

UNIÃO ESTÁVEL E A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

* JOÃO BOSCO ARAUJO

Possui graduação em Bacharel Em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga (1981)

Pós-graduado em Direito Público em parceria com a ANAMAGES/FADIPA (2007)

Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga.

Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Introdução ao Direito e Direito Civil.

** JORGE ISIDORO DE CASTRO

Possui graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais(1989)

Possui graduação em Bacharel Em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga (1998)

Pós-graduado em Direito Processual em parceria com a ANAMAGES/FADIPA (2000)

Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga e escriturário da Caixa Econômica Federal.

Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia Política.

*** SINARA CAETANO

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente trabalho é um artigo de compilação bibliográfica e documental, sendo utilizado o método dedutivo, com organização lógica e sistemática dos aspectos abordados e análises teóricas, temáticas e interpretativas com exposições de alguns doutrinadores sobre o assunto. O objetivo do trabalho é analisar o direito Sucessório na União Estável, a forma diferenciada que é tratada o instituto da Sucessão no Código Civil de 2002, verificar se esta diferenciação fere o princípio da isonomia, abordando o aspecto da inconstitucionalidade do art.1790 do cc, que trata sobre o tema. Aborda os aspectos da união estável institucionalizada como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. Procura evidenciar de forma sucinta as diferenças entre os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente comparando-os com os do companheiro sobrevivente.

Palavras-chave: União estável. Cônjuge. Companheiro. Direitos sucessórios. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar o direito sucessório na união estável do companheiro (a), a diferenciação que é tratada em relação ao companheiro (a)

sobrevivente em união estável e o cônjuge supérstite no casamento, no que tange à sua constitucionalidade e às normas que regem o instituto da Sucessão.

A primeira indagação que interessa para trabalhar sobre o tema – União Estável e a Sucessão do Companheiro Sobrevivente à Luz do Princípio da Isonomia, objeto deste trabalho, foi se o artigo 1790 do código civil, que trata da sucessão do companheiro na união estável, se o referido artigo fere o princípio constitucional da isonomia.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 266, § 3º, reconheceu a existência da união estável como entidade familiar, garantindo-lhe a proteção do Estado e a facilitação de sua conversão em casamento.

Regulamentando o texto constitucional, sobrevieram a Leis 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e sucessão e a Lei 9.278/1996, que regula o § 3º, do artigo 226 da CF/88, estabelecendo o regime de comunhão parcial de bens, além de conferir aos conviventes, entre outros direitos, a possibilidade de que participassem da sucessão um do outro.

O Código Civil de 2002 em relação ao direito a sucessão dos companheiros passou a ser regulado pelo art. 1.790. Já no *caput* do referido artigo se subtrai que o direito hereditário dos companheiros restringe-se aos bens adquiridos onerosamente durante a sociedade concubinária. Não havendo parentes sucessíveis o companheiro sobrevivente receberá a totalidade da herança do *de cuius*, mas restritivamente quanto aos bens surgidos de forma onerosa durante a união estável.

Tem-se que o artigo 1829, inciso I do mesmo diploma legal, concede ao cônjuge supérstite participação, em concorrência com os filhos, apenas nos bens particulares do falecido, excluindo-o da herança nos bens comuns.

Já o artigo 1790, incisos I e II, estabelece para o companheiro sobrevivente a situação exatamente inversa, ou seja, o companheiro receberá metade de todo o patrimônio amealhado pelo casal durante a união.

Dessa forma, serão expostos diferentes posicionamentos doutrinários a fim de demonstrar os erros cometidos pelo legislador ao submeter o companheiro a uma posição de extrema inferioridade no momento da aplicação do direito sucessório se comparado ao atual direito sucessório do cônjuge.

2 UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Breve histórico

O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de adulterinas ou concubinárias.

A união estável naquela época era identificada com o nome de concubinato, com advento da Carta Magna de 1988, ao dispor sobre as uniões de fato, mantidas pelo homem e a mulher, sem a chancela da lei, ao invés da expressão concubinato, preferiu usar a denominação união estável, erigindo-a como entidade familiar. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2007).

Conforme assinala Cristiano Chaves de Farias, a história revela que, entre diversos povos da antiguidade, a união entre homem e mulher sem casamento não era algo reprovável, condenável (Farias, 2010, p.434-435).

Por volta dos anos de 1960, com a revolução dos costumes, houve mudanças em relação ao instituto do casamento. Muitos jovens de classe média e alta optavam em conviver como entidade familiar sem o formalismo do casamento, no intuito de construir uma família baseada em uma relação conjugal de afeto, respeito mútuo e companheirismo (COELHO, 2011).

Neste sentido, a união estável entre o homem e a mulher com o objetivo de constituir família teria a mesma proteção que o Estado libera para a família fundada no casamento, porém, não equipara a união estável com o casamento, uma vez que em seu próprio texto constitucional, a lei incentiva à conversão da união estável em casamento, facilitando sua conversão e não igualando ao mesmo.

Desta forma, tutelou-se o antigo concubinato puro, protegido, agora, em sede constitucional e submetido a uma nova terminologia, abandonando a nomenclatura estigmatizada e preconceituosa (FARIAS, 2010, p.439).

Confirmando esse entendimento, Fábio Ulhoa Coelho “Concubinato corresponde às relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de se casarem ou constituírem união estável. O que antigamente era chamado de concubino puro, com a entrada em vigor do Código Reale passou a ser referido como união estável.” (COELHO, 20011, p. 153).

2.2 Famílias na Constituição Federal de 1988

Durante a vigência da Codificação Beviláqua, o casamento assumiu preponderante papel de forma instituidora única da família legítima, que gozava de privilégios distintos. Fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adúlterina, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos, tão somente, no âmbito das relações obrigacionais (FARIAS, 2010, p. 108).

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §§ 1º, 3º e 4º, ampliou o conceito de família, sendo considerada entidade familiar, somente aquela oriunda do casamento, estendendo este rol em três espécies de entidades familiares, as quais deliberam proteção Estatal, as chamadas “famílias constitucionais” sendo elas as famílias fundadas no casamento, nas uniões estáveis entre homem e mulher e nas famílias monoparentais (COELHO, 2011, p.136).

A família foi pluralizada, assumindo diferentes feições, tendo o casamento perdido a exclusividade, diante do surgimento das famílias constitucionais, mas não a proteção Estatal. Atualmente, podemos definir a família como aquela relação que têm origem em um elo de afetividade.

Paulo Luiz Netto Lôbo, define família como sendo “um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família

patriarca, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas” (DIAS, 2005 *apud* LÔBO, 0000, p. 96).

Assim, no que se refere às famílias constitucionais, ressaltamos a espécie de entidade familiar caracterizada pela união estável, por ter a Constituição Federal de 1988 a elevado ao Status de família e proteção do Estado.

O legislador constituinte de 1988, apenas normatizou aquilo que já era a realidade de muitas famílias brasileiras, uma vez que essa forma de relação familiar já vinha sendo uma forma de constituição de família, reconhecendo assim, que a família é um fato natural e o casamento uma formalidade.

O novo Código Civil manteve a conceituação de união estável dada pela Lei 9.278/96, fazendo apenas uma pequena mudança. Vejamos: “Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1996)

Diz o artigo 1.723 do novo ordenamento civil: “É reconhecida como entidade familiar, à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (PEREIRA, 2004, p. 274).

A diferença existente entre união estável com o casamento é que aquela não carece de formalismo, bastando apenas o fato da vida em comum para a sua constituição, enquanto esta é indispensável o formalismo, carecendo de processo de habilitação, com publicação dos proclames e outras formalidades.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil (PEREIRA, 2001).

Também, numa acepção mais ampla, pode-se entender por entidade familiar toda e qualquer espécie de união capaz de servir de acolhedouro das emoções e das afeições dos seres humanos.

As formas de entidades familiares fundadas no afeto, gozam de proteção do Estado, sendo consideradas em nosso ordenamento jurídico, somente a família constituída monogamicamente, uma vez que as uniões adulterinas e incestuosas não recebem do Estado a referida proteção, uma vez que não é considerada como legítimas.

Nesta senda, cabe conferir os impedimentos da união estável dada por Rodrigo da Cunha Pereira, onde os sujeitos da união estável devem ser pessoas desimpedidas e devem se estabelecer monogamicamente, caso contrário, estar-se-ia admitindo a poligamia em nosso ordenamento jurídico (PEREIRA, 2001, p. 112).

Ante esta pluralidade de famílias estabelecida pela Constituição Federal, importa destacar que estas famílias consideradas constitucionais devem ser tratadas de forma paritária, pois tem a mesma dignidade idêntica importância, inadmitidas quaisquer discriminações.

Paulo Lôbo destaca que:

uma vez que a Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade, residi nela a principal limitação ao Estado, eis que a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado (LÔBO, 2011, p. 35).

Seguindo o entendimento de Paulo Lôbo, cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude dos requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra.

Não pode haver regras únicas, modelos únicos ou preferenciais, pois o que as unifica é a função de espaço de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram; nas palavras do autor, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa (LÔBO, 2011, p. 82).

2.3 Caracterização da união estável

Com o aumento constante de números de casais vivendo em regime concubinário/união estável, houve a necessidade de se estabelecer as regras desse convívio (PEREIRA, 2001).

Após a Constituição Federal de 1988 a matéria foi tratada pela Lei 8.971/94 (Lei do Concubinato) e, posteriormente, pela Lei 9.278/96, além do Código Civil de 2002 (artigos 1723 a 1727). *In verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (BRASIL, 2013).

A Constituição Federal concedeu amparo legal à união estável, mas tal proteção não atribui direito sucessório aos companheiros. Por isto foram criadas leis para regulamentar o assunto.

Para regulamentar o direito aos alimentos e direito sucessório dos companheiros foi criada a Lei 8.971/94.

A referida lei determinou regras sobre alimentos e direito sucessório aos companheiros, conceituando a união estável como a união de pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, que convivam por mais de 5 anos ou que tenha filhos comuns.

Com o advento da Lei 9.278/96 alterou o conceito da união estável, retirando o prazo de duração da relação, bem como o estado civil das partes e indicou novos requisitos tais como: durabilidade; publicidade do relacionamento e objetivo de constituir família.

A referida lei não estabelece mais prazo de duração do relacionamento para ser considerado como entidade familiar formada pela união estável, acrescentou ainda, mais um requisito, qual seja, a não existência de impedimento matrimonial, exceto no caso de pessoas separadas de fato ou judicialmente (artigo 1723 do Código Civil).

Neste contexto, Rodrigo da Cunha Pereira evidencia os elementos caracterizadores da união estável como sendo aqueles baseados na durabilidade da relação, da existência de filhos, da construção patrimonial em comum, coabitação, fidelidade, notoriedade, da comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça a relação parecer um casamento (PEREIRA, 2001, p. 29).

Atualmente, o elemento da coabitação como requisito essencial para caracterizar ou descaracterizar o instituto da união estável não é mais observado, tendo em vista que muitos casais optam em viver em casas separadas, visando desta forma a durabilidade da relação.

O Supremo Tribunal Federal, já se posicionou sobre este assunto, editando a Súmula 382 que diz: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

Portanto, os elementos essenciais caracterizadores da união estável, são aqueles previstos no artigo 1723 do Código Civil, onde é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Tendo em vista as consequências advindas do reconhecimento da entidade familiar, a questão ganha importância ainda maior, pois o reconhecimento implica em comunhão de bens.

A lei civil determina a presunção de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem aos companheiros igualmente, enquanto que, *contrario sensu*, o reconhecimento do namoro, em regra, não gera direitos e deveres nem consequências patrimoniais.

Assim, ausente essa finalidade imediata de constituição de família, o núcleo se desfaz, resultando na instabilidade típica de um simples namoro, como sabiamente, inclusive, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: (PEREIRA, 2002, p. 429-430).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. Inexistente prova de que a relação alegadamente mantida pela autora e pelo falecido se revestiu das características de publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família, conforme exige o art. 1.723 do CCB. Não obstante o relacionamento amoroso entretido por eles, para que a convivência levada a efeito seja reconhecida como união estável se faz necessária ampla e segura demonstração de que o relacionamento é bem mais que um namoro e se assemelha em tudo e perante todos ao casamento. A união estável, sendo um fato, deve emergir indubitosa das evidências, visto que, ao contrário do casamento, que é um contrato, essa relação é um construído no dia-a-dia, onde a manifestação de vontade de seus integrantes se expressa tacitamente nos pequenos detalhes da convivência. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007302748, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 03/12/2003).

2.4 Direitos e deveres dos companheiros

Tal como acontece no casamento, na união estável existem direitos e deveres a serem observados, tanto nas relações patrimoniais, como nas relações econômicas e pessoais, que muito se assemelham aos efeitos do casamento.

Os efeitos pessoais entre os companheiros dizem respeito à vida em comum do casal, implicando em direitos e deveres recíprocos.

O Código Civil, no art.1724, impõe aos companheiros direitos e deveres recíprocos, marcando, fundamentalmente, os efeitos pessoais da união estável. Assim, exige-se dos companheiros, reciprocamente, os deveres de “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (FARIAS, 2011, p. 476).

O art. 1724 do novo Código Civil brasileiro estabelece os deveres de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros e de guarda, sustento e educação dos filhos. *In verbis*: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002).

Para Fábio Ulhoa Coelho a enunciação dos deveres dos conviventes é desprovida de maior interesse, já que o seu descumprimento não tem nenhuma implicação jurídica, uma vez desfeita a união estável, seja por qualquer razão, as repercussões em relação aos bens, alimentos e filhos serão idênticas (COELHO, 2011, p. 145).

Ainda, conforme Fábio Ulhoa, em relação aos bens, prevalece o que os conviventes tiverem convencionados no contrato de convivência, ou seja, se tiverem, concordado em relação ao que cada um terá direito, como por exemplo, se cada qual permanecer com seu próprio patrimônio, dividindo-se as despesas em certa proporção, no fim da união estável, nenhum deles pode reclamar qualquer participação nos bens adquiridos pelo outro durante a convivência (COELHO, 2011, p. 145-146).

Já com relação aos alimentos decorrentes da dissolução da união estável, de acordo com o art. 1694 do Código Civil, os conviventes, assim como os cônjuges, podem reclamar, reciprocamente, os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social. Neste passo, a melhor interpretação do dispositivo é a de que devem se aplicar à obrigação alimentar dos conviventes, as mesmas regras e os mesmos princípios que regem tal obrigação resultante da separação judicial (CAMPOS, 2003).

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (BRASIL, 2013).

Em relação aos direitos sucessórios dos companheiros o novo Código Civil, este tratou de maneira desigual os cônjuges e os companheiros, o que, não se admite no atual regime constitucional.

Neste sentido, enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com posição privilegiada, pois, concorre em certos casos com os ascendentes e os descendentes do *de cujus*, o companheiro continua como herdeiro facultativo e só terá direito à totalidade da herança se não houver colaterais sucessíveis.

2.5 Regime de bens na união estável

O art. 1.725, do Código Civil estabelece que o regime patrimonial a ser aplicado nas relações em união estável, é o da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (BRASIL, 2013).

Assim, somente os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável presume-se adquirido em esforço comum, estes poderão ser partilhados, caso não haja contrato dispondo em contrário.

Os bens provenientes da aquisição gratuita ou adquirida antes do início da união estável não entram da prova na comunhão da união estável, porque ausente o elemento colaboração recíproca.

Com base no princípio constitucional da igualdade, é lícito aos companheiros mudar o regime de bens durante a convivência da união estável, através de contrato escrito, por instrumento público particular, independentemente de publicação de editais, intervenção do Ministério Público e homologação do juiz.

Conforme entendimento de Cristiano Chaves de Farias, não se aplicam na união estável as limitações à escolha do regime de bens no casamento, prevista no artigo 1.641 do Código Civil, por tratar-se de norma restritiva de direitos, a interpretação da lei há de ser, necessariamente, restritiva, não incide portanto, na união estável, o regime de separação obrigatória de bens (FARIAS, 2010).

3 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A palavra “sucessão”, em sentido lato, consiste em toda e qualquer espécie de transmissão de bens, direitos ou obrigações.

A sucessão considera-se aberta no instante real ou presumida da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava (HIRONAKA, 2007, p. 6).

Pelo princípio da *Saisine*, a lei considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros.

O legislador ao tratar da sucessão do companheiro no novo Código Civil, abordou os aspectos processuais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório, mais precisamente no artigo 1790, CC. *In verbis*

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

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2013).

Observa-se que referido artigo não faz nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, nem usufruto viual, pelo fato, neste caso, de concorrer na herança, como herdeiro, com os parentes do de *cujus* (GONÇALVES, 2011, p. 188-189).

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (BRASIL, 1996).

Conformidade posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, o não reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente tem sido alvo de críticas, por sujeitá-la a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com finado parceiro, na hipótese de não ter este adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito. Nesses casos, conforme o autor carece o companheiro do direito à meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial (GONÇALVES, 2011).

Neste sentido, o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002 estabelece que:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art.1831, informado pelo art.6º, *caput*, da CF/88 (GONÇALVES, 2011, p. 189).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já posicionou a respeito:

O direito real de habitação ao único imóvel residencial, por aplicação analógica do artigo 1831 do novo Código Civil, deve ser estendido ao convivente, independentemente de ter este contribuído, ou não, para a sua aquisição, assegurado, igualmente, pelo artigo 7º da Lei 9.278/96 informado pelos arts. 6º e 227, §§ 3º, da Lei Maior, que reconhecem a moradia como direito social e a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado (TJMG, AC 1.0514.06.020813-9/001, 9ª Câm. Cív. rel. Des. Tarcísio Martins Costa, DJEMG, 26-4-2008).

Ainda, conforme Carlos Roberto Gonçalves, o artigo 1790 do Código Civil de 2002, encontra-se alocado no título referente ao direito das sucessões ao invés de ser tratado no capítulo que trata sobre a vocação hereditária, uma vez que preceitua que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, sem receber, no entanto, o mesmo

tratamento do cônjuge sobrevivente, que tem maior participação na herança e foi incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.

Existem diversas críticas por parte da doutrina com relação à sucessão do companheiro na união estável, sendo elas:

- a) por limitar a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento;
- b) por repetir, no caso de concorrência com os descendentes, a indébita distinção entre descendentes exclusivos, só do autor da herança, e descendentes comuns, havidos na união estável entre o autor da herança e o companheiro; e
- c) por estabelecer a concorrência com os colaterais.

Diante de tantas críticas, essa situação tem provocado debates nos tribunais estaduais, proclamando alguns julgados a inconstitucionalidade do artigo 1790 cc, por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade, uma vez que o artigo 226,§3º, da Carta Magna deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento (GONÇALVES, 2011, p. 193).

Vejamos o que afirma o professor Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra "Concubinato e União Estável":

não há dúvida que este artigo apresenta um grande retrocesso para a união estável, vez que colocou o companheiro em posição muito inferior ao cônjuge. Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que a união estável é uma "família de segunda classe" e não uma outra espécie de família, nem melhor nem pior do que o casamento, apenas diferente (PEREIRA, 2004, p. 123-124).

Para Zeno Veloso, "tal limitação não tem razão nem lógica, e quebra todo sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a uma companheira de muitos anos de um homem rico" (VELOSO, 2002, p. 288).

Evidencia-se, contudo, que o diploma civil esqueceu-se que Constituição Federal em seu artigo 226, protege a entidade familiar, diz respeito muito mais de perto à relação homem e mulher, ascendentes e descendentes.

3.1 O cônjuge como herdeiro necessário

No Código Civil, o cônjuge é considerado como herdeiro necessário, ou seja, possui propriedade plena, concorrendo com os descendentes e os ascendentes, adquirindo a totalidade da herança do *de cujus* na ausência de tais parentes, conforme dispõe artigo 1.829 e incisos do Código Civil, *in verbis*:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2013).

Como se verifica, o cônjuge participa da ordem de vocação hereditária em terceiro lugar, possuindo garantia legítima por ser herdeiro necessário, eis que na falta de qualquer dos descendentes e ascendentes, recebe a herança por direito próprio.

Quando o cônjuge é chamado a suceder, assume a condição de herdeiro, independentemente do regime de bens do casamento, pois a lei nada se refere ao conferir-lhe a qualidade de herdeiro necessário. Herda por figurar na ordem sucessória.

A jurisprudência ainda não está pacificada, no entanto, quando existe pacto antenupcial consagrando o regime da separação de bens. O Superior Tribunal de

Justiça exclui do cônjuge sobrevivente tanto a condição de herdeiro necessário bem como o direito de concorrência hereditária (DIAS, 2007, p. 137).

Conforme Maria Berenice Dias, para que o cônjuge preserve a qualidade de herdeiro necessário, é preciso que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento do outro (DIAS, 2011, p. 138).

De acordo com o dispositivo do art. 1.830 do Código Civil, o direito sucessório do cônjuge só é reconhecido se, ao tempo da morte de seu consorte, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (BRASIL, 2013).

Com relação ao direito real de habitação, o Código Civil com o intuito de conceder segurança e estabilidade ao cônjuge sobrevivente atribuiu-lhe o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família conforme termos do artigo 1831 do referido diploma. Tal direito será atribuído ao cônjuge em qualquer regime de bens, independentemente da participação que lhe caiba na herança (NICOLAU, 2009).

O Conselho de Justiça Federal proferiu Enunciado nº 271 sobre o assunto: “o cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.”

O Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação independente do regime de bens do casamento:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2013).

Gustavo René Nicolau é enfático ao aduzir que a letra da lei só concede o direito de habitação no caso de o referido imóvel ser “o único daquela natureza a inventariar”, e se posiciona da seguinte forma:

uma interpretação literal poderia gerar flagrante injustiça, pois pode ocorrer de serem vários os imóveis a inventariar e nenhum deles ser transmitido ao cônjuge sobrevivente. Desde modo, uma interpretação teleológica que leve em conta a finalidade de garantir estabilidade e segurança ao cônjuge força concluir que ainda que sejam vários os imóveis, o direito real de habitação permanece íntegro (NICOLAU, 2009, p.78).

3.2 Companheiro como herdeiro legítimo

A sucessão legítima é aquela que impõe a transferência de parte do patrimônio a quem a lei elege como herdeiro, considerados como herdeiros necessários.

Tem-se nas palavras do autor Cáo Mário da Silva Pereira a seguinte denominação para a sucessão legítima:

Àquela a que é deferida por determinação da lei. Atendendo ao que ocorre quando o sucedendo morre sem testamento (*intestato*), diz também *ab intestato*. E tendo em consideração que se processa sob o império exclusivo da lei, sem a participação da vontade, pode também designar-se como sucessão legal. Em nossos meios, é a mais frequente, tendo-se em vista a menor difusão do testamento e, portanto, da sucessão testada (PEREIRA, 2007, p. 83).

O Código Civil não promoveu ao companheiro supérstite à condição de herdeiro necessário, tal condição foi atribuída somente ao cônjuge, conforme dispõe o Artigo 1845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” (BRASIL, 2013).

Como se verifica, o cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, tendo o seu direito garantido, fazendo ainda, jus à metade do acervo que integra a herança.

Já o companheiro da união estável, não goza do mesmo privilégio, pois é considerado como herdeiro legítimo e não herdeiro necessário, conforme termos do artigo 1790 do Código Civil.

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

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2013).

Assim, o legislador confunde herança de meação, ao assegurar o direito sucessório ao companheiro, no que tange a metade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Uma vez que, a herança se constitui da meação do falecido sobre os aquestos e mais os bens particulares, sendo que o companheiro sobrevivente só participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Maria Berenice Dias assevera que, o companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária no seu entendimento enfatiza que:

a lei considera que no casamento o amor é mais intenso do que na união estável, que os companheiros têm mais afetos pelos parentes colaterais, isso porque o cônjuge goza da preferência sucessória, eis que antecede os irmãos, tios, sobrinhos e primos. Estes no entanto, antecedem o companheiro na herança (DIAS, 2011, p. 76-77).

Assim, entendemos que o companheiro não goza do mesmo tratamento conferido ao cônjuge sobrevivente, uma vez que é colocado em último lugar na ordem de vocação hereditária, concorre com os colaterais e só tem direito a integridade da herança do de *cujus*, caso este não tenha parente a suceder

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1831 estabelece que, ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2013).

Desse modo, além da sua quota como herdeiro, o cônjuge sobrevivente ainda terá direito real de habitação, que incidirá sobre o imóvel que era destinado à residência

da família, desde que haja apenas um imóvel residencial no monte a inventariar, sendo que tal direito é vitalício.

3.2.1 Concorrência do cônjuge com os descendentes

Dispõe o artigo 1.838 do Código Civil, que na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, estabeleceu assim a concorrência do cônjuge com os descendentes que são herdeiros da primeira classe e com os ascendentes que são herdeiros da segunda classe (BRASIL, 2013).

A ordem de vocação hereditária descrita no artigo 1829 do Código Civil, inciso I, determina a concorrência dos descendentes do morto com o cônjuge supérstite, segundo o regime dos bens que vigorou durante a convivência matrimonial.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.
[...] (BRASIL, 2013).

Assim, pode-se perceber que existem limitações relativamente ao regime de bens que vigorou durante o matrimônio, bem como, deve-se proceder à verificação de quais descendentes serão chamados a herdar.

Vale ressaltar que o cônjuge supérstite faz jus ao direito real de habitação da moradia da família, sempre que o imóvel seja o único dessa natureza a inventariar.

3.2.2 Concorrência do companheiro com os descendentes

O artigo 1790 cc em seu inciso I, estabelece que, se o companheiro sobrevivente “concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Ocorre que tal concorrência se dará apenas referentes aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (BRASIL, 2013).

O companheiro recebe quota idêntica àquela que cada filho comum receberá por força da sucessão legítima, porém apenas sobre os bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável.

Já no inciso II do artigo 1790, o companheiro receberá a metade do que receberem os descendentes só do falecido por força da sucessão legítima, ou seja, a partilha se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e, a cada um dos descendentes, o dobro do que a ele couber.

Já com relação aos filhos de origem híbrida, onde o herdeiro for descendente só do autor da herança com herdeiros de descendência comum com o companheiro, a lei não prevê solução para esta hipótese, sendo debatidas por diversas correntes antagônicas, sendo uma delas que vislumbra a possibilidade de partilhamento da herança considerando todos como se fossem comuns, para atribuir ao companheiro quota igual à que lhes for destinada.

Outra corrente, restringe a quota do companheiro à metade da que lhes couber, sendo uma terceira corrente propõe a realização de um cálculo proporcional do que caberia ao companheiro, considerando-se quota igualitária com relação aos filhos havidos em comum, e só metade do que coubesse aos demais (GONÇALVES, 2011, p. 195).

Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves acredita que a melhor solução neste caso de filiação híbrida, é efetuar a divisão igualitária dos quinhões hereditários, incluindo o companheiro ou a companheira, afastando destarte o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente.

No inciso II do artigo 1790 do Código Civil, só garante aos descendentes quinhão correspondente ao dobro do que for atribuído à companheira quando forem todos descendentes exclusivos do de *cujus*. Havendo descendentes comuns e unilaterais, aplica-se a regra do inciso I, assegurado à companheira quinhão ao daqueles (GONÇALVES, 2011, p. 196).

Vale ressaltar que o legislador quando defere ao companheiro, apenas a metade do que couber aos descendentes exclusivos do autor da herança, sendo que o cônjuge na mesma situação receberá quinhão igual aos dos descendentes que herdarem por cabeça.

Já no inciso III do artigo 1790 do Código Civil, o legislador dispõe que em caso de concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, terá direito apenas, a 1/3 (um terço) da herança, ou seja, o código preferiu os colaterais até o 4º (quarto grau) aos companheiros.

Por fim, o inciso IV do artigo 1790 do Código Civil, prevê que na ausência de parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança. Neste caso, inexistindo qualquer parente sucessível o companheiro só herdará a totalidade dos bens referentes aos adquiridos na constância da união estável, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública.

Existem julgados que vem deferindo a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente e afastando os colaterais da sucessão, colaciona-se a R. decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aduzindo que o artigo focado é eivado de inconstitucionalidade, *in verbis*:

Ementa: agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. 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 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. (Agravo de Instrumento 70009524612. Relator o Desembargador Ruy Portanova). Julgado em 18/11/2004.

Ante a incongruência entre o caput e o inciso IV do artigo 1.790, pode-se recorrer a uma interpretação sistemática confrontando este dispositivo com o previsto no artigo 1.844 do mesmo Código que regula a ocorrência de herança jacente, ao preceituar que:

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal (BRASIL, 2013).

Da análise do referido artigo, observa-se que, só haverá herança jacente se não existirem qualquer dos sucessores mencionado no referido artigo, inclusive o companheiro, como expressamente ali se encontra.

4 INCONSTITUCIONALIDADE NO CÓDIGO CÍVIL

4.1 Princípios constitucionais do Direito de Família

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância.

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas sim, porque servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios (DIAS, 2007, p. 55).

Neste sentido, Maria Berenice Dias ressalta:

É no direito de família em que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas (DIAS, 2007, p.57).

Existem princípios que são gerais e outros que são especiais, aqueles são aplicados a todos os ramos do direito, assim como o princípio da dignidade, da liberdade, bem

como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral à criança e adolescentes, estes são aplicados nas relações familiares como o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da igualdade.

Nas relações familiares são aplicados os princípios especiais, que devem servir de norte para apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, observando os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e o da igualdade.

4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio é afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal, sendo considerado o princípio de maior relevância para o Estado Democrático de Direito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] (BRASIL, 2013).

Assim preceitua Maria Helena Diniz:

O princípio da dignidade humana é o principal e mais amplo princípio constitucional, no direito de família diz respeito à garantia plena de desenvolvimento de todos os seus membros, para que possam ser realizados seus anseios e interesses afetivos, assim como garantia de assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família duradoura e feliz (DINIZ, 2007, p. 18).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana significa igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro deste princípio, que tem contornos cada vez mais amplos (DIAS, 2007, p. 71).

4.1.2 Princípio da afetividade

Como forma de garantir a dignidade a todos, o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos, elencando em nossa Carta Magna, um rol de direitos individuais e sociais.

Conforme dispõe Maria Berenice Dias em relação ao referido princípio:

Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico (DIAS, 2007, p. 67).

A Constituição Federal pensando na proteção da família e nos direitos da personalidade tem como imperativo a convivência familiar afetiva, onde a afetividade passa a ser um axioma substancial e não mais formal, abarcando em seu bojo a idéia de que o ser humano precisa ser afetuoso com seu semelhante, experimentar em sua vida a solidariedade para com o próximo.

Para Maria Berenice Dias, o princípio da afetividade é um princípio jurídico que faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais (DIAS, 2007, p. 67).

Assim, as relações familiares, com o advento principiológico constitucional carecem do afeto e de relevância na dignidade de todos os membros, do grupo familiar.

4.1.3 Princípio da isonomia

A reclamação pela isonomia substancial plena entre homem e mulher é contemporânea, resultando dos inúmeros avanços sociais e culturais. Deixando de estar submetida ao jugo masculino, a mulher reclama direitos e proteção igualitárias, pondo fim a qualquer tipo de discriminação (FARIAS, 2010, p. 43).

O artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, cuidou dos direitos e das garantias individuais, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Vejamos:

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

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...] (BRASIL, 2013)

Conforme ensina Cristiano Chaves, a evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher decorre da necessidade de pôr fim a um tempo discriminatório, em que o homem chefia a relação conjugal, subjugando a mulher (FARIAS, 2010, p. 43).

Assim, tem-se que o princípio da isonomia/igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito e deve ser considerado como o princípio geral do Direito de Família.

O princípio da igualdade, no Direito de Família se especializou em, pelo menos, dois princípios específicos, como nas normas contidas nos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana) e 226, §3º (união estável reconhecida como entidade familiar), ambos do texto constitucional.

Desta forma, ao analisar o instituto das sucessões, observa-se a mais saliente afronta cometida pela lei, onde esta não observa ao princípio constitucional da igualdade, ao promover o cônjuge à condição de herdeiro necessário, enquanto a companheira não passa de herdeiro legítimo.

4.2 A inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002

Essa abordagem é iniciada com a exposição dos artigos do Código Civil Brasileiro pertinente à matéria que aqui será analisada. Vejamos:

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

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

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

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

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

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

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais (idem) (BRASIL, 2013).

Da análise do artigo 1790 do Código Civil de 2002, que menciona o direito sucessório dos companheiros, é notória a injustiça praticada por parte do legislador em comparação com o tratamento do direito sucessório dispensado aos cônjuges.

Já na disposição de seu inciso I, concorrendo o companheiro com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à de cada um destes. Portanto, a herança, excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os filhos comuns, mais uma.

Entretanto, havendo bens adquiridos na constância da união e bens não comuns, esta divisão igualitária só se aplica aos primeiros; os demais bens serão divididos exclusivamente aos descendentes do falecido.

O legislador não estabeleceu o mínimo de um quarto da herança ao companheiro, estabelecendo desta forma mais uma injustificável distinção entre a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge.

Outra injustiça verificada é o fato de que o companheiro concorre com outros parentes sucessíveis do *de cujus*, dificultando o alcance no patrimônio devido a título

de herança, enquanto que no casamento o cônjuge supérstite é considerado herdeiro necessário, concorrendo em terceiro lugar na linha de sucessão hereditária.

Deste problema, surge, portanto, um grande retrocesso, tendo em vista que se esperava tal revolução jurídica no Direito Privado com a entrada do Código Civil de 2002, colocando-se, pois, um ponto final nas questões controvertidas existentes na vigência do diploma civilista anterior.

Apesar dos companheiros não terem sido classificados pelo legislador a este patamar de herdeiro necessário, alguns doutrinadores pensam de forma diversa.

Para Zeno Veloso, o art. 1790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco; alega que, diante da equiparação dada pela Constituição Federal entre o casamento e a união estável, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional, pois tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito de família, que veda o retrocesso social (VELOSO, 2005, p. 249).

Deve o legislador ser fiel ao tratamento isonômico garantido na constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências.

Em análise do inciso II, se o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança, tocará ao mesmo a metade do que couber a cada um daqueles. Neste caso, então, havendo, por exemplo, dois filhos somente do de *cujus*, os bens comuns serão divididos em duas partes e meia, ficando cada filho com uma parte e o companheiro com meia parte. Os bens não comuns serão integralmente divididos entre os filhos do de *cujus*.

Já no inciso III, a injustiça se verifica na redução do direito hereditário do companheiro em comparação ao cônjuge, eis que, se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança, garantido a totalidade da herança somente no caso de não existirem parentes sucessíveis.

Em relação ao direito de real de habitação estabelecido aos companheiros no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96, o novo Código Civil silenciou quanto ao assunto, embora tenham os cônjuges semelhantes direito (art. 1.831).

Não tendo havido revogação expressa da Lei 9.278/96, Sílvio Venosa defende que existirá o direito real de habitação para os companheiros:

Por outro lado, a Lei nº 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (VENOSA, 2005, p. 158).

No sentido, de suprir a timidez do legislador, o Enunciado 117, de iniciativa do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal: “117 – art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88 (CHELLES, 2004).

Consagra o inciso IV do art. 1.790 do CC que não havendo parentes sucessíveis descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Neste caso, a injustiça se dá pelo fato de que a totalidade se refere somente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, ou seja, os bens comuns, sendo a outra parte considerada como bem vacante, sendo a herança transmitida ao município ao Distrito Federal ou a União.

Assim, aborda também a suposta inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, o que é suscitado por alguns dos nossos maiores *sucessionistas*. De início, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é uma das juristas que sustenta ser o dispositivo inconstitucional, por desprezar a equalização do companheiro ao cônjuge *constante* do art. 226, § 3º, da CF/1988 (TARTUCE, 2010 *apud* HIRONAKA, 2010, p. 447-457).

Do mesmo modo, Zeno Veloso lamenta a redação do comando, lecionando que:

As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguale as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência (VELOSO, 2008, p. 1955).

A tese da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC encontra amparos em inúmeros julgados dos Tribunais, mas com uma grande variação de entendimentos, alguns pela inconstitucionalidade somente do inc. III do art. 1.790, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau, como no caso a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria". (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007, DJERS 27/11/2009, pág. 38). Concluindo do mesmo modo: TJSP, Agravo de instrumento n. 654.999.4/7, Acórdão n. 4034200, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 27/08/2009, DJESP 23/09/2009 e TJSP, Agravo de instrumento n. 609.024.4/4, Acórdão n. 3618121, São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgado em 06/05/2009, DJESP 17/06/2009.

Outros sustentam a inconstitucionalidade de todo art. 1.790 do CC, por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontado com os direitos sucessórios do cônjuge (art. 1.829).

5 CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente trabalho monográfico analisar o direito sucessório do companheiro com o advento do Código Civil de 2002 e conseqüentemente fazer um

estudo sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 1790 do mesmo diploma, a luz do princípio da isonomia.

O Legislador ordinário ao elevar a união estável ao status de entidade familiar, determinando a sua facilitação em casamento, abarcou a proteção Estatal, demonstrou claramente a diferença entre ambos os institutos, uma vez que o simples reconhecimento da união estável não teria o condão de equipará-la ao matrimônio. Com efeito, a união estável e o casamento são institutos distintos e como tais, foram tratados, nesse aspecto, com as respectivas distinções.

Assim, o próprio legislador ordinário estabeleceu tratamento diversificado para os cônjuges e os conviventes, principalmente ao tratar da sucessão do companheiro sobrevivente, mais especificamente no art. 1.790 e incisos do Código Civil, que trata dentro das disposições gerais, deixando o companheiro sobrevivente fora da ordem de vocação hereditária, ao contrário o que ocorria na lei 8.271/94 que inseriu o companheiro sobrevivente na 3ª ordem de vocação hereditária especial, ocorrendo retrocesso dos direitos dos companheiros.

Houve por parte do legislador ordinário também a restrição quanto ao direito sucessório do companheiro estabelecida no artigo 1.790 do Código Civil, visto que este só irá concorrer com bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, não fazendo jus aos bens particulares, cabendo a concorrência destes aos descendentes, ascendentes e parentes sucessíveis do companheiro falecido.

Em relação ao direito real de habitação o legislador silenciou sobre a questão, não sendo assegurado ao companheiro tais direitos ao contrário do cônjuge, que teve seus direitos resguardados conforme o dispositivo do artigo 1831 do Código Civil, o que é totalmente incoerente com o preceito constitucional tipificado no art. 226 § 3 da Constituição Federal que afirma que o Estado deve proteger tanto o casamento, a família monoparental e a União Estável. Em relação à moradia destinada à família deve-se continuar tal benefício conferido ao companheiro, aplicando de forma extensiva ou analógica o artigo 1.183 do Código Civil de 2002.

Além do mais, verifica-se também o fato de ter sido atribuído ao cônjuge como herdeiro necessário, não se estendendo tal posição ao cônjuge. Quanto a esse questionamento, deveria haver a alteração do art. 1.845 do Código Civil com o fito de restringir o rol de herdeiros necessários aos descendentes e aos ascendentes do autor da herança, de modo a colocar o cônjuge e o companheiro num mesmo patamar.

O questionável art. 1.790 do Código Civil apresenta discrepâncias entre os direitos previstos para o cônjuge no art. 1.829 e seguintes no que tange a ordem da vocação hereditária, significando verdadeiro retrocesso legislativo, o que o torna inconcebível, tendo em vista as significativas conquistas obtidas pelos companheiros na legislação especial (Leis n. 8.971/94) que tratava da união estável, quanto à sua posição sucessória.

Por fim, conclui-se que apesar da Constituição Federal em seu artigo 226, §3º, reconhecer e dar proteção jurídica as uniões formadas pelos laços de afeto e da convivência duradoura, sem o formalismo legal, atendido os requisitos legais, torna-se realmente lamentável toda essa diferenciação no plano sucessório entre as duas espécies de família, ou seja, a surgida a partir do casamento e a originada da união estável, o que acarreta lamentável afronta ao princípio constitucional da isonomia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de dezembro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. **Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. **Lei 9.278, de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

CAMPOS, Patrícia Eleutério. A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva. Set. 2003. **Jus Navigandi.** Disponível em: <JusNavigandi:<http://www.jus.com.br/artigos/4342/a-uniao-estavel-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 31 out. 2013.

CHELLES, Iagmar Senna. **Direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2004. v.10.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.6:** direito das sucessões. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. _____. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélson. **Direito das famílias.** 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil comentado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder:** passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Ed. do Autor, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil: sucessões.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.9.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. _____. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Valdemar Rodrigues. **Prática forense**: concubinato e união estável. Araraquara: Mérito, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 70009524612**. Relator: Rui Portanova. Julgado em 18/11/2004. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 05 nov. 2013.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Caio Mário Pereria da. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro**: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. Nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em: 14 nov.2013.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Do direito sucessório do companheiro**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.

_____. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 237-249.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.