

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL EQUIPARANDO O COMPANHEIRO AO CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO

* **LETÍCIA FEITOSA DE PAULA FRAGA**

Bacharela em Direito pela Fadipa

** **MARIA IONI SOUTO RANGEL**

Graduada em DIREITO pela FACULDADE DE DIREITO DO VALE DO RIO DOCE e especialista em Direito Público em parceria com a ANAMAGES pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO

O trabalho teve por objetivo precípuo, abordar a recente alteração na norma jurídica vigente no Brasil, onde os ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, através do julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 que aborda a sucessão em uma relação homoafetiva e o recurso 878694 que trata de união heteroafetiva, ambos com repercussão geral reconhecida. A norma fazia diferenciação de tratamento entre a participação do companheiro e do cônjuge no direito sucessório. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique a legislação tratar cônjuge e companheiro de forma distinta, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual, consolidando o entendimento em que deve ser aplicado tanto na união estável quanto no casamento civil o regime sucessório estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Cônjuge. Companheiro. Sucessão de bens. Código Civil.

1 INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de mutação da norma jurídica brasileira, que precisa ser alterada em prol da preservação da ordem social, para ser capaz de acompanhar as mudanças e evoluções, com fim de adequá-la aos anseios da sociedade, diminuindo os conflitos e buscando a pacificação social, foi elaborado o presente estudo analisando as formações das famílias contemporâneas brasileiras e a necessidade do constituinte de se adequar aos tipos de entidades familiares que vem surgindo no decorrer do tempo, reconhecendo sua existência e definindo seus direitos.

Um dos novos tipos de núcleo familiar que surgiu no decorrer do tempo no ordenamento jurídico brasileiro é a união estável, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §3º, como a união entre o homem e a mulher, fundada na informalidade, bastando que entre as partes exista o amor e para a

legislação que haja a convivência pública, contínua e duradora com o objetivo de constituir família. Observa-se que apesar da forma diferente de iniciação e por ser baseado na informalidade, o motivo que leva as pessoas a constituírem união estável é idêntico à do casamento civil.

Embora o art. 226, §3º da CF/88, traga os termos homem e mulher na configuração da União Estável, desde o ano de 2011, o STF reconheceu, por unanimidade, como entidade familiar a união estável entre casais do mesmo sexo, sendo que as regras que valem para relações estáveis entre heterossexuais serão aplicadas aos casais homoafetivos. Mais tarde em 2013, o CNJ aprovou resolução obrigando cartórios de todo o país a celebrarem o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento. Não tendo sido até o momento adequadas as disposições legais ao entendimento da Corte, retirando do texto a referência ao gênero para então eliminar dificuldades e dar segurança jurídica aos casais homoafetivos.

Mesmo com a proteção garantida pelo constituinte a família formada a partir da união estável, a diferença de tratamento entre cônjuges e companheiros é uma questão histórica enfrentada pelo Direito Civil brasileiro. A Constituição não atribuiu direitos sucessórios aos companheiros, ficando para os tribunais a tarefa da divisão dos bens adquiridos na constância da união e por esforço comum. Foram formuladas no decorrer do tempo leis infraconstitucionais, como a exemplo a Lei 8.971/94, inserindo o companheiro na ordem de vocação hereditária, mas devendo cumprir requisitos, que incluíam um tempo de convivência de cinco anos e mais tarde a lei 9.278/96 que limitou-se a atribuir direito real de habitação ao companheiro enquanto este não constituísse uma nova família. Posteriormente em 2002, com o advento de um novo Código Civil, apareceu à chance de solucionar os problemas relativos à sucessão dos companheiros. Todavia, indo de encontro à inovação constitucional e das leis infraconstitucionais já editadas anteriormente, o CC/2002, na parte do direito sucessório, continuou fazendo diferenciação de tratamento entre os cônjuges e os companheiros, representando um grande prejuízo a estes, garantido sempre a família formada pelo casamento civil, maiores direitos que ao núcleo familiar formado através da união estável.

O CC/2002 representou um grande retrocesso no que tange aos direitos sucessórios do companheiro, foi como se este tipo de união fosse tratada de maneira inferior, sendo desigual e desleal uma vez que a própria constituição e a sociedade em sua evolução equipararam os tipos de modelos familiares, que são pautadas pelo amor e a lealdade, sendo também uma ofensa aos princípios constitucionais que regem o Direito de Família e, conseqüentemente, deveriam estar presente no Direito Sucessório, visto a proximidade dos dois ramos, quais sejam: da igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso.

2 A ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O Direito Civil é o ramo que regulamenta do nascimento ao falecimento do indivíduo, em relação à morte tem-se o campo do Direito das Sucessões, compreendido como o conjunto de regras e princípios que regulamentam a transferência dos bens de alguém que faleceu aos seus sucessores. Na visão de Venosa (2010, p. 4): “O direito das sucessões disciplina a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores”.

Quem pode ser chamado para ser o sucessor? A legislação brasileira vigente estabeleceu a ordem de vocação hereditária, que nada mais é que o rol das pessoas que podem suceder. No CC de 2002, os chamados a sucessão são as pessoas elencadas no rol do art. 1829.

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).

Portanto compreende-se como ordem de vocação hereditária, a capacidade sucessória ou o critério escolhido pela lei para transmitir o patrimônio do De Cujus aos seus herdeiros sobreviventes. Esta ordem de sucessão funda-se exclusivamente na presunção de afetividade entre os parentes, fazendo assim com

que os familiares mais próximos tenham prioridade sobre os familiares mais distantes, conforme ensinamentos da conceituada jurista Maria Berenice Dias:

Quando falece alguém, seus bens, direitos, encargos e obrigações precisam transmitir-se a outrem. Quem chamar? A quem transferir a titularidade do acervo patrimonial do *de cujus*? Tenta o legislador adivinhar os graus de afetividade partindo do pressuposto de que se tem mais proximidade com os parentes mais chegados. Baseia-se na **presunção de afeto** que as pessoas normalmente têm em relação aos seus familiares. Por isso os descendentes são convocados antes dos ascendentes e os últimos chamados são os colaterais. O critério da afetividade presumida inclui o cônjuge e o companheiro. Assim, a lei institui uma ordem de prioridade na escolha de quem vai assumir a herança. É o que se chama ordem de vocação hereditária. Vocação vem do latim *vocare* e significa **chamar**. (DIAS, 2011, p. 133, grifo nosso).

Portanto, na busca dos herdeiros com capacidade para suceder, a lei determina que se analisem primeiramente à linha reta e depois a linha colateral de parentesco, além de verificar se o De Cujus, ao tempo de sua morte era casado ou vivia em união estável a fim de verificar a existência de cônjuge ou companheiro. Tal caminho segue o fundamento de que a classe mais adjunta afasta a mais longínqua, exclusão dos mais afastados havendo herdeiros de graus mais próximos do autor da herança. Para colocar em prática estes ensinamentos, o Código Civil de 2002 dividiu os herdeiros em necessários e facultativos, sendo que os primeiros segundo o art. 1845 do CC são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge e os facultativos os parentes colaterais até o quarto grau.

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA

Existem duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária. Nosso legislador disciplinou em maior número de artigos a sucessão testamentária, porém a sucessão legítima é a mais usual na sociedade, brasileira, pois não é costume cultural do brasileiro a disposição de última vontade.

Tem-se a sucessão legítima quando, na falta de testamento, transmite-se o patrimônio do falecido a seus herdeiros necessários e facultativos, convocados conforme discriminado na ordem preferencial da lei. Se houver testamento, mas se nas disposições não houver todos os bens, a sucessão legítima também será aplicada, conforme estabelecido no artigo 1.788 do CC.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Esta relação preferencial da lei tem o nome de vocação hereditária e beneficia os parentes mais próximos dos mais remotos, por presumir o legislador que os familiares são as pessoas das quais o falecido mais convivia e partilhava a vida.

Os primeiros chamados para suceder são os descendentes e o cônjuge; se não houver filhos e cônjuge chamam-se os pais do De Cujus; perfazendo o rol dos herdeiros necessários, todavia, na ausência de herdeiros necessários segue a ordem da vocação hereditária, chamando a linha sucessória os herdeiros facultativos, que são os parentes colaterais até o quarto grau.

Se o falecido não houver deixado cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível até o quarto, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal, conforme preceitua o artigo. 1844 do CC.

Na classe da vocação hereditária, tem-se os descendentes (filhos, netos, bisnetos) onde os de grau mais próximo excluem os mais remotos e da mesma forma os ascendentes (pais, avós, bisavós), sempre os de grau mais próximos excluindo os mais distantes e o cônjuge que foi elevado pelo código de 2002 à condição de herdeiro necessário, sendo chamado a suceder junto com os ascendentes e descendentes. Tem-se também os colaterais herdeiros necessários só até o quarto grau, sendo que também e os mais próximos a exemplo do irmão exclui os mais remotos, ou seja, os primos. Todavia cabe ressaltar que nessa situação a legislação põe a salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Tem-se por último a figura do Município, Distrito Federal quando na ausência de herdeiros necessários ou facultativos, ele é chamado a suceder, a fim de que os

bens do espólio não se deteriorem, vale ressaltar que o poder público não é herdeiro.

Existem no ordenamento jurídico algumas regras básicas da sucessão legítima para a vocação hereditária, só se convoca uma classe nova quando não há herdeiros na classe precedente, então, por exemplo, não se convocam os ascendentes se há descendentes. Sendo também que na mesma classe os mais herdeiros de grau mais próximos excluem os mais remotos a exemplo de que não se chama o neto se existe filho, não se chama o avô se existe pai, conforme o § 1º do artigo 1.836 do CC, resguardado os casos de direito de representação.

Os tipos da sucessão legítima são: Direito Próprio, direito de representação e direito de transmissão. Entende-se como direito próprio, quando se é herdeiro da classe chamada, Já o direito de representação é a situação jurídica onde se toma o lugar de herdeiro pré-morto ou indigno da classe chamada como o exemplo do filho que morre antes do pai, então o neto herda direto do avô, representando o pai pré-morto. Por último o direito de transmissão: esse modo interessa à Fazenda Estadual para fins tributários, assim sucede-se por direito de transmissão quando se substitui o herdeiro pertencente à classe chamada, depois da abertura da sucessão e ainda antes da conclusão do inventário.

Das formas de partilha tem-se a realizada por cabeça onde a herança dá-se em partes iguais entre herdeiros da mesma classe, outra forma de se proceder com a partilha é por estirpe, sendo que dessa maneira herda-se para os que sucedem em graus diversos por direito de representação. Já a forma de partilha que se dá por linhas só ocorre quando são chamados os ascendentes, como a exemplo que segue, João morre sem descendentes e cônjuge, seus pais igualmente já morreram, mas a avó paterna está viva, e o avô e a avó materna também. Então caberá metade à avó paterna e metade aos outros dois avôs maternos.

4 A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

O instituto da concorrência é destinar ao cônjuge e ao companheiro parte da herança deixada pelo *de cuius*, assim, eles herdariam juntamente com os demais herdeiros, necessários e facultativos.

Entretanto, a situação do cônjuge é extremamente favorável se comparada com a do companheiro(a), pois o primeiro concorreria apenas com os descendentes e ascendentes, sendo que na falta deles, herdaria a totalidade dos bens, enquanto que os companheiros, além destes, devem concorrer ainda com os colaterais, só recebendo a herança como um todo na falta de qualquer parente sucessível, e somente o patrimônio que foi adquirido por esforço comum. Sobre a matéria o respeitado civilista Carlos Roberto Gonçalves afirma:

Com efeito, a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro. Sendo assim, se o falecido não tiver adquirido nenhum bem na constância da união estável, ainda que tenha deixado valioso patrimônio formado anteriormente, o companheiro sobrevivente nada herdará, seja quais forem os herdeiros eventualmente existentes (GONÇALVES, 2011, p. 192).

No mesmo sentido relata em seu Manual das Sucessões a jurista Maria Berenice Dias, a qual vai além, ao discorrer que os companheiros sequer podem afastar a concorrência através de um pacto antenupcial, como é possível em relação ao casamento:

No casamento, ausente pacto antenupcial, vigora o regime da **comunhão parcial** (CC 1.940). Na união estável também (CC 1.725). No entanto, apesar de haver a possibilidade de os companheiros firmarem pacto de convivência dispondo sobre o regime de bens, tal não se reflete no direito de concorrência. Isto é, a vontade dos conviventes não é levada em conta, ao contrário do que ocorre no casamento. Os noivos têm a possibilidade de afastar o direito de concorrência optando pelo regime da comunhão universal ou da separação convencional de bens. Já os companheiros não dispõem da mesma liberdade. Mesmo que, por meio de contrato, adotem o regime da separação convencional, persiste o direito do sobrevivente de concorrer sobre o que for adquirido onerosamente no período da união (DIAS, 2011, p. 154).

5 DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

As demandas que envolvem o Direito de Família são na prática as que mais sofrem mudanças. As circunstâncias que as cercam formam o contexto para profundas modificações, muitas delas em curto espaço de tempo. No ultrapassado Código Civil

de 1916 não reconhecia a união estável como núcleo familiar. Mas as famílias informais já existiam e com isso eram gerados os pleitos judiciais para o reconhecimento de direitos sucessórios após a morte de um dos companheiros.

Após inúmeras decisões do STF, no sentido de afastar o enriquecimento ilícito e para admitir a sociedade pela existência do concubinato surgiu à Súmula nº 380, com a seguinte redação: “Súmula 380 STF: Comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Em seguida diante deste avanço, seguiu-se a introdução lenta de outras leis que traziam benefícios aos companheiros, mas não no campo sucessório, situação que só passou a mudar a partir do advento da Constituição de 1988, que na redação do seu art. 226, deu proteção jurídica ao instituto da união estável.

As leis infraconstitucionais começaram a surgir, como já mencionado anteriormente, à Lei 8.971 de 1994, passou a disciplinar os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. Conforme o seu art. 2º, nos seguintes termos:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Depois foi editada a lei 9.278 de 1996, que trouxe novas alterações no direito sucessório do companheiro, com o intuito de regulamentar o § 3º do art. 226 da CF/88. Através dela foi garantido ao companheiro o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia com o De Cujus no tempo de sua morte e cuja extinção se dava se constituísse uma nova união estável ou casamento, ou, com a ocorrência de alguma das hipóteses que ensejam a extinção do usufruto.

Mais tarde em 2002, entrou em vigor um novo Código Civil, que embora recente e após muitos projetos e revisões, as normas referentes ao direito sucessório já estavam obsoletas, pois não acompanhou a evolução social, principalmente no que tange a União Estável.

Desta forma, pelo menos em seis pontos o CC/2002, não atendeu as expectativas, quanto ao direito sucessório do companheiro (a), que são eles: não reconhecer o companheiro (a) sobrevivente como herdeiro necessário, pois não o inseriu no rol do art. 1845, não lhe assegurar quota mínima, ao inseri-lo no quarto lugar da vocação hereditária, (depois dos colaterais inclusive) mas não o inseriu no rol do art. 1829, limitar a concorrência aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, não lhe conferiu direito real de habitação (tendo em vista que o art. 1831 concede tal benefício ao cônjuge, independente do regime de bens adotado), além de que só poderá o companheiro receber a totalidade da herança se não existir herdeiro nenhum.

Para melhor entendimento, transcreve-se novamente o art. 1790:

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 1/3 (um terço) da herança;

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

Todavia, as críticas ao CC/2002 vão além, incidindo inclusive na localização da regra sucessória referente à união estável. Nota-se que deveria estar no Título II, referente à sucessão legítima, tanto quanto o cônjuge, mas encontra-se no capítulo I do título I nas disposições gerais.

O primeiro erro pode ser observado na leitura do caput quando em confronto com os artigos 1725 e 1829, ambos do CC. Este último menciona que o cônjuge concorre com os herdeiros na herança, atingindo os bens particulares deixados pelo de cujus, se casado sob o regime de comunhão parcial de bens. No entanto, o companheiro,

que é unido sob o mesmo regime, não tem acesso àqueles mesmos bens, que tocam inteiramente aos demais herdeiros.

Não há justificativa plausível, para tal posicionamento, uma vez que a interpretação que se extrai é que o legislador quis colocar inconstitucionalmente o companheiro em grau de inferioridade aos demais herdeiros. Isso porque dependendo da situação, o cônjuge pode ser prejudicado pela lei. Isso acontece quando o de cujus, casado sob o regime legal, não deixar bens particulares. Enquanto o companheiro vai ter direito à participação na meação, ao cônjuge só caberá à própria meação, que de direito já é sua.

Outra impropriedade acontece nos incisos I e II, que dispõem sobre a sucessão em concorrência com os descendentes, e não somente filhos como pretendeu o equívoco do primeiro inciso. O cônjuge, dependendo do regime de bens adotado, pode não concorrer com os descendentes na herança, ao passo que o companheiro sempre concorre com os descendentes, ainda não sendo garantido o mínimo de um quarto quando filhos comuns com o De Cujus.

Em análise ao inciso III a disparidade é ainda mais absurda, pois traz para a sucessão, em concorrência com o companheiro, os parentes até 4º grau. Desta forma, cumpre-se ressaltar que muitas vezes esses últimos, nem conheceram o de cujus, ou ainda se conheceram, não compartilharam a vida como fez o companheiro, que muitas vezes foi quem ajudou o falecido a constituir o patrimônio, como garantir a esses parentes 2/3 da herança e mais a totalidade dos bens particulares? E ao companheiro, em absoluta afronta ao princípio da afetividade, equidade e dignidade da pessoa humana, ignorando completamente a noção atual de família instrumental, toca apenas 1/3 da herança.

Por fim, sendo que ao companheiro caberão apenas os bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável, haveria injusta vacância da herança quanto aos demais bens nos casos de ausência de ascendentes, descendentes e colaterais.

A partir das situações apresentadas, pode-se perceber que o tema é contravertido, marcado pela inconstitucionalidade e a legislação neste campo é muito frágil, trazendo injustiça e insegurança jurídica das regras sucessórias na união estável.

Diante disso, cabe a jurisprudência a tentativa de adequação fática e legislativa com a realidade social. Enquanto isso, pela crescente divergência de posicionamento entre estudiosos e julgadores, há a elaboração constante de projetos de lei, e medidas de diminuir a diferenciação dos impactos referentes à disparidade de tratamento entre cônjuge e companheiros.

Sobre a matéria, Maria Berenice Dias ensina:

Todavia, é preciso ressaltar que, pelo art. 1.790, I a IV, do Código Civil, tratando-se de concubinato puro, ou melhor, de *união estável*, o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de cujus*, na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro *sui generis*, ou seja, sucessor regular (visto que não figura na ordem de vocação hereditária) somente quanto à “meação” do falecido relativa aos bens adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial (DIAS, 2011, p. 166).

Ora, as disposições legais além de injusta e desigual são desumanas com o companheiro supérstite, pois não há qualquer explicação para tal colocação, haja vista que a própria Constituição Federal Brasileira reconheceu a união estável como um modelo de formação família, além de que tipo de arranjo já não mais sofre como inadequado preconceito da sociedade.

6 DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE

Em primeiro lugar, necessário se faz, diferenciar dos institutos o da sucessão e a meação. A meação, pode ser compreendida como um instituto de Direito de Família e refere-se ao regime de bens adotado, ou seja sendo o casamento estabelecido na comunhão (universal ou parcial, ou até mesmo o novo regime da participação final nos aquestos), terá o cônjuge supérstite, por ocasião da morte do consorte, direito à partilha dos bens comuns, adquiridos na constância do casamento.

Já a sucessão, independe do regime de bens adotado. Ela é deferida ao cônjuge por força de seu status de consorte. Na meação, os bens já pertencem ao sobrevivente, embora eventualmente estejam em nome do falecido. Já na sucessão não, os bens pertenciam ao de cujus, sendo-lhe deferida a título de transmissão causa mortis.

A sucessão do cônjuge, sofreu profunda modificação com o advento do Código Civil de 2002, pois no código de 1916 o cônjuge era tratado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária já consagrando um avanço, pois no direito anterior, o cônjuge ocupava o quarto lugar na ordem, após os colaterais, no mais o cônjuge, não estava arrolado entre os herdeiros necessários (art.1.721), assim o de cujus poderia afastá-lo totalmente da sucessão, apenas dispondo de todos os seus bens em favor de terceiros em testamento.

Quando entrou em vigor o código civil de 2002 o direito sucessório relativo ao cônjuge sofreu importantes modificações, a exemplo o fato de ser herdeiro nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, com os descendentes e os ascendentes.

Pela regras da disposição legal no CC/02, o cônjuge passa a herdar juntamente com os descendentes, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, herda o cônjuge se for casado com regime de separação total de bens, participação final nos aquestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens.

Já quando a sucessão do cônjuge se der quando não há descendente e ascendente herdará este a totalidade da herança, independente do regime de bens.

Em se tratando de concorrência com ascendentes, herdará qualquer que seja o regime de bens, sendo que se a concorrência se der com o pai e mãe do falecido, caberá 1/3 da herança para cada um. Se concorrer com o pai ou a mãe, ao cônjuge e ao ascendente caberá 1/2 da herança. Se concorrer com outros ascendentes de grau mais distante, sempre caberá ao cônjuge 1/2 da herança, sendo a outra parte dividida em linha para os ascendentes.

Da sucessão do cônjuge quando há descendentes, depende do regime de bens adotado. Sendo casado sob o regime da separação obrigatória nada herdarão devido à imposição da lei no art.1641 do Código Civil ou no caso da comunhão universal de bens, o cônjuge não herda, pois se presume que a herança é desnecessária, tendo em vista que na qualidade de meeiro detém a metade de todo o patrimônio. No regime da separação consensual de bens, o cônjuge herdarão concorrendo com os herdeiros no patrimônio do De Cujus. No regime da comunhão parcial de bens, tendo em vista que há entendimentos divergentes, em que havendo patrimônio particular o cônjuge herdarão sobre estes e também sobre os quais já era meeiro.

Existe certa divergência doutrinária, quando existem bens particulares, pois na existência desses, o cônjuge é chamado à sucessão indistintamente pela nova lei. Seguindo entendimento mais coerente com o espírito buscado com o código civil, havendo o regime o da comunhão parcial e havendo bens particulares o cônjuge é chamado a concorrer na herança apenas nos bens particulares, ou seja, nos bens em que não for meeiro.

Quando os descendentes são filhos comuns, entre o De Cujus e o cônjuge supérstite ao sobrevivente será reservada a quarta parte da herança. Por exemplo, se tinham cinco filhos, ao cônjuge caberá a quarta parte da herança e o restante será dividido igualmente entre os filhos, por outro lado, sendo os descendentes apenas do autor da herança, ao cônjuge não será reservada parte alguma, sendo dividida a herança igualmente. Por exemplo, havendo seis filhos mais o cônjuge, a cada um deste caberá 1/7 da herança.

7 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Existe no ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade das leis, instrumento que caracteriza-se como um mecanismo de correção, consistindo em um sistema de verificação da conformidade de um ato (lei, decreto) em relação à Constituição da República. Não se admite que um ato, hierarquicamente inferior à Constituição, confronte seu conteúdo, caso em que não haveria harmonia das

próprias normas, gerando insegurança jurídica para os destinatários do sistema jurídico.

Para o bom funcionamento de um sistema jurídico, pressupõe-se sua ordem e unidade. O mecanismo de controle de constitucionalidade procura restabelecer a unidade ameaçada, considerando a supremacia e a rigidez das disposições constitucionais.

O controle de constitucionalidade verifica eventual lesão de direitos fundamentais (constitucionais) ou de outras normas do texto constitucional, objetivando preservar a supremacia constitucional contra atentados vindos do legislador. As normas constitucionais possuem um nível máximo de eficácia, obrigando os atos inferiores a guardar uma relação de compatibilidade com elas. Se não for compatível, o ato será inválido.

O fundamento do controle da constitucionalidade encontra-se na ideia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País. A supremacia decorre da própria rigidez das Constituições. Por exigir a norma constitucional um procedimento especial de alteração mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais, todos os demais atos legislativos e administrativos são hierarquicamente inferiores. O que estiver em desacordo com a Constituição, vértice de todo o sistema jurídico, deve ser declarado inconstitucional.

Existem dois tipos de inconstitucionalidade, a realizada por ação e por omissão, sendo a primeira a produção de atos legislativos ou normativos que contrariem a constituição e a por omissão se dá quando a não elaboração de atos legislativos ou normativos que impossibilitem o cumprimento de preceitos constitucionais. A inconstitucionalidade por ação pode se dar por motivos formais, quando o ato é produzido por autoridade incompetente ou em desacordo com as formalidades legais, como prazos, ritos etc. ou por motivos materiais a quando a produção de atos legislativos ou normativos que desrespeitem o próprio conteúdo das normas constitucionais.

No Brasil o controle da constitucionalidade é exercido por todos os poderes constituídos, que têm o dever de zelar pelo respeito à Constituição.

8 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790

Desde que entrou em vigor o Código Civil de 2002, existem discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a inconstitucionalidade do art. 1790 do CC, conforme abordado durante todo o trabalho, colocando a legislação vigente o companheiro em uma situação degradante e de inferioridade em relação ao cônjuge no que tange à sucessão hereditária, sendo que a própria Constituição Federal de 1988 concedeu proteção jurídica à família constituída através da União Estável, não havendo motivo de não equiparação das duas instituições. Diante desta polêmica os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), consolidaram o entendimento e declararam inconstitucional o artigo 1.790 CC/2002. A decisão foi proferida no julgamento dos referidos recursos eextraordinários (REs) 646721 e 878694.

Segundo vice-presidente da Comissão de Direito das Sucessões, o advogado Flávio Tartuce, a decisão só confirmou a premissa do Ministro Luís Roberto Barroso, a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790, mas a principal questão se o companheiro é ou não herdeiro necessário não foi apontado, pois o julgamento até indica que sim o companheiro é herdeiro necessário, mas não está expresso na tese final. Portanto, isso ainda vai demandar grandes debates na comunidade jurídica.

Todavia apesar de favorável à decisão do STF, alguns pontos precisam ser esclarecidos, pois ainda existe abertura para amplo debate acerca da posição do cônjuge e do companheiro na sucessão, pois em muitos os aspectos o cônjuge tem ainda um tratamento diferenciado do companheiro e o intuito do Estado precisa ser buscar uma sociedade familiar entre homem e mulher cada vez mais igualitária, principalmente em segundas núpcias e em famílias recompostas.

O Código Civil embora tenha entrado em vigor no ano de 2003, ele foi fruto de um debate realizado nos anos 1970 e 1980, anterior a várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente. Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família.

Quando o Código Civil desequipara o casamento e as uniões estáveis, acabou por promover um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não faz. O artigo 1.790 do Código Civil foi considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso, sendo aprovado em sede de repercussão geral, com a seguinte tese: No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil. Garantindo um grande avanço para os assuntos relativos ao direito das sucessões.

9 CONCLUSÃO

Vive-se em uma era em que os indivíduos estão em constante evolução e assim em consequência a sociedade precisa acompanhar as mudanças, em todos os âmbitos. O Direito de Família e o ramo da área jurídica que mais sofre mutações com o tempo, a cada geração, novos modelos de famílias vem sendo criados e todos baseados nos princípios fundamentais que unem as pessoas, o afeto e a lealdade. Ficando a nossa legislação que não acompanha as mudanças, obsoletas para os diversificados casos concretos que aparecem todos os dias nos tribunais,

No que tange ao tema do presente trabalho, o Direito Sucessório, pode-se observar o quanto à legislação civil atual, mostrou-se nesse aspecto extremamente, excludente e injusta com os companheiros. De fato evidente é que a união estável e o casamento são institutos diferentes em sua formação, todavia, o fator em comum é o que levou à gênese de ambos, o objetivo de constituir família e o afeto. É indiscutível o fato de que o legislador, ignorando a proteção constitucional dada ao instituto da União Estável, colocou o companheiro numa situação muito inferior à do cônjuge. Percebe-se que o assunto foi tratado de forma muito superficial, possibilitando assim várias interpretações das legislações existentes sobre o tema.

Outro ponto polêmico é o fato de que, diante da falta de previsão legal para algumas situações, as existentes são precárias e cometem injustiças, ao ponto de privilegiar

longínquos laços de sangue, ao invés de reconhecer os esforços dos companheiros que lutaram juntos para construir um patrimônio.

Destarte, o Código Civil de 2002, não ter observado a vedação ao retrocesso social, pois ao dispor sobre a sucessão dos companheiros deveria ter se baseado não apenas na equiparação dos tipos de família realizada pela constituição de 88, mas também nas leis infraconstitucionais 8.971/94 e 9278/96.

Por sua vez, o constituinte foi sensível e cuidadoso em perceber que a formação familiar estava acontecendo de diversas maneiras e que a sociedade as estava aceitando bem. Por isso, instituiu outras formas de modelos familiares, uma vez que união de duas pessoas com o objetivo de formar família é um fato natural e inerente ao ser humano, sendo que o instituto do casamento civil é apenas uma legitimação imposta do decorrer de um costume social.

A diferenciação de tratamento entre o cônjuge e o companheiro no direito sucessório, possibilitou várias discussões sobre a constitucionalidade ou não do art. 1790 do CC. Sendo que o STF ao ter reconhecido a inconstitucionalidade, abriu uma porta para a modificação da legislação desigual e injusta, a fim de trazer segurança jurídica e colocar a norma dentro dos ditames da Constituição, que muito antes da elaboração do CC de 2002, já fez menção aos tipos de famílias informais que gozam de garantia, estabelecidas em seus termos. Acabando com o entendimento ultrapassado dos tribunais de que a norma não fere os preceitos constitucionais, uma vez que a carta magna não igualou a situação do cônjuge à do companheiro, sendo que alguns entendimentos vão além ao declararem por vezes os companheiros gozam de benefícios que os cônjuges não, todavia como acima mencionado o tema guarda discussões, pois ao igualar as instituições familiares para fins sucessórios não se abrangeu todos os aspectos da demanda.

Mas a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC já é um passo ao cumprindo imprescindível do papel de ressaltar que uma união não deveria ser mais vantajosa que a outra, mas sim igual, haja vista que qualquer arranjo familiar é fundado sobre as mesmas bases. Por isso não devem ser tratados de formas distintas e desiguais ao ponto de um ser considerado melhor que o outro e receber benefícios diferentes

e mais ainda a forma de resguardar o direito sucessório do companheiro que partilhou sua vida com o De Cujus e o ajudou na constituição do patrimônio, sendo injusta a forma também de que parentes em graus mais remotos a exemplo dos colaterais até o quarto grau, serem chamado a herdar na proporção do companheiro, acabando a insegurança jurídica e desproporção entre dois institutos tão similares.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado>. Acesso em: 01 junho 2017.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 junho 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção sinopses jurídicas: direito das sucessões**. vol. 04. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. Vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Programa de direito sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MENEZES, Rafael de. **Direito das sucessões**. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/aulas/direito-das-sucessoes/9>>. Acesso em: 06 junho 2017.

BRASIL. **LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 18 junho 2017.

BRASIL. **LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 20 junho 2017.