

SUCESSÃO CAUSA MORTIS DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE: ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Marcos Aurélio de Oliveira Costa Ferreira¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

A partir de uma pesquisa dogmática da sucessão *causa mortis* do companheiro, realiza-se análise da legislação, no que tange ao reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, bem como a sua posição na linha sucessória. Observam-se diferenças no Código Civil de 2002 apontadas pela doutrina e jurisprudência, as quais visam abrandar o desequilíbrio entre as condições sucessórias na união estável e no casamento. Nota-se flagrante tratamento discriminatório no Direito das Sucessões do companheiro, frisando-se inconstitucionalidade das normas vigentes, com fulcro no Princípio da Igualdade, basilar da Carta Magna de 1988.

Palavras chaves: Direito Civil. Sucessão *causa mortis* do companheiro sobrevivente. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

From a dogmatic about succession research fellow cause of death, carried out analysis of the legislation regarding the recognition of common-law marriage as a family by the Constitution of 1988, as well as its position in the line of succession. Significant differences in the Civil Code of 2002 identified by the doctrine and jurisprudence, which aim to mitigate the imbalance between the stable conditions in succession and marriage. Note to blatant discrimination in inheritance law of the companion, pointing to the unconstitutionality of the current rules, with the core principle of equality, fundamental of the Magna Carta of 1988.

Key words: Civil Law. Succession cause of death of the surviving partner. Unconstitutionality

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.
E-mail: marcosafnatal@hotmail.com.

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.
E-mail: casimioluciana@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011) reconheceu a União Estável como Entidade Familiar. No entanto, o legislador ao tratar sobre o assunto no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) não incluiu o companheiro entre os herdeiros necessários, mas apenas como herdeiro facultativo. Dessa forma, o companheiro sobrevivente está inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, diferentemente do cônjuge que ocupa o terceiro lugar na ordem de recebimento da herança.

A doutrina se manifesta contrariamente à discriminação dada ao convivente, ensejando inúmeros debates a respeito das discrepâncias em relação aos seus direitos sucessórios e aos do cônjuge supérstite.

Seguindo a mesma tendência, a jurisprudência vem se mostrando a favor da igualdade de direito entre o companheiro e o cônjuge à sucessão *causa mortis*.

A jurisprudência, na intenção de minimizar essas diferenças infundadas, vem adotando a aplicação dos princípios constitucionais da igualdade, razoabilidade, da proporcionalidade, bem como o da dignidade da pessoa humana, possibilitando ao companheiro a concorrer com os herdeiros, de maneira mais justa.

Serão abordadas legislações pertinentes a matéria, sendo basilar ao estudo, a Constituição Federal de 1988, por meio artigo 226, § 3º, juntamente com a Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 2011), na qual colocava numa situação similar do cônjuge ao que concerne aos direitos sucessórios; e a Lei nº 8.971/1994 (BRASIL, 2010), reguladora da participação dos companheiros na sucessão do *de cujus* e direito de alimentos. Por último, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2010), será confrontado com as diversas posições doutrinárias e decisões judiciais recentes, indicando a tendência atual de interpretação dos dispositivos legais.

A inconstitucionalidade do tratamento dado ao companheiro e ao cônjuge nas relações que envolvem direitos sucessórios são encontradas no Código Civil vigente, no artigo 1790, objeto central do presente trabalho científico.

2. A FAMÍLIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir da nova Constituição Federal de 1988, o Direito de Família e o Direito das Sucessões passaram a denotar um novo caminho metodológico influenciado pela nova visão constitucionalista, modificando o previsto no Código Civil de 1916, no tocante a entidade familiar, constituída apenas pelo casamento.

Com a promulgação do texto constitucional, por meio de seu artigo 226, a família passou a ser fundada no afeto e no amor, cabendo ao Estado garantir a proteção a essa nova concepção. Nesse passo, o casamento deixa de ser o modelo oficial de família, sendo reconhecidas como núcleo familiar, as famílias monoparentais e a união estável.

Nota-se que, a intenção do aludido artigo foi abranger à proteção estatal em face da entidade familiar, trazendo consigo também a verificação à dignidade humana com o intuito de promover o desenvolvimento dos seus membros. O preceito anterior à Carta Magna tinha apenas o condão de proteger a instituição do matrimônio.

O constitucionalista Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2011) fundamenta:

A proteção da família, baseando-se nos direitos fundamentais e garantias institucionais onde as normas referentes aos direitos fundamentais e às garantias institucionais estreitamente ligadas. Dessa forma, a Constituição ao passo reconhecer o direito de constituir família, e de contrair casamento, garante a proteção ao instituto.

Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2010) ao tratar das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 no que tange aos direitos fundamentais, *compatibiliza Estado Social com o Estado de direito por meio de novas garantias constitucionais, tanto no campo do direito objetivo, bem como, no direito subjetivo.*

Para Maria Berenice Dias (DIAS, 2011), *grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade.*

Mediante essa inovação constitucional, a qual traçou novos modelos de família, tem-se entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um suposto rol taxativo.

Essa tendência é confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual se infere do julgamento do Recurso Especial nº 57.606/MG:³

EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA AO IMÓVEL QUE SERVE DE MORADA AS EMBARGANTES, IRMÃS E SOLTEIRAS ESTENDE-SE A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA A LEI 8.009/90. (STJ. REsp 57.606/MG, 4ª Turma. Rel. Ministro Fontes Alencar, julgamento unânime em 11/04/2005, publicado no DJ em 15/05/1995).

Conforme o entendimento desse Egrégio Tribunal, o imóvel se caracteriza como bem de família, sendo residência familiar formada por irmãs solteiras, algo que não se enquadra em qualquer conceito do artigo 226 do texto constitucional, o que denota que o rol não é fechado/taxativo.

A proposição da Constituição Federal foi reconhecer o dinamismo em que a atual sociedade vive, acolhendo e ampliando o entendimento de núcleo familiar, inclusive, agregando a união estável, possibilitando a sua conversão em casamento.

Paulo Bonavides frisa que em um *Estado social é essencialmente composto por princípios, tais quais: igualdade, liberdade. São todos esses princípios que compõe um eixo que dão sustentação ao Estado democrático contemporâneo*. (BONAVIDES, 2010, p. 346).

A conjuntura do reconhecimento pela Carta Magna foi a de garantir à equiparação aos direitos dos membros dessas entidades familiares, tendo em vista, que os papéis exercidos por cada um têm o mesmo peso, desse modo, merece ser protegidos de maneira igualitária, sob pena de violar o princípio da igualdade, e por seguinte, o da dignidade da pessoa humana.

Nessa concepção, é que a nossa carta política, em seu artigo 5º, prevê o direito à liberdade, mais um princípio constitucional. Portanto, cada pessoa é livre para escolher a, maneira pela qual quer constituir a sua família, não sendo possível restringir o direito de tal escolha.

Destaca, ainda, Paulo Bonavides, que o direito a liberdade, é a base para efetivação do Estado democrático:

Os direitos da primeira geração são os direitos a liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis

³ www.stj.jus.br/consulta/processos – Acesso em 25/11/2011.

e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES, 2010, p. 563).

Na verdade, a intenção do constituinte foi a de impedir que se faça distinção entre os direitos do companheiro e do cônjuge.

Larissa Cavalcanti Cintra, afirma que não há entre entidades familiares qualquer hierarquia, estando o casamento e a união estável em um mesmo patamar jurídico:

Faz-se necessário salientar que não existe hierarquia entre as entidades familiares. Assim, apesar de alguns doutrinadores defenderem que o casamento é hierarquicamente superior que a união estável, tendo em vista a regra da parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, onde o constituinte acrescentou o dever de facilitar a conversão da união estável em casamento. É preciso sublinhar que esta não foi a intenção do constituinte, que, acima de tudo, pretende assegurar a dignidade da pessoa humana. (CINTRA, 2009).

A intenção do legislador foi a de facilitar a conversão da união estável em casamento, uma vez que muitos casais se encontravam ou encontram-se nessa situação informal.

Com o intuito de levar a efeito todos os princípios basilares da Constituição, os autores de uma primeira corrente sobre o assunto, defendem que todo o núcleo familiar deve ser tratado de maneira isonômica.

Desse modo, denota-se a inexistência na localização topológica da matéria no Código Civil de 2002, o qual não disciplinou da mesma maneira as regras sucessórias dos cônjuges e dos companheiros sobreviventes.

3. DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A existência da pessoa natural encerra com a sua morte, nos moldes do artigo 6º do Código Civil⁴. Segundo o mesmo texto normativo, a morte pode ser natural (cessação das atividades cerebrais), bem como presumida (ausência comprovada e atestada por decisão judicial).

⁴ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Destarte, o Direito das Sucessões está intimamente ligado a um elenco de normas e princípios, os quais objetivam disciplinar a transferência do patrimônio do *de cujus* para seus herdeiros, em virtude da lei ou de testamento.

Consoante o Princípio de *Saisine*, a lei considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros.⁵

A sucessão *causa mortis* é aberta no instante da morte do *de cujus*, no qual inicia-se o direito hereditário e opera-se a substituição do falecido por seus sucessores à título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava.

Complementa Larissa Cavalcanti Cintra sobre a importância da matéria para a vida social e de cada indivíduo:

É importante ressaltar que o direito sucessório é um ramo de direito que interessa a todas as pessoas, uma vez que a maioria delas já recebeu ou irá receber, algumas vezes na vida, uma parte de uma herança ou até mesmo transmitir. (CINTRA, 2009, p.369).

O direito sucessório do herdeiro independe de qualquer manifestação da sua parte para que seja transmitida a herança, uma vez que está lhe caberá no momento exato em que se abre a sucessão. *Morto o autor da herança, esta se transfere de pleno direito e imediatamente aos herdeiros legítimos e aos herdeiros instituídos por meio de testamento.* (DIAS, 2011. p. 105).

4. DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE

Em determinada época, anterior ao atual código civil, o cônjuge ocupava o terceiro lugar na ordem hereditária, após os descendentes e ascendentes, ou seja, possuía capacidade sucessória na inexistência de descendentes ou ascendentes, além de manter o status de casado. Desse modo, não elencava o rol dos herdeiros necessários, podendo ser, inclusive, afastado pela via testamentária do recebimento do seu quinhão hereditário.

O Código Civil de 2002 trouxe consigo algumas inovações, dentre elas a elevação do cônjuge na classe dos herdeiros necessários. A partir de então, tornou-se reconhecido como

⁵ Vide artigo 1784 do CC

herdeiro legítimo e necessário⁶. Portanto, o cônjuge só poderá ser afastado da sucessão nos casos de indignidade ou deserdação.

Nesse escólio, lição da doutrinadora Maria Berenice Dias, *sendo assegurados aos herdeiros necessários a legítima, isto é, metade da herança* (DIAS, 2011, p. 133).

Portanto, os herdeiros necessários são aqueles que não podem ser excluídos da sucessão legítima, como regra, por disposição de última vontade do autor da herança.

O rol do artigo 1.829 do CC dispõe taxativamente a ordem preferencial dos herdeiros, situando o cônjuge em terceiro, se receber o patrimônio sozinho, em primeiro lugar, concorrendo com os descendentes e, em segundo, se concorrer com os ascendentes.

O inciso I do prefalado artigo estabelece que a concorrência do cônjuge com os descendentes do *de cujus* ficará condicionada ao regime de bens adotados pelo casal.

Tal inciso estabelece que o cônjuge concorrerá com os descendentes do autor da herança, salvo quando casado sob o regime da comunhão universal de bens ou regime da separação obrigatória de bens, e, quando casado no regime da comunhão parcial o cônjuge falecido não tiver deixado bens particulares.

Giselda Maria Hinoraka (HIRONAKA, 2007) pontifica a importância dada pelo legislador ao reconhecer os direitos sucessórios do cônjuge e convivente: *o legislador parece ter andando bem quando elevou o cônjuge e o companheiro a concorrentes na sucessão dos descendente e ascendentes do de cujus*.

Para o ordenamento brasileiro, a meação não pertence ao direito sucessório, por ser ato inter vivos, existindo determinados bens que são particulares ao autor da herança, isto é, independentemente do regime adotado pelo casamento, não entraram na meação do casal.

Melhor explica Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 138/139) acerca da composição da herança: *excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso*.

Atualmente, por meio do regime de comunhão parcial de bens, o patrimônio adquirido durante a constância do casamento se comunica, salvo os bens particulares - constituição anterior ao matrimônio e os recebidos por doação e herança - consoante artigo 1.658 e seguintes do Código Civil vigente.

Em sendo assim, o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens apenas participará da concorrência quando o falecido tiver bens particulares.

⁶ Vide artigo 1845 do CC

No que tange a quota hereditária, em regra, o cônjuge receberá o mesmo quinhão à dos descendentes que sucedem por cabeça, respeitando-se o limite mínimo de um quarto da herança se o cônjuge tiver filhos comuns com autor da herança. Assim, prescreve o art. 1.832 do Código CC:

Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

No entendimento de Larissa Cavalcanti Cintra (CINTRA, 2009), *percebe-se que o art. 1.832 do CC não prevê a hipótese da concorrência do cônjuge com os filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança.*

No concernente à concorrência do cônjuge supérstite com os ascendentes do *de cujus*, o artigo 1.837 do CC dispõe que caberá ao cônjuge sobrevivente *um terço da herança quando concorrer com ascendentes de primeiro grau e a metade se concorrer com um ascendente ou se o grau deste for maior.*

É importante destacar que, o cônjuge concorre com os ascendentes do falecido qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal. Não há então distinção entre os regimes de casamento, diferentemente no que ocorre na concorrência do cônjuge com os descendentes.

Mais uma vez, frise-se que a divisão da herança, como instituto de direito sucessório, não se confunde com a meação patrimonial, a qual existirá de acordo com o regime de bens.

O artigo 1.838 do CC desenvolve a hipótese do cônjuge como herdeiro da totalidade dos bens. Isso ocorre porque o cônjuge é o terceiro na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III do CC), e a sua posição independe de regime de bens adotado pelo casal. Portanto, não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge receberá a totalidade da herança, seja qual for o regime de bens do casamento.

Nessa linha de pensamento, em hipótese alguma ocorrerá à possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com algum parente colateral.

A lei contempla os parentes colaterais até 4º grau como herdeiros legítimos, mas facultativos (art. 1.829, IV, do CC). Isto significa que na ausência dos herdeiros necessários, inclusive, do cônjuge supérstite, nas condições do artigo 1.830 do CC, poderá ser entregue a herança aos colaterais (art. 1.839, do CC).

Acrescenta-se, que na inexistência dos herdeiros necessários, e na ausência de herdeiros facultativos, caberá ao Estado o direito de propriedade sobre os bens não reivindicados pelos sucessores, mediante declaração de vacância. O Estado não é herdeiro, não compondo a ordem de vocação hereditária, portanto, não se beneficia do princípio de *saisine*, sendo assim, o recolhimento da herança como *res derelicta*.

Disciplina o Código Civil de 2002 a respeito da sucessão do Estado no que tange a herança jacente por meio do artigo 1.844 que dispõe:

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, 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.

O direito real de habitação trata da possibilidade de manter o domicílio conjugal ao cônjuge sobrevivente, de forma gratuita, em um imóvel do acervo patrimonial, seja ele sucessor ou não, diferindo, do Código Civil de 1916, concedendo tal direito se o regime fosse da comunhão universal.

Ademais, o legislador exigiu ao exercício do direito real de habitação do cônjuge supérstite, um único requisito: ter um único imóvel dessa natureza a ser inventariado, não sendo mais necessário o estado de viuvez.

Flávio Tartuce analisando o artigo 1.831, CC, conclui *tratar-se de um direito real de gozo ou fruição vitalício* (TARTUCE, 2010, p. 214).

Por fim, pode-se dizer que o Código Civil de 2002 implantou inovações em relação à sucessão do cônjuge. Como se pode observar: do reconhecimento do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário; da inclusão do cônjuge nas duas primeiras classes de sucessões, possibilitando a concorrência tanto com os descendentes quanto com os ascendentes e excluindo a possibilidade de concorrência com colaterais, e do direito real de habitação desvinculando do regime matrimonial de bens.(Grifei)

5. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO: LEIS Nº 8.971/1994 e 9.278/1996

O legislador infraconstitucional embasando-se por preceito constitucional, contemplou a participação do companheiro na sucessão do *de cujus* inicialmente através da edição de duas diferentes leis: Lei 8.971/94 (BRASIL, 2011) e Lei 9.278/96 (BRASIL, 2011);

regulamentando a união estável, colocando-a em situação parecida ao do cônjuge ao que concerne aos direitos sucessórios.

Através das supramencionadas leis, ocorreu à participação dos companheiros sobreviventes na sucessão do *de cujus*, do direito de alimentos e o usufruto ou direito real de habitação, em analogia ao casamento.

Preceituava o artigo 2º da Lei 8.971/94:

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 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 e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Com o advento da Lei 9.278/96, passou a prever a participação nos direitos sucessórios aos companheiros, no que tange ao direito real de habitação. Prescreve o seu art. 7º, parágrafo único:

Art. 7º (...):

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.

Percebe-se que aos companheiros caberia em usufruto de um quarto dos bens do falecido, caso existisse descendentes. Havendo apenas ascendentes, o companheiro desfrutaria de metade dos bens, contudo, enquanto não constituísse nova união estável ou matrimônio. No entanto, na ausência de ambas as linhas, caberia a ele o direito à totalidade da herança.

De toda forma, esses direitos eram previstos nas legislações citadas, de modo cumulativo, sendo irrelevante qualquer colocação contratual ou testamentária a respeito do patrimônio dos companheiros.

No entendimento da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, os direitos de propriedade foram reconhecidos: *o lapso de esquecimento do legislador de 1994, foi*

suprido apenas em 1996, com a edição da Lei 9.278/1996, não havendo problemas relativos a esses direitos. (HIRONAKA, 2007).

Para ambas as leis, o direito sucessório somente será atribuído ao companheiro (a) de sexo oposto, sendo estes solteiros, ou separados judicialmente, ou divorciado, ou viúvo, vedada a hipótese em que algum dos indivíduos da relação fosse casado.

Entretanto, a Lei nº 9.278/96 possui disposição relativa ao direito real de habitação, pontuando a situação do sobrevivente na união estável.

Sílvio de Salvo Venosa coloca:

É perfeitamente aceitável concluir que o direito de habitação pode também ser deferido ao companheiro sobrevivente, ainda que o falecido tenha morrido casado, mas separado de fato. A lei não restringiu, não podendo a interpretação restringir. (VENOSA, 2005, p. 154).

Desse modo, consiste ao direito real de habitação a situação atribuída unicamente ao imóvel destinado à moradia da entidade familiar, sendo o único bem dessa natureza.

6. DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O grande passo foi dado pela Constituição Federal pátria, ao proclamar o reconhecimento e proteção do Estado da união Estável, em seu artigo 226, § 3º: *para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*

A conceituação de união estável consta do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, sendo *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.*

6.1 Meação e Herança no Direito Sucessório do Companheiro Sobrevivo

Primordialmente, o Novo Código Civil de 2002, por meio do seu artigo 1.725 permite que os companheiros regulem o regime dos seus bens mediante contrato escrito. Apenas na ausência do contrato realizado por ambos os companheiros, a lei regulará as relações patrimoniais por meio do regime parcial de bens.

É assegurado por meio dos incisos do artigo 1.790 do texto civilista, ao convivente sobrevivente a metade dos bens adquiridos onerosamente durante o convívio do casal, ou seja, a metade dos aludidos bens já pertence ao companheiro, mesmo enquanto o outro estiver vivo. Não se trata de sucessão, mas sim de propriedade.

Da mesma forma, trata Sílvia Venosa (2005, p. 156) do direito a meação, dispondo *que o companheiro ou companheira receberá os bens adquiridos onerosamente durante sua vigência, ou seja, durante a persistência do estado de fato de união estável.*

Portanto, esse patrimônio proveniente da relação no período de constância da união estável - metade -, nomina-se de meação.

Com o falecimento do companheiro, abre-se a chamada sucessão. Os bens pertencentes ao falecido são transmitidos aos seus herdeiros pelo princípio de *saisine*. Observa-se que será separada a meação pertencente ao companheiro sobrevivente, posteriormente o patrimônio do *de cujus* irá ser apurado para ser transmitido para os herdeiros.

Nesse ponto, Sílvia Venosa (2005, p. 157) passa a aduzir que *morto um dos conviventes, o sobrevivente terá direito, além da meação, também à porção hereditária.*

Maria Berenice Dias (2011, p. 217) faz distinção a seguinte distinção sobre o assunto: *meação não é herança e meeiro não é herdeiro.*

6.2 Direito de propriedade

O Código Civil de 2002 contemplou o companheiro sobrevivente a ter o direito hereditário sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Esse direito de meação sobre tais bens foi devido à legislação reconhecer o regime de bens ao da comunhão parcial, previsto no art. 1.725 descrevendo que *na união estável, salvo contrato*

escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Nesse ponto de vista, foi um progresso legal, tendo em vista a realidade social no Brasil. Silvio Venosa (2005, p. 158) comenta a respeito dessa evolução trazida pelo Código Civil de 2002: *quanto ao direito hereditário propriamente dito dos companheiros, de acordo com o art. 1.790, a participação do convivente na herança será sob a modalidade de direito de propriedade e não mais como usufruto*

Dessa forma, será assegurado ao companheiro sobrevivente, o direito de propriedade por meio da meação, bem como a concorrer na herança com os descendentes e ascendentes.

Apesar de tal progresso, a situação do companheiro sobrevivente encontra-se em grande desvantagem em relação aos direitos concedidos ao cônjuge sobrevivente.

6.3. Situação do Companheiro na ordem de vocação hereditária

O Código Civil pátrio disciplina por meio do artigo 1.790, como outrora dito, a sucessão do companheiro sobrevivente. O legislador ao dispor sobre a sucessão do companheiro apenas tratou sobre o assunto nesse artigo.

Segundo a doutrina majoritária, o legislador foi muito *a quem*, uma vez que o companheiro da união estável não goza do mesmo privilégio dado ao cônjuge, por não estar enquadrado no rol taxativo dos herdeiros necessários.

Para Maria Berenice Dias (2011, p. 77) os direitos na sucessão *causa mortis* são *discriminatórios e retrógrados, pois o Código Civil fez diferenciação entre o casamento e união estável no que tange a matéria, configurando injustificável retrocesso social e flagrante discriminação entre casamento e união estável.*

Para Flávio Tartuce (2010, p. 222) *o legislador não deu atenção suficiente matéria, ensejando a uma péssima localização, o que reflete a má vontade com que se tratou da sucessão do companheiro.*

No que tange a colocação na vocação hereditária, o companheiro sobrevivente foi inserido em último lugar nessa ordem, diferentemente do cônjuge que ocupa o terceiro lugar.

6.3.1. Concorrência com os descendentes

A concorrência sucessória do companheiro sobrevivente com os descendentes do falecido pode ocorrer, nos moldes legais – interpretação literal - de duas formas: *filiação comum* - falecido e companheiro sobrevivente; *filiação exclusiva*, descendentes apenas do *de cujus*.

Quando ocorrer a concorrência do companheiro no caso de filiação comum, caberá ao companheiro a quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. No caso de concorrência com os descendentes exclusivos, tocará ao companheiro a metade do que caberá ao filho do falecido.

Assim, prescreve o artigo 1.790, I e II do Código Civil de 2002:

Artigo 1790 - 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;

6.3.2. Concorrência com os ascendentes

Na ausência de descendentes, e vivos os ascendente do falecido, ocorrerá à concorrência do companheiro sobrevivente com os ascendentes do *de cujus*.

Segundo o artigo 1.790, III, do Código Civil de 2002 *havendo concorrência com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.*

Nessa hipótese, tocará ao companheiro vivo 1/3 da herança. Entretanto, se apenas um dos genitores do falecido for vivo, caberá a este 2/3.

Portanto, para Maria Berenice Dias (2011, 189) a regra prescrita pelo ordenamento jurídico ao tratar do assunto, *quando o companheiro concorre com os outros herdeiros sucessíveis do falecido, o seu quinhão é sempre igual (1/3), independente do número de ascendentes.*

Caso um dos ascendentes do falecido seja pré-morto, ao sobrevivente caberá dois terços da herança, e apenas ao companheiro, um terço da herança. (GONÇALVES. 2009, p. 176).

6.3.3. Concorrência com os colaterais

Caso o *de cujus* não tenha deixado descendentes nem ascendentes, concorrerá o companheiro sobrevivente com os parentes colaterais sucessíveis no que tange à herança.

Os parentes colaterais sucessíveis são os parentes colaterais de até 4º grau - artigo 1.839 do CC, como ensina Flávio Tartuce (2010, p. 240) : *serão o irmão do morto (parente em 2º graus), o sobrinho e tio do morto (colateral em 3º grau), bem como o tio-avô, e o sobrinho neto e o primo irmão (parentes colaterais em 4º grau).*

Assim, dispõe o artigo 1.790, III do CC, *concorrendo com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.*

Porventura, se não tiver constituição de nenhum patrimônio após o início da união estável, o companheiro não terá direito a meação e nem herança. Colocação apresentada por Maria Helena Diniz:

Se não houver bens comuns amealhados durante a convivência, o companheiro supérstite nada receberá a qualquer título, nem como meeiro, nem como herdeiro, visto que não fará jus a qualquer quinhão hereditário, mesmo que o *de cujus* não tenha descendente ou ascendente, pois sua herança será deferida aos colaterais até o 4º grau. (DINIZ, 2005, p. 142)

A legislação vigente, portanto, permite a concorrência do colateral com o convivente sobrevivente.

6.3.4. Companheiro Sobrevivente x Estado

Na constância da união estável, inexistindo descendentes, ascendentes e/ou colaterais até o 4º grau, os bens particulares deixados pelo falecido, serão considerados parte da herança vacante e atribuídos ao Estado (Município ou Distrito Federal) ao invés do companheiro sobrevivente. Esse entendimento é o defendido por Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka.

Por outro lado, o entendimento adotado majoritariamente, vê que na ausência de descendentes, ascendentes e/ou colaterais até o 4º grau, cabe ao companheiro sobrevivente a totalidade dos bens.

Na visão de Flávio Tartuce, na ausência de descendentes ou ascendentes os bens particulares do falecido devem ficar para o companheiro:

Determina o inc. IV do art. 1.790 do CC que, não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança. Desse modo, se o falecido não deixou descendentes, ascendentes ou colaterias até o 4º grau, o companheiro receberá a herança em sua totalidade. (TARTUCE, 2010, p.214).

Vale salientar que, o companheiro sobrevivente não terá direito a herança, e sim, somente a meação, quando não se encontrar mais em convívio com *de cujus*, estando o seu direito limitado até o momento em que permanece a relação.

Larissa Cavalcanti Cintra (CINTRA, 2009, p. 381) pontua que *até o momento em que se manter a relação o convivente sobrevivente terá direito a sucessão do de cujus, no entanto, ao cessar a relação entre o casal, o convivente terá direito a direito da apenas da meação, pois já estarão separados de fato.*

6.3.5. Direito real de habitação

O direito à moradia está previsto no art. 6º da CF, sendo este um dos direitos fundamentais para a vida, e a dignidade da pessoa humana, tornando-se um direito universal.

Segundo as palavras de Rizzato Nunes (2009, p. 47):

A dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

O Código Civil de 2002, por meio do seu artigo 1.790 não trata em específico a respeito do direito real de habitação, o qual se trata do direito do usufruto a favor do companheiro supérstite do imóvel destinado à residência.

Diante da inexistência de regra no ordenamento jurídico sobre o tema, existem duas correntes a respeito da existência ou não do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

A primeira corrente, minoritária, afirma que foram tacitamente revogadas as Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, em face da inclusão da vigência do Código Civil de 2002.

Seguindo essa posição Carlos Roberto Gonçalves:

Não foi feita nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 2011), nem ai *usufruto vidual*, pelo fato, neste caso, de concorrer na herança, como herdeiro, com os parentes do *de cujus*.(GONÇALVES, 2009, pags. 169/170)

Posiciona-se majoritariamente a segunda corrente, a qual entende que o direito real de habitação dos companheiros sobreviventes continua garantido pela Lei 9.278/96.

Adepto a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 158) posiciona-se pela *manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos*.

Nessa linha de pensamento Maria Helena Diniz (2005, p. 148) expressando-se de maneira mais técnica:

Ao direito real de habitação, temos parece-nos, um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (Lei n. 9.278, art. 7º, parágrafo único) e norma posterior geral (CC, art. 1.831), que, por sua vez, gera antinomia entre critério de especialidade e o cronológico, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Com isso a Lei n. 9.278, seria mais forte, ante o princípio da especialidade. Ante a dúvida, surgirá, então, uma antinomia real de segundo grau ou lacuna de conflito (ausência de critério ou de metacritério normativo), que só poderá ser solucionada pelos critérios apontados pelos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. deveras, num caso extremo de falta de critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa.

Não existe, portanto, nenhum regramento específico do direito de habitação àqueles que vivem em união estável no texto civil

7. ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.

Com o advento da Constituição Federal, por meio do seu artigo 226, § 3º, veio o reconhecimento da união estável como entidade familiar, concedendo à proteção do Estado.

Posteriormente, o ordenamento jurídico foi contemplado com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os quais possibilitaram à participação dos companheiros sobreviventes na sucessão do *de cujus*, além do direito de alimentos. Essas leis propuseram a participação do companheiro supérstite na sucessão do *de cujus*, no seguinte tocante: ao usufruto ou direito real de habitação, em analogia ao casamento.

Com o advento da Lei 9.278/96, passou a prever a participação nos direitos sucessórios aos companheiros, no que tange ao direito real de habitação.

O Código Civil trouxe consigo algumas inovações, e uma delas foram à inserção do cônjuge na classe dos herdeiros necessários. A partir de então, tornou-se reconhecido como herdeiro legítimo e necessário. Portanto, o cônjuge só poderá ser afastado da sucessão caso incorra nos causos de indignidade ou deserdação.

Dispõe o artigo 1.723, do CC, a conceituação de união estável sendo *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*.

Com a vigência do texto civilista, assegurou por meio dos incisos do artigo 1.790, que o convivente sobrevivente possui metade dos bens adquiridos onerosamente durante o convívio do casal.

Apesar de tal progresso trazido pelo Código Civil pátrio, a situação do companheiro sobrevivente se encontra em grande desvantagem em relação aos direitos concedidos ao cônjuge sobrevivente.

Nesse sentido, parte da doutrina concorda com Maria Helena Diniz (2005, p. 146):

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

O primeiro ponto polêmico incide sobre o lugar do companheiro na ordem de vocação hereditária. O companheiro sobrevivente foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária. Diferentemente do cônjuge que ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Dessa forma, fazendo jus a legítima, o que não ocorre na mesma maneira ao companheiro, por ser considerado como herdeiro facultativo.

As decisões judiciais, por sua vez, têm-se posicionado pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e da necessidade de um tratamento isonômico entre união estável e casamento.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Arguição de Inconstitucionalidade em um Recurso Especial assim decidiu⁷:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS.

Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. (STJ – AI em REsp. 1135354/ PB, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento unânime pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, em 24 de maio de 2011).

O segundo ponto a analisar é a concorrência do companheiro supérstite com os ascendentes do *de cujus*. O fato de o art. 1.790, III, do Código Civil de 2002 tratar da concorrência do convivente sobrevivente com os ascendentes do falecido. Descreve tal inciso “*se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Entretanto, se apenas um dos genitores do falecido for vivo, caberá a este 2/3.*”

A regra apresentada por Maria Berenice Dias (2011, p. 189) em relação ao artigo mencionado: *quando o companheiro concorre com os outros herdeiros sucessíveis do falecido, o seu quinhão é sempre igual (1/3), independente do número de ascendentes.*

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 176) o convivente sobrevivente terá desvantagem nessa equação, uma vez que *sendo pré-morto um dos ascendentes, o sobrevivente*

⁷ www.stj.jus.br/consulta processual - Acesso em 25/11/2011.

terá a vantagem de ficar com os dois terços da herança, amalhado o companheiro o terço restante.

Diferentemente, ocorre no caso da concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes do *de cujus*, já que para o primeiro caberá fração igual aos dos genitores do falecido, e na ausência destes, e presentes os avós daquela, tocará ao companheiro metade da herança.

Melhor explica a doutrinadora e jurista Maria Berenice Dias (2011, p. 180):

A regra é: o cônjuge sobrevivente recebe fração igual aos genitores do falecido. Assim, se o que faleceu tinha pai e mãe, a herança é dividida entre todos em partes iguais, cada um recebe um terço. Se o cônjuge ao falecer não tinha nem pai e nem mãe, mas tinha os avós, o viúvo recebe metade e a outra é dividida entre os avós ainda vivos quando morre o neto.

Terceiro ponto a se examinar, caso o *de cujus* não tenha deixado descendentes nem ascendentes, concorrerá o companheiro sobrevivente com os parentes colaterais sucessíveis no recebimento do acervo hereditário.

Entretanto, o Código Civil de 2002, por meio do seu art. 1.845, preconiza a ordem de vocação hereditária, considerando como herdeiros necessários, *os descendentes, os ascendentes e o cônjuge*, diversamente do que se verifica com o companheiro, sendo este o último legitimado ao recebimento da herança, situando-se apenas como herdeiro.

Na opinião de Flávio Tartuce:

Trata-se de um flagrante retrocesso, uma vez que a Lei 8.971/1994 garantia aos companheiros o direito de recolher a totalidade da herança caso o falecido deixasse apenas colaterais (art. 2º III). A norma é injusta sem sombra de dúvidas, e, para alguns, inconstitucional. (TARTUCE, 2010, p. 241).

Destarte, a Lei 8.971/1994 dispõe:

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

(...)

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

A jurisprudência já se manifestou a respeito do assunto. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tratou da matéria da seguinte maneira⁸:

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. (AI n 70017169335, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgamento unânime em 27 de novembro de 2009).

Declara Arnaldo Rizzardo (2008, p. 198):

Desde o momento em que a ordem constitucional tornou reconhecida a união estável como entidade familiar, evidente que o alcance atinge os direitos patrimoniais, incluída neles a sucessão, independentemente de um dos companheiros ter sido ou não casado.

Quarto e último ponto controvertido, o direito real de habitação.

Diante da inexistência de uma regra no ordenamento jurídico, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu por unanimidade em equiparar o direito real de habitação do cônjuge supérstite em relação ao convivente sobrevivente. Dessa forma, por meio do Acórdão REsp. 821.660/ DF⁹:

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente **direito real de habitação** sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.

⁸ www.tjrs.jus.br/Acompanhamento Processual. Acesso em 25/11/2011.

⁹ www.stj.jus.br/consulta processual. Acesso em 25/11/2011.

2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu **direito** equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.

3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao **direito real de habitação**, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.

4.- Recurso Especial improvido. (Grifos acrescentados). (REsp. 821.660 / DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Benetti, julgamento unânime em 14 de junho de 2011 e publicado no DJ em 17 de junho de 2011).

Diante do apresentado, ressoa claras as diferenças existentes entre cônjuge e companheiro nas relações que envolve direito sucessório, cabendo a doutrina e a jurisprudência, solucionar os direitos negados ao último, no que concerne a sucessão do *de cujus*.

CONCLUSÃO

Abordou-se no estudo em tela, a família para a Constituição Federal de 1988, bem como o reconhecimento dado por ela a União Estável como Entidade Familiar. Foi apresentada a sucessão *causa mortis* segundo as normas vigentes, também foram trazidos temas controversos no Direito Sucessório em relação ao convivente sobrevivente, sendo posto as diferenças no tratamento entre o companheiro e no casamento, no que cabe ao direito sucessório. Havendo uma inexistência da localização topológica da matéria, bem como aspectos de inconstitucionalidade no Código Civil de 2002, em relação à sucessão do companheiro sobrevivente.

Dos pontos abordados, o que tange ao lugar do companheiro na ordem de vocação hereditária, além da concorrência com os descendentes, ascendentes e colaterais.

Primeiramente, o companheiro sobrevivente foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária. Diferentemente do cônjuge que ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Em segundo lugar, o que denota é uma verdadeira desvantagem na concorrência do convivente sobrevivente com os descendentes, ascendentes e colaterais. Haja vista, o cônjuge desfruta da sucessão de maneira mais confortável.

No entanto, a jurisprudência vem reconhecendo este direito não contemplado pelo ordenamento vigente, no intuito de minimizar a desigualdade nas condições sucessórias entre união estável e no casamento. Das decisões a mais notável foi a emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Acórdão nº AI no REsp. 1135354 / PB, no qual foi relator o Ministro Luis Felipe Salomão, em maio de 2011, foi a favor da equiparação da união estável ao casamento no que concerne ao direito sucessório.

Por fim, ultimo ponto a apreciar é o direito real de habitação. Diante da inexistência de uma regra no ordenamento jurídico, acarretou o posicionamento de duas correntes a respeito da existência ou não do direito real de habitação ao convivente sobrevivente. Posiciona-se majoritariamente a segunda corrente, a qual entende que o direito real de habitação dos companheiros sobreviventes continua garantido, e juntamente a ela a jurisprudência vem dirimindo a desigualdade criada pela inércia legislativa. Em decisão unânime, emanada do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi relator o Ministro Sidnei Beneti, por meio do Acórdão nº REsp. 821.660 / DF, Terceira Turma, 14 de junho de 2011, decidiu favoravelmente à equiparação do direito real de habitada dado ao cônjuge supérstite, também cabendo ao companheiro sobrevivente.

Pelo apresentado, é notória a desigualdade em que se encontra o companheiro sobrevivente em relação as direitos conquistados no passado e inexistentes na norma vigente atual (CC), deixando o convivente supérstite em posição inferior ao cônjuge, em contraposição ao princípio da igualdade, contemplado no artigo 5º da Carta Magna.

Paulo Bonavides (2010, p. 376) ao tratar dos direitos fundamentais, sendo ele um dos precursores, posicionou-se por um Novo Estado Democrático, *todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.*

Portanto, o legislador ao privilegiar o casamento, passou a prejudicar o instituto da união estável, extraiu a proteção do Estado anteriormente concedida pela CF/88 quando reconheceu a união estável na estrutura da família e, da mesma forma, retirou a proteção posterior dada aos conviventes pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, entendidas como revogadas por serem incompatíveis com a nova lei.

Gomes Canotilho (2011, p. 348) na explanação feita a respeito do princípio da democracia social, refuta ao princípio da igualdade, o qual é imputado ao legislador, o qual é

o responsável em criar condições social *que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos*.

Contudo, apesar das desigualdades trazidas pelo Código Civil de 2002 a doutrina e jurisprudência andam a pari passo, no intuito de abrandar a discriminação a qual foi dada ao companheiro supérstite. Nesse sentido, é mais que lógico a necessidade de equiparação dos direitos da sucessão *causa mortis*, no concerne ao direito assistencial (direito real de habitação), juntamente com o reconhecimento para uma posição mais justa na ordem de vocação hereditária, já que o legislador foi inerte ao tratar de melhor forma a matéria.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 outubro. 2011.

BRASIL. Lei nº 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: 10 novembro. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm. Acesso em: 10 de novembro. 2011.

BRASIL. Lei n.º 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: 20 outubro. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: **DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente **direito real de habitação** sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu **direito** equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo**

1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao **direito real de habitação**, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido. Terceira Turma, (Acórdão nº AI no REsp. 821.600 / DF, Terceira Turma, 14 de junho de 2011 (BRASIL, 2011). Data da Publicação 17/06/2011). **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. xxx, 17 de junho de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. Quarta Turma, (Acórdão nº AI no REsp. 1135354 / PB – Brasília, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta. Data do Julgamento 24/05/2011. Data da Publicação 02/06/2011). **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, p. 1034, 02 de junho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, 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. (Agravado de Instrumento Nº 70027138007 – Porto Alegre, Rel. Des. José Atídes Siqueira Trindade. Oitava Câmara Civil. Data do Julgamento 18/12/2008. Data da Publicação 11/03/2009). **Diário da Justiça**, Porto Alegre, p. 31 11 de março de 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

CINTRA, Larissa Cavalcanti. **A Inconstitucionalidade da sucessão do companheiro no código civil de 2002: Proposta de compatibilidade com a legalidade constitucional** – Leituras complementares de Direito Civil organizado por Cristiano Chaves de Farias. 2. ed. Revista. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**: de acordo com emenda constitucional 66/2010 Lei 12.195/2010. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/sucessoes.dept>. Acesso em: 10 novembro. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. v. 6. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. v. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito das sucessões**. in: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Da sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do cc e suas controvérsias principais**. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos>. Acesso em: 20 outubro. 2011.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIMÃO, José Fernando. **A sucessão dos companheiros**. Disponível em:

http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_sucessao_05.htm. Acesso em: 20 maio. 2011.

_____. **Direito Civil**. v. 4. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

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

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do cc e suas controvérsias principais**. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos>. Acesso em: 20 outubro. 2011.

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. in: SIMÃO, José Fernando. v. 6 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2010.

_____. **STJ Reconhece implicitamente direito real de habitação para o companheiro**. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2011/08/stj-reconhece-implicitamente-direito.html>. Acesso em: 20 outubro. 2011.