culto, já que com seu casamento renunciaria à religião de sua família para assumir a do marido. (2006, p.3).

Analisando alguns aspectos da evolução do direito sucessório, compreende-se que a figura feminina somente herdaria se caso não houvesse herdeiro varão, ou seja, isto era exceção, pois, somente a este pertencia o prosseguimento do nome familiar.

Por isso, houve a necessidade de mudança em relação à sucessão hereditária no momento de receber a herança do falecido, uma vez que o gênero masculino é que estava em primeiro lugar na lista da sucessão.

Certamente, alguns destes estigmas quanto ao papel da mulher no que diz respeito à cultura ou a sucessão de bens, revestia-se deste preconceito, pois a mesma era vista como um objeto de luxúria usada pelo o homem, ou seja, a “máquina” de satisfazer os desejos carnis dos seus senhores. Cabia a ela – mulher - seguir as ordenações culturais da época e ainda sofrer as punições por elas imposta, deixando o princípio da equidade de lado, o que não poderia ser eximido de uma sociedade, pois é este o princípio base para reger o direito de sucessão que trata da igualdade de direito de cada um, mas não para este período histórico de influências medievais.

Dessa forma, foi através da Revolução Francesa que o direito de primogenitura, bem como da primazia do gênero masculino deixou de ser honrado, pois segundo Marla Dienne Fernandes “o Código de Napoleão mantém a igualdade de herdeiros do mesmo grau e a unidade sucessória” (2009, p. 8).

Desta maneira, o direito hereditário foi criando raízes no meio social, evoluindo até chegar ao Brasil, contudo, apesar de ter sofrido mudança radical em relação à ordem

sucessória, encontra-se vinculado a algumas circunstâncias que merecem as explicações a seguir.

1.1 – A mulher, a história e o preconceito no Brasil: breve histórico.

De antemão demonstraremos a diferença entre gênero e sexo para melhor compreensão do tema.

A figura do gênero diz respeito relação de valor entre o masculino e o feminino na sociedade, pois para ela – sociedade - estes têm pesos diferentes. Já a figura do sexo expressa à forma de cada ser humano em sua estrutura física e biológica, ou seja, aquela diferença encontrada em nosso corpo através do aparelho reprodutor do homem e da mulher (pênis e vagina).

Assim, conceitua os autores Francisco Cabral e Margarita Diaz:

Sexo refere-se às características biológicas de homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios.

Gênero refere-se às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais. (p.1).

Então, percebemos que não se confunde estas duas figuras porque são tratadas de formas diferentes, apesar de estar tratando do próprio indivíduo. Destarte, a figura do gênero feminino na história foi pautada no anonimato, ou seja, a mulher não era conhecida pela sociedade como sujeito de direito, mas sim, de deveres, objeto de manuseio de seus senhores. Vejamos:

Num processo paulista de divórcio em 1756, o juiz aconselha ao marido: “Fazendo a mulher o contrário de amar e respeitar o marido é permitido a este reger e aconselhar sua mulher, e ainda castigá-la moderadamente se merece...”(DEL PRIORE, 1994, p. 17).

Como se sabe desde antiguidade, a mulher era negligenciada em seu papel social, ou seja, como ser pensante não podia exprimir suas opiniões, nem tão pouco praticá-las. Pois, como afirma Mary Del Priore apud Duby “os murmúrios femininos que se perdem num coro tonitruante de homens que os sufocam” (p. 13). Fala-se de uma forte dominação masculina

em relação à classe feminina, no qual somente aquele tinha direito a voz, enquanto esta, apenas o sussurrar de obediência.

Ainda nos dizeres da autora Mary Del Priore “(...) Quando o marido a corrigir de alguma coisa mostre-se-lhe agradecida a seu bom afeto e receba a correção com humildade” (p. 17). Veja-se que a mulher era considerada apenas um pedaço do patrimônio do gênero masculino, nada mais, além disso.

No período colonial, a Igreja Católica era quem editava normas na sociedade, foi o centro ideológico da implantação do preconceito social feminista, na qual impunha que a mulher somente era boa se vivesse sob o manto conjugal, caso contrário, eram mulheres fáceis e de baixa moralidade, bem como se tornava o alvo dos pregadores em seu discurso, fazendo da figura feminina um objeto de luxúria (cf. DEL PRIORE, 1994, p. 15).

Outro fator importante nesta época é que a mulher somente tinha como profissão o domínio do lar, o cuidar dos filhos, do marido e da casa. Longe de participar do ensino ministrado nas instituições escolares, o que fica a cargo apenas do gênero masculino, pois, a este cabia o conhecimento, o domínio e a conquista do seu núcleo familiar e social.

Houve uma grande demora para que as mulheres pudessem ter acesso ao ensino regular em uma escola. Convém ressaltar que o objetivo do ensino das mulheres era totalmente diferente do objetivo do ensino dos homens. Os homens eram educados para serem principalmente advogados e médicos, enquanto que às mulheres era ensinado apenas às prendas domésticas que eram importantes para encontrarem o destino a qual as mulheres eram destinadas: o casamento. As mulheres eram educadas para se tornarem donas de casa, mães e esposas dedicadas aos seus maridos (FECLESC, p.2).

Embora o contexto social revele que a figura da mulher era depreciada, ou seja, não se agregava a ela os valores fundamentais de qualquer ser humano, havia aqueles que pensavam de modo contrário ao entendimento masculino dominante. Posto que enxergasse a mulher diferentemente dos demais, uma vez que atribuía-se a ela a capacidade intelectual, social que pertencia precipuamente a classe masculina. Para estes pensadores (Coutinho) a mulher poderia desempenhar várias atividades para além dos afazeres domésticos simplesmente, vejamos:

Azeredo Coutinho, em 1798, embute neste discurso tarefas construtivas para a mulher. Sua submissão passa a ser mais um valor a serviço do modelo feminino ideal. Nele, a educação confunde-se com domesticidade. Diz ele, “...aqueles que não conhecem a grande influencia que as mulheres tem no

bem ou no mal da sociedades, parece que até nem querem que elas tenham alguma educação. Mas isto é um engano, é um erro que trás o principio da ignorância. Elas tem casa que governar, um marido que fazer feliz e filhos que educar na virtude” (DEL PRIORE, 1994, p. 19).

Nesta mesma direção, Silva (1995) diz:

As mulheres pelo próprio condicionamento cultural, são conduzidas a uma concepção de si mesmas em autodepreciação, em que avulta a busca de identidade. Até bem pouco tempo, ao casar, a mulher perdia um ou até dois sobrenomes oriundos de sua família. Perde o seu e recebe outro, atribuído por seu dono, e percebe, com este fato, que é uma forma de destruição da sua identidade (SILVA, 1995, p. 112).

Percebe-se que o casamento foi por anos uma espécie de concretização de uma estrutura cultural que contribuía para o fortalecimento do masculino sobre o feminino. Talvez seja por esse motivo a união estável foi tida como marginalizada já que a oficialização do domínio do homem sobre a mulher concretizada na transferência do sobrenome, como afirma autora, transmita esta idéia marginal de “casamento”.

É com esta implicação da capacidade do gênero feminino que potencializam-se com a Revolução Cultural dos anos de 1960, é que a história da mulher começa a rever seu passado, visando conquistar de um “novo” caminho de “liberdade” e, sobretudo, na luta pela igualdade de gênero. Lembramos ainda que foi a partir da Revolução Industrial, na Europa, que a mulher passou ser reconhecida como sujeito ativo, pensante e não mais como objeto, mas isto não foi o suficiente para a compreensão da sociedade em relação ao descobrimento da intelectualidade da classe feminista. Foi necessário atravessar anos e anos em busca da valorização moral, para se ter uma posição de igualdade de gênero, bem como para ocupar um espaço no meio social e político.

Apesar de vivermos em pleno século XXI ainda há resquício de uma sociedade preconceituosa em face de um ser merecedor de respeito e de direito – a mulher.

1.2– Casamento: enlace reconhecido pela sociedade

A relação matrimonial e a base da sociedade, pois através dela é que se forma a família, é união de duas pessoas - homem e mulher - que resolvem viver juntas sob o mesmo

teto e compartilhando dos mesmos direitos e deveres no âmbito conjugal, formando assim, a instituição familiar, ou seja, nos dizeres de Maria Helena Diniz “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (2010, p. 37).

O casamento desde a época romana já predominava no direito e que mais tarde passou a ser seguido na legislação brasileira, e, neste período existia três forma de instituir o matrimônio. A primeira delas é mediante *confarreatio*; a segunda é *coemptio*; e a terceira o *usus*. Segundo o entendimento da autora Maria Helena Diniz, *in verbis*:

(...) a) a *confarreatio*, que era o casamento religioso, da classe patricia, caracterizando-se pela oferta aos deuses de um pão de trigo, sendo que somente os filhos nascidos desta forma de matrimônios é que podiam ocupar certos cargos sacerdotais; b) a *coemptio*, reservada à plebe, consistindo numa espécie de casamento civil celebrado pela venda fictícia, do pai para o marido, do poder sobre a mulher; c) o *usus*, espécie de usucapião, em que o marido adquirira sua mulher pela posse, consistente na vida em comum durante um ano. (...) (2010, p. 50).

É notável a submissão da mulher nesta instituição, pois ela é sem sombra de dúvida a essência do matrimônio, porém, muito inferiorizada no vínculo – familiar e social –, é caracterizada como posse transmitida pelo pai ao marido, tão somente.

A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou marido para após sua morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido (VENOSA, 2006, p. 25).

Com a evolução da sociedade, o casamento para os romanos passou por outra visão, ou seja, para formalizar a união matrimonial era necessário o preenchimento de três requisitos: capacidade e consentimento dos cônjuges e ausência de impedimentos. (cf. DINIZ, 2010, p. 50). Ou seja, não precisava passar por todos aqueles requisitos mencionados anteriormente, pois o que importava era se os cônjuges tinham aptidões para responder pelos seus atos e se tinha afeto entre si e se não tinha alguma proibição para se casarem, contudo, o matrimônio sempre era voltado para as regras religiosas.

No Brasil, o casamento ainda era regido pelo direito canônico, pois a Igreja estava no ápice da história, onde governava e ditava as leis de uma sociedade. Nos dizeres de Diniz “a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais;” (2010, p. 51). Sabe-se que há muito tempo o Brasil não tinha essa distinção de poderes que se tem hoje – Executivo, Legislativo e Judiciário, pois somente predominava o Império e este tinha como Lei a religião, pois segundo o autor Venosa “Nosso direito anterior, na época do Império, apenas conhecia o casamento católico, por ser essa religião a oficial do Estado. Com a presença crescente da imigração e de pessoas que professavam religiões diversas, instituiu-se, ao lado do casamento eclesiástico, o de natureza civil, permitindo a união de casais de seitas dissidentes, por lei de 1861”. (2006, p. 32).

A primeira norma a reger o casamento foi o Decreto de nº. 3 de novembro de 1827 que assim dispunha:

Havendo a Assembléa Geral Legislativa Resolvido, artigo único, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capitulo 1.º de *Reformatione Matrimonii*, e da Constituição do Arcebispado da Bahia, no livro 1.º titulo 68 § 291, ficam em effectiva observância em todos os Bispados, e freguesias do Imperio, procedendo os noivos, quando lh’o requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimento depois de feitas as denunciações canônicas, sem para isso ser necessária licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução Hei por bem ordenar que assim se cumpra. A Mesa da Consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessários. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6.º da Independencia e do Imperio.

Contudo, como a sociedade está em constante mudança e aperfeiçoamento, a chegada dos novos moradores no espaço brasileiro trouxe nova crença e que por sinal modificaria a concepção do casamento em relação à religião. Como outrora a união matrimonial era feita mediante normas estabelecidas pela Igreja isto passou a mudar, pois foi criado um projeto de lei, de lavra do Ministro da Justiça Diogo Vasconcelos, que distinguia três grupos de pessoas com formalidade diferente para se ter a concretização do casamento, quais sejam: pessoas católicas, mista e acatólica. Vejamos:

Praticavam-se, então, três tipos de ato nupcial: o *católico*, celebrado segundo normas do Concílio de Trento, de 1563, e das Constituições do Arcebispado baiano; o *misto*, entre católico e acatólico, sob égide do direito canônico; e o

acatólico, que unia pessoas de seitas dissidentes, de conformidade com os preceitos das respectivas crenças (DINIZ, 2010, p. 51).

Esse projeto de Lei passou a ter a numeração de 1.144 de 1861, onde tratou pela primeira vez do casamento com efeito civil. Mas para aperfeiçoar a instituição do casamento civil, o Barão de Loreto, criou um projeto lei em 1889 que tratava do casamento civil facultativo, ou seja, os nubentes poderiam fazer o casamento no religioso e no civil caso quisessem, não era obrigatório naquele período, porém, apesar de ser aprovado pelo Conselho de Ministro, não passou a ter vigência, pois como se sabe, no dia 15 de novembro de 1889 houve-se a revolução para a chegada da época Republicana. (cf. DINIZ, 2010, p.51).

Na estadia da República, houve várias normas que dispunham sobre a formalização do casamento, pois parte se de um ponto que não mais é obrigatório o efeito religioso na celebração da união matrimonial, porém passa ser compulsoriamente o civil, mas isto não impede que os nubentes optem pelos dois, mas o que prevalece é o de efeito civilista.

O Decreto n°. 181, de 24 de janeiro de 1890, no art. 108, foi à primeira norma a regulamentar o tema do casamento com efeito civil, que perdura até nos dias atuais, senão vejamos:

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brazil, si o forem de accordo com as suas disposições.
Paragrapho unico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles. (Capítulo XIII – Disposições Gerais).

O casamento a partir da República ganha um olhar diferenciado pelo legislador, garantindo-lhe uma proteção absoluta pelo Estado e pela sociedade, pois é através dele é que se forma a família e que esta antecede o casamento, ou seja, é como se fosse uma bola de neve, que em uma camada se faz uma família e em outra um casamento, até construir uma sociedade.

Outrossim, no entendimento da autora Claudia Stein Vieira citando o doutrinador Arnaldo Rizzardo apud Carlos Alberto Bittar, “desde o início dos tempos, a família é a célula-*mater* da família” (2008, p. 35).

A previsão do casamento na Constituição Brasileira, como se sabe que a Constituição é a guardiã do Estado, ou seja, nenhum ato que está em desacordo com o texto constitucional terá sua vigência válida. Então, a norma constitucional trata de todos os direitos inerentes a uma pessoa. E a primeira Constituição a tratar vagamente do casamento foi a de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 72, §4º, vejamos:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. (...) (Seção II, Declaração de Direitos, Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros; da Constituição da República de 24).

Depois, foi tratado com mais afeto a união matrimonial a Constituição de 1934, em seu art. 146, que assim discriminava:

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. (Capítulo I – Da Família, Título V – Da Família, da Educação e da Cultura, da Constituição da República de 34).

Foi a partir desta Constituição é que o casamento religioso passou a ter efeito civil. A lei. n. 1.110/50, abordou com mais especificidade o tema, esclarecendo que os noivos ao celebrar o casamento religioso deverão promover a inscrição no Cartório de Registro, e com a devida inscrição ele equivale ao casamento civil. (cf. VENOSA, 2006, p. 32).

Ademais, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 recepcionou a mesma ideia das outras anteriores e com a chegada da nova Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, além de amparar o texto em relação ao casamento, admitiu também a gratuidade da sua celebração, observa-se:

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

§1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Como a Constituição Federal atribuiu à lei ordinária a regulamentação da matéria, surgiu então à lei de nº. 6.015, conhecida como Lei de Registro Público, estatuinto três capítulos para tratar a respeito da formalidade do casamento, onde pode ser encontrado através dos arts. 70 a 76, mas o que interessa aqui são somente os artigos 71 a 75, pois são eles que tratam do registro do casamento religioso para efeitos civis.

Também, o novo Código Civil de 2002, resguardou um livro somente para tratar do casamento que está dentro da concepção do direito de família. Assim, está previsto precisamente em seus arts. 1515 e 1516.

Dessa forma, percebe-se que ao longo da história do casamento, este gozou de forma direta ou indireta, da proteção do Estado e da Sociedade, tendo em vista ser ele a estrutura da família e vice e versa.

1.3 - Implicações quanto ao contexto histórico-legal do Direito de sucessão no Brasil.

O marco inicial do Direito Sucessório no Brasil deu-se pelas normas das Ordenações Filipinas, escritas pelo rei da Espanha e de Portugal – D. Filipe II em 1603. Por isso, segundo os autores Almeida Júnior e Beltrami “as Ordenações Filipinas, diploma que tratou explicitamente do Direito Sucessório, vigorou de 1603 a 1830. Era o diploma legal mais duradouro desde então, com ao todo 264 anos de vigência” (2010, p. 7).

Não é bom afirmar que esta foi à única lei a existir naquela época, mas que tratava do direito sucessório especificamente. Contudo, ainda existiram as Ordenações Afonsinas e as Manuelinas, entretanto, não convém falar sobre elas, pois o que interessa, para esta pesquisa, são as Ordenações Filipinas.

Nas Ordenações Filipinas constavam o padrão a ser seguido por todos numa sociedade. A respeito do objeto deste estudo o Direito de suceder existia cinco livros que tratavam de direitos e deveres de um cidadão patriano, porém, o livro IV desta Ordenação, é que contemplava o direito sucessório do patrimônio do falecido possuindo diversas classificações como, por exemplo: o direito do marido e da esposa na ordem de sucessão. Vejamos:

Havia também disposições quanto à sucessão entre marido e mulher. E a orientação era no sentido de que se um dos dois falecesse sem deixar testamento o cônjuge sobrevivente seria herdeiro universal do *de cujus*, mas sob a condição de que não existisse parentes até o décimo grau com direito de herdar. (ALMEIDA JÚNIOR e BELTRAMI, 2010, p.7).

Contudo, mais tarde o direito de sucessão, ora normatizado pelas Ordenações Filipinas, foi incorporada pela Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, retomando o que estava textualizado no direito Romano, ou seja, restabelecendo com mais equidade as ordens de classificações dos herdeiros, havia a predominância da varonia conforme afirma RODRIGUES (2003, p. 4/5).

Dessa forma, a ordem de vocação hereditária ficou assim definida:

O direito brasileiro, herdado do direito português as disposições das Ordenações Filipinas de 1603, depois consolidadas na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, estabelecia a seguinte ordem de vocação hereditária: 1) descendentes; 2) ascendentes; 3) colaterais até o 10º. Grau; 4) cônjuge; 5) Fisco (NETO, 2008, p. 25).

Todavia é interessante notar que conforme a classificação acima, a figura do cônjuge estava em 4º (quarto) grau para suceder o falecido. Então, somente passaria a herdar depois dos colaterais até o 10º grau de parentesco, ou seja, mesmo com a evolução do direito sucessório o Brasil ainda carregava a bagagem dos ancestrais que é o menosprezo da classe feminina, uma vez que, conforme o desenvolvimento do indivíduo na sociedade percebe-se que a mulher vive mais do que o homem. Por esta razão, o gênero feminino não poderia ficar sem ser contemplado na classe de sucessão hereditária, pois, independente da forma, seja ela direta ou indiretamente, a mulher ajudava na construção do patrimônio familiar e isto é considerado também como um forte agente problematizador desta pesquisa científica e sua relevância.

Porém, não demorou muito e foi editado o Decreto Lei nº. 1.839/1907, conhecido como Lei Feliciano Pena que fez mudança radical em relação à classe de sucessão, colocando o cônjuge que outrora estava em quarto grau, para ocupar o terceiro grau, passando os colaterais, a posicionar o grau daquele, bem como limitando a sucessão até o sexto grau de parentesco. Eis o que dispõe o art. 1º. do Decreto nº. 1839/1907 para melhor compreensão:

Art. 1º. Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão *ab intestato* ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até o sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, se o *de cujus* for domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver domicílio em território não incorporado a qualquer delas.

É necessário registrar que este dispositivo foi suficiente para que o legislador de 1916 concebesse em seu primeiro texto, a ordem de vocação hereditária, no Código Civil brasileiro pela Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Entretanto, o Código Civil de 1916, obra de Wenceslau Braz P. Gomes, não recepcionou bem a ideia do cônjuge de participar na herança ou de suceder o falecido em seu patrimônio.

Por mais que tenha seguido a linha classificatória do Decreto nº. 1.839/1097, restringiu a possibilidade sucessória na ordem de vocação hereditária do cônjuge, pois somente bastava o falecido testar sua última vontade retirando do seu consorte o direito de herdar, conforme preceitua o art. 1725, do Código Civil/16:

Art. 1725. Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.

Para o doutrinador Silvio de Salvo Venosa “o cônjuge vinha, no direito anterior, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não era herdeiro necessário e podia, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária” (2006, p. 121).

Cabe ressaltar, que herdeiro necessário é diferente do legítimo. Este se refere aquela lista de herdeiro convocado pela lei, quando inexistem herdeiros necessários; já o primeiro é aquele que não pode ser afastado da sucessão (artigos 1845 e 1846, do Código Civil de 2002).

Dessa forma, a estrutura da sucessão no Código Civil de 1916 ficou assim definida:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I – Aos descendentes;
II – Aos ascendentes;
III – Ao Cônjuge Sobrevivente;
IV- Aos Colaterais;
V – Aos Municípios, Distrito Federal e União. (CC/16, Livro IV – Do Direito das Sucessões, Título II – Da Sucessão Legítima).

Com isto, mais tarde na órbita legislativa, o direito sucessório foi criando raízes e aperfeiçoando as classes de herdeiros na ordem de vocação, onde as mais próximas excluem as mais remotas, e, de consequência foi editado o Decreto-Lei n.º. 9.461/1946 que delimitou o grau dos colaterais na sucessão hereditária, “mas o Decreto-Lei n. 9.461, de 15 de julho de 1946, estabeleceu que serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau” segundo o doutrinador Silvio Rodrigues (2003, p. 98).

Assim, somente os colaterais até o 4º grau poderiam receber a herança do falecido parente, favorecendo cada vez mais os que de perto compartilhavam com o crescimento da sociedade familiar, os filhos, o cônjuge e os pais.

Ademais, a Lei 4.121/ 1962 conhecida como Estatuto da Mulher Casada, trouxe inovação para a sucessão do cônjuge em relação aos demais na ordem de vocação, fazendo alteração ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916, como pode ser assim esclarecido, que o cônjuge viúvo poderia usufruir da ¼ (quarta) parte do patrimônio do falecido. Se caso houvesse filho em comum ou só deste, ou a metade dos bens, caso não existisse filhos, mas que partilharia com os ascendentes, conhecido como usufruto vidual. Ressaltamos ainda que foi através desta lei que o cônjuge sobrevivente passou a ter o direito de permanecer no imóvel destinado a residência da família, conhecido como direito real da habitação, conforme disposto no art. 1.611, § 2º, do CC/16:

Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Portanto, o cônjuge passou a ser mais valorizado pelo legislador de 1962, uma vez que outrora, sequer era lembrado, pois era ele que ajudava no crescimento do patrimônio do falecido. Entretanto, mesmo com tanta mudança no direito sucessório, o Código Civil de 1916, não havia mencionado a figura do companheiro sobrevivente que estava sob o manto da união estável mais uma vez, é bom salientar o viés investigativo desta pesquisa, de modo a afirmar que tais modelos de união era muito recorrente. Até porque, a realidade do casamento

civil, após os episódios das mudanças constitucionais da República, ainda eram objetos de negligência, suspeição ou desinformação para as minorias sociais, a exemplo de Canudos¹.

Tratava-se a respeito do companheiro, mas em relação diversa, ou seja, fez vedação ao direito do companheiro no sentido de ser nomeado como herdeiro. Assim, estava definido no art. 1.719, III, do CC/16, “não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: III – a concubina do testador”, com isto, o companheiro foi lançado no Livro III que tratava sobre o direito de obrigação, na parte da Doação no artigo 1.177 que assim dizia:

Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Veja-se que o legislador privou o companheiro sobrevivente do seu direito sucessório. Porém, com o advento da Carta Magna de 1988 a história da sucessão em relação ao companheiro começa a mudar, pois foi conferido pelo constituinte o princípio da igualdade, descrito no art. 5º, *caput*, da CF/88, este princípio quer dizer, que não se pode tratar um indivíduo que está na mesma proporção de forma desigual:

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (LENZA, 2009, p.679).

Deste modo, a partir da concepção do constituinte o direito de sucessão deveria recepcionar o companheiro da união extramatrimonial em sua lista de herdeiros, então, em 1994, o legislador deu um passo triunfal criando a Lei de nº. 8.971 que foi assinada pelo Presidente da República Itamar Franco, titulada por Lei da União Estável, conferindo aos vivos da união o recebimento de sua cota na sucessão hereditária, e a partir de 1996,

¹A Guerra de Canudos é tida como um dos principais conflitos que marcam o período entre a queda da monarquia e a instalação do regime republicano no Brasil (...). Incriminada por setores influentes e poderosos da sociedade da época, Canudos foi alvo das tropas republicanas. Ao contrário das expectativas do governo, a comunidade conseguiu resistir a quatro investidas militares. Somente na última expedição, que contava com metralhadoras e canhões, a população apta para o combate (homens e rapazes) foi massacrada. A comunidade se reduziu a algumas centenas de mulheres, idosos e crianças. Antonio Conselheiro, com a saúde fragilizada, morreu dias antes do último combate. Ao encontrarem seu corpo, deceparam sua cabeça e a enviaram para que estudassem as características do crânio de um “louco fanático”. (www.brasilecola.com/historiab/canudos.htm) acessado em 31.08.2012, hs. 19:00.

através da Lei de nº. 9.278 foi que realmente o companheiro ficou reconhecido e que deveria ter os mesmos direitos e deveres do cônjuge.

Por fim, com a chegada do novo Código Civil brasileiro de 2002, o legislador fazendo uma lapidação no conteúdo exposto ao longo de toda história, preocupou em incorporar o direito de sucessão, inovando profundamente a matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro, o que jamais foi contemplado nos períodos antigos, porém, não tratou com o mesmo esmero a figura do cônjuge e do companheiro na órbita do recebimento do patrimônio do falecido.

1.4 - União Estável: casamento não oficializado e o princípio da igualdade.

Esta instituição é bem recente, contudo será demonstrada sua origem que teve também sua história marcada pelo preconceito. A união estável conhecida nos tempos antigos como “concubinato puro” era uma forma escolhida por parte dos indivíduos que não era casado oficialmente para a constituição da família. Contudo, como alhures citado, este tipo de conceituação de família ou de casamento não oficializado era inaceitável juridicamente, pois como visto o casamento era o caminho aceitável para o legislador, conforme ensina o doutrinador Venosa “de qualquer forma, durante muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado” (2006, p. 38).

Com o passar dos tempos, tais influências legislativas começaram a perder a resistência, no que diz respeito à união livre. Assim, através de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que se conseguiu obter o reconhecimento dos direitos aos concubinos, pois até então, não se tinha lei que tratava a respeito desta instituição que estava tão crescente no meio em que se vive. Por conseguinte, não restava dúvida na valorização social desta união, o que levou muito tempo para se ter seu direito adquirido pelo legislador, porém, com exceção.

Então, com as inovações das fontes do direito, houve o reconhecimento de alguns direitos da união extramatrimonial, uma vez que o Código Civil de 1916 não abriu mão da única forma de constituir família - o casamento, porém, foi criado em uma lei aqui e outra acolá até a concretização no ordenamento civil então vigente, pois segundo o autor Euclides de Oliveira, estes direitos são: o reconhecimento de filhos, independentemente de sua origem (Lei 7.841/89); a permissão de adoção de filho por concubinos (Lei 8.069/90); o

reconhecimento da dependência do companheiro para levantamento de certos valores do autor da herança (Lei 6.858/80); a faculdade de adoção do nome do companheiro pela mulher (Lei 6.015/73); a extensão do bem de família legal a qualquer espécie de entidade familiar (Lei 8.009/90); e, o reconhecimento do direito de moradia, pela sub-rogação do companheiro na locação de imóveis urbanos, em caso de dissolução da vida em comum com o locatário ou de seu falecimento (Lei 8.245/91). (cf. OLIVEIRA. 2008. p. 152).

Nota-se, que este instituto apesar de não constar no antigo ordenamento civil, foi amparado por leis esparsas que reconhecia a união estável como entidade familiar. Com a construção da Constituição Federal de 1988, esta união ganhou *status*, uma vez que foi a primeira Constituição a proteger a união de duas pessoas de sexos diferentes como entidade familiar, ordenando que lei ordinária fizesse sua conversão em casamento, conforme preceitua o artigo 226, § 3º, CF/88:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, com o advento do novel Código Civil de 2002 a união estável passou a ser integrante do seu texto, onde, teve uma diferenciação em seu vocabulário, ou seja, o ordenamento civil tratou os unidos com a terminologia de companheiros e não mais de concubinos, pois este se refere à pessoa que são impedidas para o casamento. Eis o que dispõe o artigo 1.727, do Código Civil/02 “as relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Já, companheiro significa, convivência do homem e da mulher como se casados fossem perante a sociedade.

O art. 1.723 do mesmo diploma legal, assim acentua: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora e estabelecida como o objetivo de constituição de família”.

Dessa forma, a união estável passou a gerar efeitos jurídicos, consubstanciando-se em fato jurídico, de relação válida, e de sujeito de direito. Por ser considerada uma relação válida, assim explica o doutrinador Venosa “a jurisprudência, de início, reconheceu direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre os cônjuges do patrimônio amealhado pelo esforço comum”. (2006, p. 39). Ou seja, os unidos passaram ter o direito em relação ao patrimônio construído na vigência da união

estável, graças aos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que revolucionaram em busca deste direito na norma brasileira.

A sociedade está dividida em duas partes quando diz respeito à formação de família, uma formada pelo casamento e outra pela união estável, assim, como está crescente a opção de união extramatrimonial, não poderia haver desigualdade de tratamento entre ambos, até porque tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002, reconheceu a união estável como centro familiar, bem como incumbiu o Estado a protegê-la.

1.5 – Aspectos do Direito de Sucessão da mulher: recorrências ao gênero.

O ser humano (homem e mulher) está sujeito aos mesmos contratemplos, ou seja, nasce, cresce e morre. Assim, ao nascer o sujeito pensante passa a ter direito e dever para agir na sociedade, com isto, ele cresce e conquista sua dependência, constrói seu palácio no âmbito familiar e depois de tudo, tem-se deparado com presença da morte.

Porém, há uma diferença entre o gênero masculino e feminino, no que diz respeito em viver, pois este vive mais do que aquele por causa de vários fatores que lhes acarretam, por exemplo, o fumo, álcool, carga excessiva de trabalho, acidente com automóveis e etc. Com isto, o gênero feminino acaba por viver mais na sociedade, veja-se a pesquisa feita pelo IBGE:

A principal explicação para a diferença de mais de sete anos de vida entre os sexos no Brasil, segundo o IBGE, é que as mortes violentas ainda atingem com mais intensidade a população masculina. Quando falamos em mortes violentas, temos como exemplos principais os acidentes automobilísticos e homicídios. Devemos lembrar que o abuso de bebidas alcoólicas é um importante fator de risco para a ocorrência das mortes violentas (www.correiadoestado.com.br/noticias/saiba-por-que-as-mulheres-vivem-quase-10-anos-mais-que-os-ho_103750/) acessado em 26.07.2012, hs. 14:00.

Então a pesquisa acima, afirma que o ciclo de vida do gênero feminino é mais durável, do que o sexo masculino, pelo motivo de está mais exposto a zona sonora de raios prejudiciais a saúde, o que acarreta a mortalidade mais cedo de cada ser humano – homem, e de consequência a mulher é mais resistente, até porque ela passa a cuidar melhor do ciclo de vida.

Para corroborar com os preceitos firmados acima, foi realizada uma pesquisa no cartório de Família, Sucessão, Infância e Juventude e 1º Cível da Comarca de Jussara – GO,

para aferir o quantitativo de processos de inventários que são tramitados neste município, bem como a demanda de gêneros (masculino e feminino) que buscam o provimento judicial para dirimir os conflitos de ordem hereditária.

Desse modo, realizando minuciosas buscas neste intuito, constatou-se a necessidade de se delimitar um lapso temporal, haja vista a elevada quantidade de processos de inventários.

Assim, o recorte temporal realizado ocorreu do ano de 2005 a 2011 de todos os processos, chegando-se à conclusão que neste período haviam 86 processos com pedido de inventário, conforme a tabela a seguir:

HOMENS	MULHERES	PERÍODO
34 Processos de Inventários	52 Processos de Inventários	2005 a 2011

Fonte: Escrivania de Família, Sucessões, Infância e Juventude. E 1º Cível, Comarca de Jussara - GO.

Com estes dados, percebe-se que aproximadamente 70% dos processos de sucessões ou de inventários, decorrem do manuseio do gênero feminino em busca de seu direito, enquanto que os outros 30% das ações de inventários advêm do sexo masculino, ou seja, as mulheres estão quase no topo da pirâmide desta busca e necessidade do direito. É por esta razão que merece destaque o gênero feminino, tendo em vista a longevidade do sexo feminino, e, por conseguinte, tem maior recorrência do uso da lei e do direito sucessório.

Segundo a entrevista do médico Emerson Medeiros as mulheres vivem mais porque cuidam melhor da saúde, quanto aos homens possuem a síndrome do Super-Homem, onde pensam que se pode combater todo o mal. E esta questão do machismo vem de questões culturais e sociais. Veja-se:

Quem vive mais, o homem ou a mulher e por quê?

Emerson Medeiros: Os homens vivem menos, e eles vivem menos que as mulheres porque se cuidam menos, porque vão menos ao médico e priorizam os prazeres da vida em detrimento à saúde.

Além da questão dos cuidados, existe outro fator que justifica o homem viver menos que a mulher?

Emerson Medeiros: Sim, existem também as questões culturais masculinas, comportamento social e questões biológicas que ajudam o homem a viver menos que as mulheres, é o que chamamos de síndrome do Super-homem.

Em que consiste essa síndrome do Super-homem?

Emerson Medeiros: Lembrando a frase de Euclides da Cunha, “O homem pensa que é antes de tudo um forte”, os homens acham que não adoecem e estão protegidos de qualquer mazela, por isso, a maioria só procura o médico porque uma mulher os obriga a isso.

Estes argumentos vêm ao encontro da discussão desta pesquisa que localiza a questão do direito de sucessão um problema enfrentado, em maior proporção, por mulheres e com isto, discutem-se as falhas desta lei que no tange aos direitos da mulher em regime de união estável que é mais recorrente.

O próximo capítulo localizará suas discussões entre os aspectos legais, doutrinários e ambíguos da mesma (união estável) com o intuito de demonstrar que o direito adquirido pelos que vivem sob o manto da união estável não são respeitados pela maioria das vezes pelo nosso Código Civil, quando se trata de direito de sucessão.

CAPÍTULO II

2.0 – A CONFUSA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO CONJUGE E DO COMPANHEIRO: regime de bens patrimoniais.

Ora, senhores bacharelados, pensai bem que vos ides consagrar à lei, em um país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: em um país, onde, verdadeiramente, não há lei, não há moral, política ou juridicamente falando. Considerai, pois, nas dificuldades, em que se vão enlear os que professam a missão de sustentáculos e auxiliares da lei, seus mestres e executores. É verdade que a execução corrige, ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a lei se deslegitima, anula e torna inexistente, não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação.

RUI BARBOSA.

Antes de discorrermos, a respeito da desigualdade existente entre estes dois institutos – casamento e união estável –, mister se faz entender primeiro sobre os regimes patrimoniais de bens.

O regime matrimonial adotado no casamento é de fundamental importância para a regência dos bens adquiridos tanto na constância do casamento quanto os de relação particular, ou seja, é através do regime adotado é que se obterá a cota de participação dos cônjuges na partilha da herança.

João Agnaldo Donizeti Gandini e Cristiane Jacob, assim, preconizam “O regime de bens é o instituto que determina a comunicação ou não do patrimônio do casal após a realização do

casamento; tem por finalidade regular o patrimônio, anterior e posterior ao casamento, e também quanto à administração dos bens”. (2004, p. 2).

Neste sentido, não é toda a forma de regime previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, como se verá adiante, que o homem e a mulher terão o privilégio de participar da herança um do outro.

Nos dizeres da doutrinadora Maria Helena Diniz, regime de bens é assim interpretado:

De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários (2010, p. 154).

Na mesma direção diz Venosa (2006):

Desse modo, o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros (...). (2006, p. 336).

Assim, o novel Código Civil de 2002 consagrou em seu texto as espécies de regime matrimonial a ser escolhido pelos nubentes no momento da celebração do casamento que será lavrado o assento no livro de registro. Quais sejam: o regime de comunhão parcial; o regime de comunhão universal; o regime de participação final nos aquestos e, o regime de separação de bens. Cumpre salientar que existe uma forma de regime legal que é o de comunhão parcial, que quer dizer, se caso os nubentes não escolherem qual regime a ser regido, a lei automaticamente adotará o regime de comunhão parcial de bens, conforme preceitua o artigo 1.640 do Código Civil de 2002.

Outrossim, o regime de bens patrimoniais não tão somente abrange o casamento mais também, explica tacitamente o legislador civil, que na união estável o regime a ser aplicado em determinados casos será o do regime parcial de bens, e estes pontos aqui apontados serão analisados nos próximos itens a seguir.

2.1 – Regimes de Bens Patrimoniais no casamento: o que prevê a Lei?

Neste tópico discutiremos alguns aspectos previstos em cada um dos regimes consagrado pela Lei Civil e que de consequência estará presente no partilhar do patrimônio de ambos os consortes. Destacaremos a partir daqui, com intuito enfático, os seguintes regimes:

Em primeiro lugar, o regime de comunhão parcial diz respeito aquela comunhão de bens adquiridos na constância do casamento, onde os bens anteriormente construídos por cada um dos cônjuges não integra o patrimônio do casal, assim, preceitua o artigo 1.658/CC: “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. Na maioria das vezes este é o mais adotado pelos nubentes, talvez por ser considerado o mais satisfatório no âmbito patrimonial conjugal.

Para Maria Helena Diniz *apud* Sílvia Rodrigues, o regime da comunhão parcial é “aquele que, basicamente, exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente” (2010, p. 168).

Neste sentido, entende-se que somente fará parte da partilha do patrimônio conjugal, aqueles bens que os cônjuges construíram juntos no âmbito familiar, agora, se não houver bens amealhados não tem como falar de partilha. Pois cada um sairá com o que levou para sociedade conjugal. Veja-se:

A comunhão parcial, assim como a universal, dissolve-se também por morte, separação, divórcio ou anulação do casamento. Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge reiterará seus bens particulares, e serão divididos os bens comuns. (VENOSA. 2006, p. 350).

(...)

Cessado o regime da comunhão parcial pela morte, separação, divórcio ou anulação do casamento, os bens que não se comunicaram continuam pertencendo a cada consorte. (VENOSA. 2006, p. 351).

Em segundo lugar, o regime de comunhão universal significa que tantos os bens particulares quanto os bens adquiridos na sociedade conjugal incorporam-se num só patrimônio, onde, os cônjuges participarão como meeiros no patrimônio a ser dissolvido. Assim, esclarece o artigo 1.667, do CC: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com

exceções do artigo seguinte”. Ou seja, os cônjuges serão meeiros, posto que não existe herança neste regime, pois os bens se comunicam.

Neste sentido é o posicionamento de Maria Helena Diniz “procede-se ao inventário dos bens para a partilha. Reparte-se o acervo em duas meações, ficando uma com o cônjuge sobrevivente e a outra com os sucessores do *de cujus*...” (2010, p. 182).

Então, veja-se que este regime difere do de comunhão parcial porque neste os bens a serem partilhados são somente os construídos na vigência do casamento. E aqueles são incorporados e divididos em duas frações.

Assim, como no regime de comunhão parcial existem os bens que são excluídos da sociedade, também se faz na comunhão universal, observando o disposto no art. 1.668, do CC.

Em terceiro lugar, o regime de participação final nos aquestos foi uma modalidade que o novo Código Civil adotou, na realidade, foi substituído pelo regime dotal previsto no antigo Código, segundo o entendimento do autor Rolf Madaleno (2008, p. 123).

Assim, leciona o artigo. 1.672, do CC/02 “No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

Observa-se neste regime uma semelhança com o regime de comunhão parcial e com o regime de separação de bens que se verá no próximo item, porém, o ponto controvertido é que neste regime somente incorporará os rendimentos dos bens particulares, ou seja, os bens adquiridos onerosamente, pois até então, cada um dos consortes permanecem com os seus patrimônios particulares.

A fim de ilustrar melhor tal temática, propomos um exemplo: os consortes querem dissolver a sociedade conjugal, contudo, o patrimônio construído foi apenas uma troca de carro antigo por um do ano. Assim, o que tocará para cada consorte foi o acréscimo obtido no carro. Suponha que o carro antigo valia R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e o novo R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), então, a partilha será calcula no valor dos R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que foi valorado através do carro novo. Os outros R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) reintegrará o patrimônio particular do consorte.

Neste sentido, confira-se o ensinamento de Rolf Madaleno “neste regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio durante o casamento e lhe toca o direito à metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso, na constância do casamento, operando-se a compensação das diferenças de valores de forma contábil com a dissolução do casamento”

(2008, p. 123). Ou seja, os consortes trabalham com os seus patrimônios como se estivessem sob o manto do regime de separação de bens, pois somente o que se comunicam onerosamente será partilhado.

Em quarto lugar, o regime de separação de bens está previsto no artigo 1.687, do CC que assim disciplina:

Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva da cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

É interessante como o texto civil neste ponto foi claro e conciso, esclarecendo perfeitamente em poucas linhas a forma de concepção deste regime, ou seja, os bens particulares levados para o casamento, bem como os que advieram no curso não se comunicaram, pois a própria terminologia da palavra já expressa à vontade da lei, ou a vontade dos consortes em relação aos bens que é o de separar, o de não se misturar com o patrimônio do outro.

Este é o raciocínio da escritora Maria Helena Diniz em relação ao regime de separação de bens “há incomunicabilidade não só dos bens que cada qual possuía ao se casar, mas também dos que veio a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges” (2010, p. 191). Então, percebemos que não haverá patrimônio a ser partilhado quando os cônjuges adotarem tal regime, porque subentende que ambos não pretendem colocar seu patrimônio sob a regência ou administração da do outro.

Observamos com o detalhamento dos regimes previstos em lei que a partir deles é que terá a possibilidade de receber uma parte do patrimônio do falecido, já por outro lado, como veremos no próximo tópico em relação a união estável, não acontece como no casamento, pois aquele sofre algumas privações.

2.2 – União Estável: os bens, a lei e o direito.

Como alhures citados, esta modalidade de união familiar é nova no ordenamento jurídico e por ser nova ainda falta alguns reajustes a se fazerem pelo legislador ordinário, uma vez que lhe foi incumbido à conversão desta união em casamento e de consequência ela

passaria a usufruir dos regimes patrimoniais dos bens conjugais. Porém, veio o Código Civil de 2002 e disse que não era a Lei que deveria converter a união estável em casamento, mais sim o juiz da causa, ou seja, os unidos peticionaram ao juízo de onde se encontra sua residência, requerendo a conversão da união em casamento, nos termos do artigo 1.726, do CC/02.

Contudo, cabe ressaltar que a união estável por mais que não se pareça com um casamento para a maioria da sociedade, ela passou a gozar de direito referente ao casamento, no que diz respeito ao regime a ser adotado pelos companheiros de união.

Assim, descreve o artigo 1.725, do Código Civil de 2002 “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Então, observamos que a regência do patrimônio da união estável se faz mediante o regime da comunhão parcial de bens. É interessante esclarecer que apesar de adotar o regime de comunhão parcial de bens, somente comunicaram os bens adquiridos onerosamente na constância da união, conforme veremos nos próximos itens, onde tratará especialmente da herança.

Partilha deste entendimento Euclides de Oliveira, em acertadas considerações:

Na união estável o regramento é mais sucinto, com previsão de que os companheiros sujeitam-se ao regime de comunhão parcial de bens, no que couber, salvo se preferirem outra forma de regulamentação de seu patrimônio, mediante contrato escrito (sem as formalidades e requisitos do pacto antenupcial). (2003. p. 192).

No que diz respeito ao contrato escrito no artigo supracitado, se refere à vontade dos unidos em participar de forma diferente no patrimônio adquirido na constância da união, ou seja, cada um terá sua porcentagem diferenciada da do outro.

Neste sentido, é o entendimento da autora Diniz:

Pelo art. 5^a, § 1^o, da Lei n. 9.278/96 e pelo art. 1.725 do novo Código Civil, há, atualmente, presunção *juris tantum* (RT, 778:238) de que tais bens adquiridos por um ou ambos os companheiros na constância da união estável a título oneroso pertencem em partes iguais a ambos, em condomínio (logo não há reserva de bens), sendo desnecessária a prova do esforço comum (Enunciado n. 115 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002; no mesmo sentido tem decidido o STJ), salvo estipulação contrária em contrato escrito (CC, art. 1.725, 1^a parte) prevendo percentuais diferentes para a participação de cada um no patrimônio formado, ou se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. Se durante o estado

convivencial veierem, p. ex., a adquirir onerosamente um imóvel, poderão os companheiros mencionar na escritura pública que um deles é proprietário de 1/5 do referido bem e o outro de 4/5. (...). (2010, p. 416/417).

Do entendimento acima, podemos detectar duas modalidades de regime adotado na união estável, um de comunhão parcial de bens e outro mediante contrato. Pode se ver que a união extramatrimonial não gozou de forma igualitária em relação aos direitos de regência de seu patrimônio como previsto pelo casamento.

Em alguma medida, ainda nos dias atuais, a modalidade da união estável carrega em si alguma discriminação. O interessante nisso é que mesmo com tanta evolução de leis, da sociedade, e do ser humano, o resquício de desvalorização desta entidade familiar, por causa de uma cultural patriarcal do passado, permanece em alguns pensamentos localizados da sociedade brasileira. A propósito do assunto, escreveu Venosa “(...) Todavia, muda a sociedade e seus costumes, mudam as leis e mudamos nós (...)” (2006, p. 371), ou seja, como o nosso meio está em constante mudança não se pode olvidar que as leis devem estar em movimento também. Neste caso, ficaria ultrapassada e de consequência feririam os direitos inerentes ao ser humano, como acontece com o instituto da união estável, analisado no próximo item a seguir.

Com tal propósito provocaremos uma reflexão sobre alguns avanços e permanências de valores sociais que se refletem na lei, mas paradoxalmente, a mesma furta-se ao seu exercício amplamente por questões burocráticas, a exemplo.

2.3 – Desigualdade na ordem de vocação hereditária entre o cônjuge e os conviventes da união estável: o debate em foco.

A desigualdade destes dois institutos começa a partir da forma que eles foram inseridos no ordenamento civil de 2002, em partes diferentes, um em capítulo de disposições gerais como a união estável e o outro em capítulo específico de herdeiro legítimo como é o caso do casamento, “ademais, o atual Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no art. 1.790, em local absolutamente excêntrico” (VENOSA, p. 140), é necessário reprisar que herdeiro legítimo difere de necessário, como visto no item 1.3, assim para melhor entendimento segue comparação de tais dispositivos:

<p>Livro V Do Direito das Sucessões Título I Da Sucessão em Geral Capítulo I Disposições Gerais 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:</p> <p>I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;</p> <p>II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles;</p> <p>III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;</p> <p>IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.</p>	<p>Título II Da Sucessão Legítima Capítulo I Da Ordem de Vocação Hereditária</p> <p>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:</p> <p>I – aos descendentes, em concorrências com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de 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;</p> <p>II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;</p> <p>III – ao cônjuge sobrevivente;</p> <p>IV – aos colaterais.</p>
--	--

Código Civil Brasileiro – Lei n°. 10.406, de 10.01.2002.

Percebemos através destes dispositivos que houve uma falta de bom senso por parte do legislador civil em colocar o instituto da união estável em capítulo de disposições gerais do direito das sucessões, excluindo o companheiro de ser herdeiro necessário, enquanto que o cônjuge está previsto no capítulo de herdeiro legítimo e necessário, colocado em posição de hierarquia, pois quando se diz em disposições gerais, refere-se em uma condição de apoio ou secundária e não como uma condição principal e assim, trata-se dois institutos iguais de forma diferente e este é uns dos pontos instigados na pesquisa, pois a Lei Civil precisa desse reparo.

Neste caminho tem-se posicionado a ilustre doutrinadora Dias:

De modo absolutamente injustificável, a lei empresta tratamento desigual ao casamento e à união estável no âmbito do direito sucessório. Ainda que assegurado tanto ao cônjuge como ao companheiro o direito de concorrer com descendentes e ascendentes, este privilégio está previsto em dispositivos legais distintos e são diferentes tanto no que diz com o cálculo como com a base de incidência. (2011, p. 154).

Na mesma direção diz Oliveira:

Merece reparo essa colocação da matéria Dora do rol dos sucessores legítimos. Deveria constar do título da Sucessão Legítima, capítulo da Ordem da Vocação Hereditária, que abrange os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais (art. 1.829), pois não se pode negar que também o companheiro tem direito   herança, ainda que de forma distinta daquela prevista para o cônjuge. (2008, p. 159/160).

Ainda sobre o assunto esclarece Venosa:

A impressão que o dispositivo transmite   de que o legislador teve rebuos em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina de ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro! (2006, p. 140).

Dessa forma, não se pode olvidar que os direitos adquiridos na união estável estão posicionados como secundário na legislação civil, pois dependendo da ocasião na hora de partilhar a herança o companheiro ou a companheira ficarão em posição desproporcional com o cônjuge.

Então, a segunda desigualdade está prevista no próprio *caput* do artigo 1.790, do CC, quando diz que os companheiros (neste caso reporta-se ao homem e a mulher) participarão da herança caso houver adquiridos bens onerosamente na vigência da união estável, ou seja, oneroso vem da forma dispendiosa de adquirir, neste viés, se não houver bens que durante a união estável não disp o de dinheiro não haverá herança para o companheiro. Neste mesmo raciocínio, tem-se posicionado Rodrigues:

Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cuius* tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado *antes* de constituir união estável. (2007, p. 118).

No mesmo sentido, o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira esclarece:

(...) basta considerar a situação dos companheiros que não chegaram a formar patrimônio comum e que, por conseguinte, estariam (à luz do *caput* do art. 1.790) reciprocamente excluídos da sucessão. Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não somente não faria jus à meação, como ainda não seria chamado a suceder o *de cuius*. (2010, p. 138).

Tal orientação estaria de forma ridicularizada no texto civil, posto que não pode haver tal distinção, uma vez que feriria o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade .

Como ensina o autor Euclides de oliveira a respeito dos bens adquiridos onerosamente na constância da união não oficializada, *in verbis*:

(...), foi limitada a participação do companheiro na herança deixada pelo outro. Sua incidência ocorre apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o que representa uma inadmissível restrição, pela vedação de acesso aos demais bens, ainda que faltem herdeiros sucessíveis. (2008, p. 160).

Veja-se que esta foi umas das formas que restringiu os unidos pela união estável em herdar de seu companheiro, bens que de alguma forma teve seu compartilhamento, seu esforço, enfim, foi um descuido do legislador em não perceber tal lacuna na sucessão.

Outro fator importante é quando se diz em fração de cota por recebimento pelo companheiro e pelo cônjuge, quando analisamos o inciso primeiro daqueles artigos supramencionado acima. No inciso primeiro do artigo 1.790, esclarece que o companheiro da união estável participará da sucessão se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, neste caso, partilha a doutrina no sentido que aqui houve um exagero da parte do legislador ordinário frente ao cônjuge (artigo 1.829, I) que passaria a ter somente sua meação, no que esclarece Oliveira:

Parece demais esse favorecimento maior do companheiro em comparação com o cônjuge, pois, além da meação sobre tais bens, tem ainda direito a percentual na herança atribuível aos descendentes ou os ascendentes. Assim, se o autor da herança deixar um único bem adquirido onerosamente durante a convivência e um herdeiro filho, a companheira receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge sobrevivente teria direito apenas de 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho. (2008, p. 161).

De acordo com o pensamento do autor, o legislador deixou o cônjuge de forma desproporcional em relação à união estável, no momento do partilhar da herança, contudo, apesar de o cônjuge sofrer aqui está privação, não se dirá isto da análise dos outros incisos. Porém, cabe demonstrar-se com clareza a desigualdade entre estes dois institutos para que a partir de grandes críticas em busca de mudanças, chegue ao entendimento do legislador civil em igualar ou equiparar tais instituições, não deixando estas brechas no ordenamento civil, pois isto está causando grandes transtorno tanto para o jurista como para o próprio indivíduo que tem ou teve seu direito violado.

2.4 – A violação dos direitos do companheiro sobrevivente na sucessão hereditária.

Neste último tópico, abordaremos com mais veemência os pontos da violação dos direitos hereditários do companheiro frente ao cônjuge, uma vez que o legislador não considerou ou talvez não quisesse aceitar tal instituição familiar, como uma forma de casamento e que por causa disto, está gerando grandes transtornos na sociedade presente que optou para o crescimento da união estável, e por certo, merece a proteção e a igualdade como acontece na instituição oficializada pelo Estado, o casamento.

Então, passamos agora, para a interpretação do inciso II do artigo 1.790. Aqui o inciso II, diz respeito aos descendentes só do autor da herança, onde o companheiro terá direito à metade da herança do que tocar para cada um daqueles. Ou seja, o legislador não deixou claro sobre que descendentes, bem como não explicou como seria a concorrência se era por cabeça ou por estirpe que se dá por representação, pois somente os filhos herdam por cabeça e o outros por estirpe, dessa forma, como sabemos na linha de descendentes é infinito, pois não há restrição quanto ao número de descendentes, ou seja, pode ser herdeiro um filho, um neto,

um bisneto, um tataraneto e assim vai à linha de descendentes do autor da herança, e com isto gera uma inferioridade em relação ao companheiro comparando com o cônjuge quando analisamos o artigo 1.832, do CC “em concorrência com os descendentes (art.1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, (...)”.

Percebemos que o cônjuge terá direito a um quinhão igual ao dos que herdaram por cabeça que neste momento são os filhos, contudo, não podemos dizer assim com os companheiros que ficaram em uma posição de inferioridade, pois sua cota será igual quanto aos que herdarem por cabeça e por estirpe, sendo que na realidade, o companheiro deveria herdar a metade da fração do que couber aos descendentes filhos e os netos que seria por representação de seus pais, herdariam a fração que tocaria para o filho pré-morto, chamado de sucessão por estirpe.

Assim, esclarece Pereira:

Na segunda hipótese do art. 1.790, concorrem “*descendentes só do autor da herança*” e o companheiro, dizendo a lei que ao último tocará “*a metade do que couber a cada um daqueles*”. A redação é defeituosa, pois nem todos os descendentes chamados terão, forçosamente, direito a frações *idênticas*: o legislador, pela redação dada ao dispositivo, parece ter partido da premissa oposta (e equivocada). É perfeitamente possível que, ao lado do companheiro, concorram, por exemplo, *filhos e netos* do autor da herança, quando os últimos sejam convocados por direito de representação e, conseqüentemente, dividam a quota do filho pré-morto (novo Código Civil, arts. 1.835 e 1.855).

E ainda assevera:

A “*metade*”, a que se refere o texto legal, deve ser, pois, calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados *por direito próprio*: havendo a simultânea vocação de filhos e netos do *de cuius*, que não sejam descendentes também do companheiro, a parte deste deverá corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filhos e à(s) estirpe(s) do(s) filho(s) pré-morto(s). (2010, p. 141).

Com esta análise, detecta-se uma incoerência do legislador colocando o companheiro a herdar de forma igualitária com os netos, bisnetos, ferindo o direito adquirido durante a convivência marital, e isto, deve ser revisto pelo legislador ordinário, para que em dias futuros não assenta novamente em cima do erro material.

Mister analisar o inciso III, do artigo 1.790, do CC, que é outro ponto que coloca os companheiros em suprema desvantagem, ou seja, neste inciso ele concorre com parentes sucessíveis até o quarto grau, que podem ser assim definido: ascendentes, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do *de cujus* (GONÇALVES, 2011, p. 196). Então, aqui o companheiro concorre com os colaterais até o quarto grau diferente do que acontece com o cônjuge, de acordo com o artigo 1.839 “se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais”, ou seja, o cônjuge vem antes dos herdeiros colaterais no rol da sucessão legítima e, de consequência não o concorre com eles. Neste entendimento compartilha Dias:

Mas se o falecido era casado, os colaterais nada recebem, pois o cônjuge é herdeiro necessário (CC 1.845) e antecede os colaterais na ordem sucessória (CC 1.829 III). Porém, se o falecido vivia em união estável, os colaterais herdam. O companheiro sobrevivente tem direito somente a um terço da herança. O restante vai para irmãos, sobrinhos, sobrinhos-neto, tios-avós ou primos do falecido. (2011, p. 159).

Dessa forma, o companheiro não deveria concorrer com os colaterais, bem como sua ordem na vocação hereditária está equivocada, uma vez que deveria vir antes dos colaterais no rol do artigo 1.790 é isto não aconteceu, o que não justifica toda a dedicação ao *de cujus* durante sua convivência, compartilhando do mesmo teto e para que no final os colaterais tenham um pedaço do patrimônio.

Além de o companheiro concorrer com os colaterais, também concorre com os ascendentes, onde terá direito a um terço da herança apenas, tanto quanto aos ascendentes quanto aos colaterais é a mesma porcentagem que o companheiro herdar é inexplicável, tanto é que o magnífico Carlos Roberto Gonçalves traça um comentário:

Agiria melhor o legislador, todavia, se atribuísse ao companheiro sobrevivente a metade do patrimônio deixado pelo falecido, e não apenas um terço considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra, o regime da comunhão parcial de bens, bem como a circunstâncias de ter ele vivido toda uma existência ao lado do *de cujus*, enquanto os outros parentes sucessíveis em nada contribuíram na formação do aludido patrimônio, como salienta Eduardo de Oliveira Leite. (2011, p. 196/197).

Então, para que o companheiro não ficasse totalmente prejudicado, era de bom alvitre que o legislador tivesse colocado pelo menos a concorrência com os colaterais com fração diferente, onde o companheiro passaria a herdar a metade da herança e não somente um terço.

Pontilha o doutrinador Venosa:

Ainda, no inciso III dispõe a lei que, se o convivente sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança, conforme observação que já fizemos, de evidente iniquidade. Se a norma é aceitável no tocante à concorrência com os ascendentes, é insuportável com relação aos colaterais. Imagine-se a hipótese de o convivente sobrevivo concorrer apenas com um colateral, este receberá dois terços da herança e o sobrevivente apenas um terço. (...) (2006, p. 144).

Compartilha, também, do mesmo raciocínio Rodrigues:

Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra – e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável – com os colaterais do *de cuius*. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. (2007, p. 119).

Aliás, os colaterais deveriam estar no quarto lugar do rol dos herdeiros, depois do companheiro, como é feito no rol previsto para o cônjuge (art. 1.829, CC), fazendo isto, amenizaria tal distinção, segundo o doutrinador Rodrigues “o correto, como já fazia a Lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do *de cuius*”(2007, p. 119). E isto, não foi recepcionado pelo novel Código Civil, contudo, este ponto deve ser observado, pois tal Lei não foi revogada, e como é de entendimento Lei especial prevalece em relação à norma geral. Então, o companheiro não pode vir depois dos colaterais como requer o legislador ordinário da Lei 10.406 de janeiro de 2002 – Código Civil, isto precisa ser revisto urgentemente pelo legislador civil.

Outrossim, a última incongruência prevista nos artigos 1.790 e 1.829, está no inciso IV do artigo 1.790 que o companheiro herdaria à totalidade da herança, se caso não houvesse parentes sucessíveis. Aqui percebemos que o companheiro somente teria o direito de herdar os bens por completo de seu *de cuius*, mas com exceção, os bens aqui referidos são os adquiridos onerosamente na constância da união, agora em relação à outra parte dos bens - os

particulares ficariam para o Estado e, aliás, caso não houver bens adquiridos onerosamente durante a união e somente existir bens particulares o companheiro segundo a interpretação do artigo mencionado ficará sem herança, pois o Estado neste momento é que entra em cena tomando posse dos bens ajuntados pelo *de cujus* ainda em vida e isto também é um desrespeito muito grande com companheiro sobrevivente, pois sairá com mãos vazias, sendo que apesar de não conseguir bens na constância da união, porém teve sua dedicação, sua submissão, proteção pelo lar, e este é o viés que deve ser observado pelo legislador em modificar tal distinção, pois com cônjuge isto não acontece, eis que este herdará todos os bens. Vejamos o que explica os autores Ronaldo Brêtas C. Dias e Suzana Oliveira Marques Brêtas:

Prosseguindo-se no exame das normas do art. 1.790 do novo Código Civil, seu inciso IV prevê que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Analisando esta regra, em conjunto com o art. 1.844 do mesmo Código, conclui que o inciso IV, assim como o inciso III anterior, constituem exceção à regra geral do *caput* do art. 1.790, que restringe a sucessão do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Interpretação diversa pode levar ao entendimento absurdo de que, aberta a sucessão, o companheiro sobrevivente ficaria totalmente desprotegido, em razão da inexistência de bens onerosamente adquiridos durante a união estável, enquanto os bens particulares (ou exclusivo) do companheiro falecido seriam declarados jacentes e, posteriormente, vacantes, destarte, incorporando-se ao patrimônio público do Município, Distrito Federal ou da União, dependente da situação, ou seja, a propriedade dos referidos bens passaria ao todo poderoso Estado (2011, p. 20).

Não há dúvida que o legislador ordinário colocou o companheiro concorrendo com o Estado, pois da análise do mencionado artigo, o Estado ficará com os bens do *de cujus*, caso não houver bens adquiridos onerosamente, bem como se não houver descendentes, ascendentes e colaterais, uma vez que havendo um desta classe mencionada, nada será devolvido ao Estado, caso contrário, o companheiro ficaria no prejuízo, ou seja, não teria direito a herdar os bens pertencentes (particular) ao falecido, porque se tornaria jacente (art. 1.844 e art. 1.819, CC):

O que significa que a parcela composta pelos bens particulares e outros que não aqueles onerosamente adquiridos na constância da união serão vacantes e assim, declarados jacentes, tendo seu fim destinado à titularidade do Poder Público (CAHALI e CARDOSO, 2008, p.133).

Os mesmos autores colacionaram um julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde o relator Desembargador Rui Portanova em um Agravo de Instrumento reconheceu a inconstitucionalidade desta concorrência do Poder Público na herança do falecido, caso não haja bens adquiridos onerosamente, e com todo o respeito transcrevemos:

Note-se decisão que reconhece a inconstitucionalidade do dispositivo e afasta a concorrência com o Poder Público e com o colateral acima indicada (TJ/RS): “Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo *status* hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre os companheiros no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento” (TJ/RS, 8º. Câ. Cív.; AI 70.009.524.612-Porto Alegre, rel. Des. Rui Portanova, j.18.11.2004, v.u) (2008, p. 133).

Logo, percebemos que os Tribunais brasileiros estão indo contra o disposto no artigo 1.790, do CC, não concordando com tal inconformismo por parte do legislador em privar o convivente da união estável só por que ele preferiu constituir família pela forma não idealizada do novo Código Civil de 2002.

Através dessa perspectiva é que se chega ao entendimento que nem mesmo os tribunais estão aceitando a forma pela qual o legislador agiu diante do companheiro da união estável, analisando o dispositivo de forma analógica para conseguir por fim em tal distinção de suceder o falecido em sua herança.

Além do mais, já está na hora destas incongruências encontradas neste dispositivo mencionado, serem analisadas pelo legislador ordinário para que possa criar um novo capítulo de sucessão colocando tudo em seus devidos lugar, obedecendo aos princípios fundamentais traçados pela Constituição Federal de 1988, principalmente, o da dignidade da pessoa

humana, pois já vivemos em pleno século XXI e a sociedade esta cada vez mais alarmada no relacionamento da união estável.

Portanto, a legislação deve estar em consonância com a cultura do país onde tem sua vigência, e que por certo ela – cultura, é uma fonte do direito, e por tal razão, não se pode machucar ou amarrar os direitos dos indivíduos na ordem de receber a herança do seu falecido companheiro, por causa de um mero capricho do legislador civil em homenagear o cônjuge, preservando-lhe direitos, enquanto que, por outro lado, pune o companheiro que resolveu constituir família pela forma oblíqua, sem a chancela do Estado por meio do casamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cabe nos esclarecer que o presente trabalho não tem o condão em desvalorizar a atuação do legislador ordinário, contudo, cuida-se em buscar o aperfeiçoamento da legislação civil, uma vez que este é o propósito de cada interprete do direito.

As incongruências mencionadas ao longo do trabalho foi uma forma de despertar ou de ajudar o Estado na aplicação corretamente dos direitos de cada indivíduo, e não apenas a uma só classe de pessoa, eis que a Constituição Federal de 1988 tratou todos de formas iguais, segundo o artigo 5º, *caput*, que assim preceitua:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: (grifamos).

Outrossim, não deverá haver distinção entre o cônjuge e o companheiro da união estável na ordem de vocação hereditária, e sim, igualdade neste instituto, apesar de um ser mediante o casamento e o outro não oficializado não quer dizer que não merece tratamento iguais, tanto é que ambos exercem os mesmos deveres no âmbito familiar, quais sejam: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos (art. 1.566, do CC). E assim, ambos merecem respeitos e reconhecimentos por parte da legislação vigente.

O que aconteceu com os legisladores da nossa época em relação a esta incoerência e que todos se acomodaram e não mais se atentou para tal realidade tão mal defendida em nosso ordenamento jurídico, onde cada vez mais o índice de desvalorização desta norma esta crescente em nossos dias.

Então, o que nos resta agora é esperar o despertar do legislador civil para que possa aplicar a norma com mais equilíbrio, não abalroando um com o outro, e sim, levando em equiparação tanto a instituição do casamento quanto da união estável no direito sucessório, aliás, não apenas aqui, mas em todo o ordenamento que se encontrar com falhas colocando o companheiro em lugar de inferioridade com o cônjuge.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. BELTRAMI, Gisele Caversan. **Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro Heterossexual: apontamentos das controvérsias do sistema.** www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8646-sucessao-egitima-do-conjuge-e-do-companheiro-heterossexual-apontamentos-das-controversias-do-sistema. Acessado em 26.07.2012, hs. 14:20.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Decreto lei nº 3 de novembro de 1.827**. Disponível em: www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-J_22.pdf, acessado em 20.09.2012 as 19:00.

BRASIL. **Lei 10. 406 de 10 de janeiro de 2002: Código Civil atual**. Brasília, DF: Senado Federal.

CABRAL, Francisco. DIAZ, Margarita, **Relações de gênero**. Disponível em: http://www.adolescencia.org.br/portal_2005/secoes/saiba/textos/sexo_genero.pdf. Acessado em 02.01.2013, hs. 16:39.

CAHALI, Francisco José. CARDOSO, Fabiana Domingues. Direito das Sucessões. In. CASSETTARI, Christiano. MENIN, Márcia Maria. **Sucessão na União Estável**. 8.vol; Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2008.

DEL PRIORE, Mary. **A Mulher na História do Brasil**. 4°. Ed; Contexto, São Paulo, 1994.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 2.ed; Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. BRÊTAS, Suzana Oliveira. Revista Síntese. Direito de Família. **União Estável: Direito Sucessório e Questões Processuais**. São Paulo. n°. 64 fev-mar/2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 5. vol. 25.ed; Saraiva, São Paulo, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 6. vol, 24. ed; Saraiva, São Paulo, 2010.

ENTREVISTA SELECIONADA. Médico Emerson Medeiros. Disponível em: www.saudeaqu.com/site/sub/EntrevistaSelecionada.aspx?id=3. Acessado em 02.10.2012, hs. 19:00.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. **A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido: Art. 1829, I, do Código Civil de 2002**. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/5543/a_vocacao_hereditaria_e_a_concorrenca_do_conjuge_como_os_descendentes_ou_ascendentes_do_falecido, 2004, acessado em 26.10.2012 às 21:00.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 7.vol. 5 ed; Saraiva, São Paulo, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. ver. atual e ampl; Saraiva, São Paulo, 2009.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. In: BABOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. **Efeitos Patrimoniais do Casamento: regime de bens**. 7. vol; Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

MARTINI, Letícia Moreira. **Direito sucessório na união estável: a desigualdade implantada no atual Código Civil**. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10767, acessado em 26.10.2012 às 21:20.

NETO, Inácio de Carvalho. Direito das Sucessões. In: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. **Introdução ao Direito das Sucessões**. 8.vol; Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. Questões Controvertidas no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Alteração do Regime de Bens no Casamento**. 1.vol; Método, São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. **União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos**. 7. vol; Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito de Família: direito das sucessões**. VI. vol. 17. ed. ver. e atual. por: Carlos Roberto Barbosa Moreira; Forense, Rio de Janeiro, 2010.

PORQUE AS MULHERES VIVEM MAIS. Disponível em: www.correiadoestado.com.br/noticias/saiba-por-que-as-mulheres-vivem-quase-10-anos-mais-que-os-ho_103750/. Acessado em 26.07.2012, hs. 14:00.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 7.vol. 26. ed. ver. e atual; Saraiva, São Paulo, 2003.

SOUZA, Rainer. Graduado em História. Equipe Brasil Escola. **Guerra de Canudos**. Disponível em: WWW.brasilecola.com/historiab/canudos.htm. Acessado em 31.08.2012, hs. 19:00.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 6. ed; Atlas, São Paulo, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 6. ed. 2. Reimpressão; Atlas, São Paulo, 2006.

VIEIRA, Claudia Stein. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. **Do Casamento**. 7. vol; Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.