

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Djalma da Costa Guimarães¹

Rosângela M. R. M. Mitchell de Moraes²

RESUMO

Neste trabalho pretende-se analisar através do método dialético, a suposta inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil que trata da questão sucessória do companheiro em relação ao cônjuge sobrevivente, por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, investigar se o mesmo fere diretamente preceitos constitucionais, uma vez que a Lei Maior determinou a igual proteção para as entidades familiares, porque não existe hierarquia entre elas, não podendo, dessa maneira, fazer distinção entre as famílias constituídas pelo casamento e as constituídas pela união estável, a qual é assegurada pelo art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. O art. 1.790 além de ser retrógrado e maléfico ao companheiro, não concedeu alguns direitos já adquiridos anteriormente, como o direito real de habitação. Analisar a inconstitucionalidade do artigo bem como o integral cumprimento do que determina o texto constitucional, o qual conferiu à união estável o mesmo *status* do casamento, aplicando-se tal regra no Direito Sucessório.

Palavras-chave: Sucessão do companheiro. União estável. Inconstitucionalidade do Art. 1790 do CC.

ABSTRACT

In this scientific work was analyzed the unconstitutionality of the article 1790 of the Civil Code that deals with the fellow succession subject in relation to the survived spouse in the doctrine and jurisprudence light. The legal thesis defended in analysis of the unconstitutionality of the civilian device was if the highest law determined the equal protection for family entities, because there is no hierarchy between them, could not be, in this way, to do a distinction between families formed by marriage and those formed by common-law marriage, which is ensured by the Article 226, § 3rd of the 1988 Federal Constitution. The article 1790 besides being retrograde and malefic to the fellow, it did not grant any rights already acquired earlier, as the real right of habitation. In this analysis, it remains crystalline that the analyzed device injuries fundamental rights constitutionally guaranteed, as well as is expected the full compliance of what determines the constitutional text, which granted to the common-law marriage the same status of marriage, applying such rule, in the Succession Law.

Keywords: Fellow succession . Common-law marriage. Unconstitutionality of the Article 1790 of the Civil Code.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
E-mail: djcguimaraes@gmail.com.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
E-mail: rosangela.mrm@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

A sucessão dos companheiros apresenta sérias dificuldades em face do tratamento legislativo vigente. O Código Civil de 1916 não tratou do direito sucessório dos companheiros e não reconhecia tal direito e nem mesmo reconhecia as uniões informais como entidades familiares.

Até que a união estável fosse efetivamente reconhecida como forma de constituição de família pela Constituição Federal, foi necessário ocorrer, primeiramente, uma evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, onde várias leis foram elaboradas com o objetivo de possibilitar ao companheiro o recebimento de alguns benefícios.

Contudo, esses benefícios só eram reconhecidos no âmbito do Ramo do Direito das Obrigações. A união informal, nesta época, ainda não tinha proteção do Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a União Estável como Entidade Familiar, deixando de ser considerada sociedade de fato e passando a ter o status de *entidade familiar*. Todavia, o legislador ao tratar sobre o assunto no Código Civil de 2002 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.

Entretanto, apesar do disciplinamento constitucional acerca do reconhecimento da união estável como entidade familiar, igualando-se, inclusive, a proteção e os direitos dos membros de todas as espécies de entidades familiares, o Código Civil de 2002 estabeleceu critérios legais diferentes aos cônjuges e companheiros sobreviventes no âmbito do Direito Sucessório.

Para elaboração deste trabalho serão abordadas legislações relacionadas à matéria, sendo fundamental ao estudo, a Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 226, § 3º, juntamente com a Lei nº 9.278/1996, a qual colocava o companheiro numa situação similar ao cônjuge no que se referia aos direitos sucessórios; e a Lei nº 8.971/1994, reguladora da participação dos companheiros na sucessão do *de cujus* e direito de alimentos. Por último, o Código Civil de 2002, 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 nas relações que envolvem direitos sucessórios, objeto central do presente trabalho científico.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL

Não se pretende com este artigo exaurir o estudo acerca da evolução histórica da união estável, uma vez que não é o objetivo maior deste trabalho. Portanto, é necessário um breve levantamento de seu desenvolvimento, visando uma maior compreensão do instituto.

A união estável entre homem e mulher sempre existiu. A união livre também conhecida como união estável, união informal, casamento de fato, concubinato puro e impuro, não é realidade recente, sempre acompanhou a história da humanidade.

No Brasil somente após a edição do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2012) que foram reconhecidos direitos às uniões matrimoniais e às famílias legítimas. O concubinato era considerado imoral. Tanto que o próprio termo “concubinato” trazia um peso pejorativo, significando “amasiamento”, “estar na cama”, “dividir o leito”, “dormir com”, ou conforme jargão popular caracterizaria a situação de mulher “teúda e manteúda”, “tida e mantida” por um homem (sua amante, amásia, amigada).

Durante muitos anos o direito civil brasileiro considerou o casamento o elemento fundamental para a formação da família, privilegiando sempre a mulher casada. As pessoas casadas não podiam fazer doações, testamentos ou seguro em favor dos concubinos. Tanto assim, que, de acordo com o art. 248, IV, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2012), a mulher casada podia reivindicar os bens comuns doados e anular as doações do cônjuge adúltero.

O art. 1.177 do mesmo Código estabelecia que: *“A doação do cônjuge adúltero ao cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”*.

O legislador demonstra no Código Civil de 1916 (BRASIL, 2012) uma insatisfação muito grande com relação ao concubinato e por outro lado demonstra um zelo e apego pela família legítima. No referido Código, o concubinato é tratado de maneira marginal. É perceptível a atitude hostil para com o concubinato em várias passagens do Código e mesmo no art. 363, inc. I, do Código Civil, ao autorizar os filhos dessa união a reivindicar o reconhecimento da filiação, *“se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai”*. Aparentemente há uma proteção ao concubinato, mas ela é destinada ao filho e não à convivente.

O Código de 1916 (BRASIL, 2012) não tratou do direito sucessório dos companheiros, diferentemente do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2012), como iremos perceber no decorrer deste trabalho.

Foi durante a vigência daquele Código que algumas leis ordinárias passaram a conferir direitos aos companheiros. Para exemplificar podemos citar algumas delas:

a) o Decreto Lei 7.036 (BRASIL, 2012), de 10.11.1944 (Lei de Acidentes do Trabalho), que previa em seu art. 21, parágrafo único, que a companheira mantida pela vítima tinha os mesmos direitos do cônjuge legítimo, na hipótese de ele não existir ou não ter direito ao benefício, desde que haja prova inequívoca dela como beneficiária, ou seja, apontamento na carteira de trabalho ou no livro de registro de empregados;

b) Lei 6.367 (BRASIL, 2012), de 19.10.1976, que tratou do seguro de acidente do trabalho, incluindo a companheira como beneficiária;

c) Lei 4.242 (BRASIL, 2012), de 17.07.1963, que admitiu ao contribuinte, separado judicialmente, desde que isento da obrigação de sustentar a ex-mulher, abater da sua declaração do imposto de renda as despesas dedutíveis havidas com a família de sua concubina, desde que haja convivência por mais de cinco anos, impedimento ao casamento e que ela tenha sido incluída como beneficiária;

d) Lei 4.069 (BRASIL, 2012), de 11.06.1962, que permite aos servidores civil, militar ou autárquico, solteiro, separado judicialmente, ou viúvo, a destinar a pensão a sua concubina, sendo requisito para isso a convivência há mais de cinco anos e que não haja impedimento legal ao casamento. Se o servidor tiver filho capaz de receber benefício, o servidor somente poderá destinar metade da pensão;

Os direitos dos companheiros não eram tratados de forma específica em uma determinada lei. Como visto anteriormente, foram editadas normas extravagantes para reconhecer seus direitos em determinadas situações. Sempre existiu em nosso país a relação entre um homem e uma mulher independente de casamento. Ao término de um relacionamento, ou com o falecimento de um dos conviventes, quando um deles se sentia prejudicado, cabia ao Judiciário resolver o litígio. As decisões judiciais eram fundamentadas com base no direito das obrigações e não no direito de família, visto que essa união era considerada sociedade de fato. Muitas vezes a companheira sobrevivente era indenizada por serviços domésticos prestados, a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

Ou seja, o impedimento ao enriquecimento ilícito servia de principal fundamentação das decisões judiciais o caso de rompimento de uma relação não matrimonial.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 35, com o seguinte teor: *“Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”*. (Essa Súmula foi editada com base no Decreto 2.681/12, art. 22; Lei de Acidente do Trabalho

(Dec.-lei 7.036/44), art. 11, RExt. 47.724, de 26.03.1963; e Agravo 25.051, de 08.08.1961. In: *Súmulas*. São Paulo: AASP, 1994. p.21)

O que se pretendeu, com a Súmula 35, é garantir automaticamente o direito da concubina, cujo companheiro fora vítima de acidente, que apenas não se casara com ele por outros motivos que não fossem impeditivos. Não pretendeu esta Súmula excluir da apreciação do Judiciário os casos em que havia impedimento. (BITTENCOURT, 1969, p. 158)

A jurisprudência, inclusive a do STF, concedeu direito à companheira no que diz respeito a serviços domésticos e partilha de patrimônio adquirido com esforço comum.

Conforme a Súmula 380 do STF, *comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*.

Foi editado duas outras Súmulas pelo Supremo Tribunal Federal: a nº 382, que prevê não ser necessário haver vida em comum sob o mesmo teto, *more uxoria*, para caracterizar o concubinato, e a nº 447, que estabelece a validade de disposição testamentária em favor do filho do testador com a concubina.

Foi a jurisprudência também que estabeleceu diferenças entre concubina e companheira. Concubina era aquela mulher com quem o cônjuge adúltero tinha encontros periódicos fora do lar. Companheira era a mulher com quem o homem separado de fato ou de direito mantinha convivência *more uxória*.

O legislador constituinte, seguindo a evolução da jurisprudência e os direitos concedidos aos companheiros, reconheceu a união estável entre um homem e uma mulher, sem impedimentos para casamento, como entidade familiar. A união estável – nome adotado pelo texto constitucional – foi objeto de atenção na nova Carta Magna de 1988.

A união estável sempre esteve presente em todas as camadas sociais. Seguindo o rumo da doutrina e da jurisprudência, a Constituição Federal de 1988, curvou-se perante a realidade e reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º). Com a promulgação da Constituição Federal, a união estável deixou de ser considerada sociedade de fato e passou a ter o status de *entidade familiar*.

3. A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O ramo do Direito que mais houve transformações com a Constituição Federal de 1988 foi o Direito de Família. Como visto anteriormente, o Código Civil de 1916 somente

admitia como entidade familiar aquela formada através do casamento. Já por outro lado, o art. 226 da Constituição Federal estatui que a família deve ser fundada no afeto e no amor. Com efeito, reconhece a proteção do Estado a outras entidades familiares como a união estável e as famílias monoparentais.

Como já observou Maria Berenice Dias (2005, p. 162), as “*uniões extramatrimoniais merecem tal aceitação social que a Constituição Federal deu uma dimensão à concepção de família ao introduzir um termo generalizante: entidade familiar*”

A entidade formada pela união estável necessita de *afeição familiar*, que significa a vontade de estar ligado a alguém com laços familiares, ou seja, é o próprio objetivo de constituir uma família: “É exatamente essa união que deve ser considerada como entidade familiar da forma como prevista na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012) e na legislação ordinária vigente

Não é todo tipo de relacionamento mantido entre homem e mulher que pode ser considerado entidade familiar, aquela referida no texto constitucional é a formada pelo casal com o ânimo de constituir família.

A entidade formada pela união estável necessita de afeição familiar, que significa a vontade de estar ligado a alguém com laços familiares, ou seja, é o próprio objetivo de constituir uma família. É exatamente essa união que deve ser considerada como entidade familiar da forma como prevista na Constituição Federal de 1988 e na legislação vigente. (FREIRE, 2009. p. 64)

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 2012), no tocante à família, era extremamente individualista e patrimonialista. Não se pensava nos sentimentos, no afeto.

Desta forma, convém destacar o ensinamento de Maria Berenice Dias

Pensar em família traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje todos já estão acostumados com famílias que distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que a mesma se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. (DIAS, 2005. p. 37)

É fácil perceber que, com o art. 226, foi alterado o principal objeto de proteção do Estado em relação à família. Anteriormente, visava-se proteger a instituição do matrimônio, apenas, como unidade de produção e reprodução. Com a Constituição, a proteção dada pelo estado foi voltada para o desenvolvimento dos seus membros, procurando sempre a proteção

da sua dignidade. Agora o que importa não é a religião, o patrimônio, mas principalmente o sentimento. Foi desta maneira, portanto, que a união estável passou a ser protegida pelo Direito de Família.

Quem fez uma melhor explicação desse fenômeno foi Gustavo Tepedino:

Entendendo que o conceito de família foi amplamente alterado, deixando de ser uma aglutinação de pais e filhos fundada no casamento para passar a ser conceito flexível tendo como mira a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (TEPEDINO, 2004, p. 398)

Dessa forma podemos perceber que a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo familiar e econômico e de reprodução, e passou a ser o espaço do amor, do companheirismo e do afeto, todos os elementos da organização jurídica da família ficaram profundamente alterados.

Nessa mesma linha de entendimento, a doutrinadora Maria Berenice Dias ressalta que:

Agora, o que identifica a família não é a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando compromissos mútuos. Cada vez mais, a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. As famílias de hoje já não se condicionam aos paradigmas originários, quais sejam, **casamento, sexo e procriação**. (DIAS, 2005, p. 39)

A ampliação das entidades familiares está intimamente ligada a especial proteção do Estado, para que assim se possa, efetivamente, promover a dignidade da pessoa humana.

Como pode ser visto através do entendimento do doutrinador Gustavo Tepedino:

[...] a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1^a, III, da Constituição Federal da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. (TEPEDINO, 2004. p.372)

Com o mesmo pensamento, Rodrigo da Cunha Pereira salienta que:

“o princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição da família”. (PEREIRA, 2005. p. 58)

Para que a união estável fosse reconhecida como entidade familiar pela atual Constituição Federal, foi necessária, anteriormente, uma grande evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa como visto anteriormente no item 2 deste artigo

Antes da Constituição Federal de 1988, a união estável fazia parte do Ramo do Direito das Obrigações e passou a ser tutelada pelo Direito de Família.

Um outro ponto de suma importância é que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, previu o direito à liberdade, que é mais um princípio constitucional. Portanto, cada pessoa é livre para escolher a maneira pela qual constitui a sua família, não sendo possível restringir os direitos em virtude de tal escolha. Merece destaque, assim, o comentário de Paulo Luiz Netto Lôbo:

[...] além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não podendo o legislador definir qual a melhor e mais adequada. (LÔBO, 2004. p.5)

Larissa Cavalcanti Cintra, afirma que não há entre as 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).

O doutrinador Gustavo Tepedino acrescenta que o constituinte com a regra do art. 226 não quis criar famílias de primeira e segunda classe já que estabeleceu apenas diversas modalidades de entidades familiares em igualdade de situação. Salientou que “*não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra [...]*”. (TEPEDINO, 2004. p. 405)

Larissa Cavalcanti Cintra, afirma que não há entre as entidades familiares qualquer hierarquia, devendo todas elas serem tratadas da mesma forma, sem distinção:

Nessa ordem de idéias, é possível afirmar que não há hierarquia axiológica no art. 226 da Constituição Federal, devendo todas as entidades familiares serem tratadas de maneira isonômica, pois a nossa Carta Magna previu proteção igualitária para todas elas. Porém, como será demonstrado, o Código Civil de 2002 não disciplinou na mesma maneira a regra sucessória dos cônjuges e dos companheiros, beneficiando em várias hipóteses o casamento, razão pela qual o art. 1790 do Código Civil é viciado de inconstitucionalidade (CINTRA, 2009)

Houve necessidade de regulamentação da união estável, o que ocorreu com a edição da Lei 8.971 (BRASIL, 2012), de 29.12.2004, que tratou dos direitos dos companheiros no tocante a alimentos e à sucessão, e da Lei 9.278 (BRASIL, 2012), de 10.05.1996, que regulamentou a união estável.

4. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NAS LEGISLAÇÕES ANTERIORES: LEI Nº 8.971/94 E LEI Nº 9.278/96

A sucessão se rege pela lei em vigor na data do óbito e a sucessão dos companheiros evidencia nitidamente a longa evolução social e legislativa sobre o tema.

Há muito tempo a sociedade reivindicava o reconhecimento das uniões estáveis principalmente num país onde o casamento era indissolúvel, até o advento da Lei 6.515/77, admitindo a dissolução do matrimônio também pelo divórcio.

Depois, com a atual Constituição da República, as uniões estáveis foram elevadas ao patamar de entidade familiar, bem como a decorrente do casamento e a monoparental, constituída por um dos genitores e sua prole.

O grande passo foi dado, mas os direitos sucessórios, entre outros, dos companheiros pendiam de legislação ordinária. A Lei 8.971 (BRASIL, 2012), de 29 de dezembro de 1994, tratou do direito aos alimentos e sucessão dos companheiros e da partilha de bens.

O art. 1º, parágrafo único, da lei em questão, definiu união estável como sendo a união de um homem e uma mulher, solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que convivam há mais de cinco anos, ou tenham filhos, mantendo uma única família. Com base nesse conceito, podemos perceber que os companheiros tinham que agir com lealdade, não podendo manter uma outra família.

No campo sucessório, o art. 2º da Lei 8.971/94 contemplou a participação do companheiro supérstite na sucessão do *de cujus* nas seguintes condições:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do 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 e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

A Lei 8.971/94 (BRASIL, 2012) mesmo não tendo a intenção de igualar a união estável ao casamento, em matéria sucessória, buscou proteger o companheiro, dando-lhe direitos semelhantes àqueles conferidos às pessoas casadas.

Depois de um pequeno período de dois anos, a Lei 9.278 (BRASIL, 2012) de 10 de maio de 1996, estabelece, no parágrafo único do artigo 7º, o direito real de habitação para os companheiros

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.

No caso de morte de um dos conviventes, enquanto o sobrevivente viver e não constituir nova união ou casamento, estará assegurado o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Esse direito, de caráter vitalício, visa garantir a permanência da família no imóvel destinado à residência familiar.

Inácio de Carvalho Neto sustenta que o direito real de habitação instituído pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 (BRASIL, 2012), dava ao companheiro condições muito parecidas com as do cônjuge, configurando igualdade de tratamento entre ambos, em termo de direito sucessório. (CARVALHO NETO, 2007. p. 179)

Maria Helena Diniz esclarece que por força do art. 7º, parágrafo único da referida lei, combinado com o seu art. 5º, o convivente sobrevivente terá direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, e onde morava com o falecido, enquanto viver e não constituir nova união ou casamento, “*em decorrência do direito de condomínio, pois, em regra, tal imóvel advém de fruto de trabalho conjunto, tendo adquirido onerosamente na constância da união*” (DINIZ, 2007. p. 392)

Assim, os direitos sucessórios dos companheiros se resumiam ao usufruto de um quarto dos bens do *de cujus*, se houvesse descendentes; ao usufruto de metade dos bens, se houvesse apenas ascendentes isso enquanto não constituísse nova união estável ou casamento; na ausência de descendentes e ascendentes teria direito à totalidade da herança; e, em qualquer dos casos, teria o direito real de habitação referente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto permanecesse viúvo.

Com base em tudo que foi comentado sobre as leis 8.971/94 e 9.278/96, é bom observar que a Lei 9.278/96 não revogou expressamente a Lei 8.971/94. É certo que alguns artigos entraram em conflito, o que caracteriza a revogação tácita dos artigos. No entanto, os artigos que não foram atingidos pela nova lei continuam em vigor: *“somente houve derrogação da Lei 8.971/94, porque revogada em parte, naquilo que se tornou incompatível com os termos da Lei 9.278/96”* (OLIVEIRA, 2003, p. 98)

Do exposto, pode-se afirmar que a lei de 1996 não revogou totalmente a lei de 1994. Houve revogação parcial, no que diz respeito aos alimentos, na medida em que o art. 7º da Lei 9.278/96 estabeleceu a obrigação de prestação de alimentos entre os companheiros, uma vez demonstrada culpa no rompimento da união. Assim, se o companheiro inocente necessitar de alimentos, o culpado deverá pagá-los. Sob a égide da Lei 8.971/94, decorridos cinco anos de convivência ou havendo prole, os alimentos eram devidos no caso de término da união estável, enquanto não houvesse constituição de uma nova união e desde que provasse a necessidade.

No campo sucessório, por não haver previsão contrária e nem sido revogado expressamente, permanece em vigor o disposto no art. 2º, incs. I e II, da lei de 1994, que trata do usufruto em favor do sobrevivente. Igualmente, permanece vigente a regra estabelecida no inciso III, ou seja, o sobrevivente herda a totalidade da herança na falta de herdeiros necessários.

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

A Constituição de 1988, deu um grande passo ao declarar em seu art. 226, § 3º, que: *“Para efeito de 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”*

O Código Civil de 2002 em seu art. 1.723 repete o dispositivo constitucional ao dispor que *é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher,*

configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

5.1 MEAÇÃO E HERANÇA NO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVO

Há de se diferenciar o direito à herança do direito de meação, que dependerá do regime de bens adotado pelos companheiros, e é pertencente ao direito de família e não, ao direito sucessório.

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 da comunhão parcial de bens.

O companheiro já é dono de sua parte ideal antes mesmo da abertura da sucessão, ou seja, ao convivente é assegurado a metade dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, mesmo enquanto o outro estiver vivo. Nesse caso a regra a ser aplicada refere-se ao direito de família e não ao direito das sucessões.

A meação não guarda relação com direito sucessório. A meação é derivada de um vínculo patrimonial, estabelecido por lei ou convenção entre as partes. Já a sucessão hereditária tem origem na morte, podendo ser legítima ou por disposição testamentária ou por disposição de última vontade do *de cujus*.

Nesse sentido a lição de Zeno Veloso:

Não se pode confundir meação com direito hereditário. A meação decorre de uma relação patrimonial – condomínio, comunhão – existente em vida dos interessados, e é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. A sucessão hereditária tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme as previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do hereditando (sucessão testamentária).

[...] Se os bens são comuns, o companheiro sobrevivente tem direito à meação. Mas este direito não tem origem na morte do outro convivente. O meeiro já é dono de sua parte ideal antes da abertura da sucessão, por outro título. Trata-se de situação que decorre do Direito de Família, não do Direito das Sucessões. A meação do falecido é que vai ser objeto da sucessão, juntamente com outros bens, de propriedade exclusiva, se houver. (VELOSO, 2006, p. 243)

No caso de dissolução da união estável, há de se respeitar a meação dos conviventes com a partilha dos bens, pois esse direito não se confunde com o direito sucessório, devendo ser respeitado no caso de dissolução da união estável.

Deste modo a herança, excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos forem os herdeiros, cônjuge, dependendo do regime patrimonial, e companheiro, o regime adotado.

5.2 DIREITO DE PROPRIEDADE

O Código Civil de 1916 não continha dispositivo de direito sucessório relativamente às uniões estáveis. 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 deveu-se à legislação reconhecer o regime de bens ao da comunhão parcial, previsto no art. 1.725 descrevendo que “*o direito sucessório do companheiro refere-se aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, uma vez que nesse relacionamento o regime de bens equivale ao da comunhão parcial de bens, salvo se contrato escrito*”.

O contrato escrito, entretanto, não muda a regra sucessória prevista no art. 1.790, conforme entendimento de Silvio de Salvo Venosa. O autor sustenta que deveria o legislador ter previsto essa hipótese. Não o fez, contudo. Diante da omissão da lei, deve ser aplicado o disposto no art. 1.790 à sucessão dos companheiros, independentemente das regras de divisão patrimonial adotadas pelos conviventes.

Nesse ponto de vista, houve 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 maneira, será garantido ao companheiro sobrevivente, o direito de propriedade por meio da meação, bem como em concorrer na herança com os descendentes e ascendentes do *de cujus*.

Mesmo com toda essa evolução, a situação do companheiro sobrevivente ainda encontra-se com imensa desvantagem em relação aos direitos concedidos ao cônjuge sobrevivente, conforme se demonstrará a seguir:

5.3. SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O Código Civil de 2002 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.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que o art. 1.790 é inconstitucional, eis que não deu lugar à proteção fundada na união estável. Sustenta o autor que o referido dispositivo:

“É inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, caput e § 3º da Constituição Federal), ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros”. (2003, p. 46)

Argumenta ainda o autor Zeno Veloso (2001, p. 249) é necessária a reforma do Código Civil, pois “*fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais*”, uma vez que trata de forma diferenciada a união estável, mesmo contando com a proteção do Estado.

Maria Berenice Dias, por sua vez, é contundente ao afirmar que:

O legislador, desgraçadamente, cometeu inconstitucionalidade, ao tratar de maneira desigual as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, ferindo o princípio da isonomia. A não inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários, a exemplo do cônjuge, causa retrocesso odioso, se verificada a legislação anterior que regulava o direito sucessório do convivente. (2011, p. 440)

Aldamiro Rezende Dantas Júnior argumenta que o art. 1.790 se afigura gritantemente inconstitucional.

No que se refere à colocação na vocação hereditária, o companheiro sobrevivente foi inserido em último lugar nessa ordem, diferentemente do cônjuge que ocupa o terceiro lugar. (2005, p. 138)

5.3.1. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

Na concorrência sucessória do companheiro com filhos comuns, o companheiro terá direito a uma parte ideal da herança, na mesma proporção daquela cabível ao(s) filho(s) (CC, art. 1.790, I). Por outro lado, havendo filhos só do autor da herança, o companheiro terá direito à metade do que couber a cada um deles (CC, art. 1.790, II). E no caso de filiação

híbrida? Como partilhar os bens? Como fica resolvida a situação, porém, se o companheiro sobrevivente concorrer simultaneamente, com descendentes comuns e descendentes exclusivos do falecido? A lei é omissa, e é por isso que alguns autores opinaram que não há fórmula matemática ou jurídica que consiga conciliar ou compor, satisfatoriamente, os incisos I e II do art. 1790, até porque uma leitura constitucional é indispensável, e o princípio da igualdade entre os filhos não admite que eles recebam quotas hereditárias diferente.

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;

5.3.2. 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*.

Diz o inciso III do art. 1.790 que, *se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança*. Trata-se de uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Ademais, se o companheiro ou companheira concorre só com pai ou só com mãe do *de cujus* ou com ascendentes de maior grau (avós, bisavós etc.) recebe apenas 1/3, enquanto, se casado fosse, receberia metade da herança.

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).

5.3.3. CONCORRÊNCIA COM OS COLATERAIS

Pelo Código Civil em vigor, os companheiros passaram a concorrer com os parentes colaterais do falecido, o que não ocorria sob a égide das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Isso acarreta prejuízos ao companheiro sobrevivente, na medida em que somente sucederá sozinho na ausência de parentes colaterais.

Não se justifica a posição adotada pelo legislador do Código Civil de 2002 em privilegiar parentes colaterais de até 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos netos), em detrimento do companheiro sobrevivente. Muitas vezes esses parentes raramente mantiveram contato com o falecido, enquanto o companheiro sobrevivente esteve ligado com ele pelo vínculo do amor, do companheirismo, da afetividade. No entanto, esse companheiro só vai herdar na falta de descendentes, ascendentes ou colaterais de até 4º grau.

Oportunas são as palavras de Zeno Veloso com relação à participação da herança dos parentes colaterais de quarto grau:

Neste tempo em que vivemos, a concepção de família está se contraindo para compreender, praticamente, o homem, a mulher e os filhos, vivendo no lar conjugal ou no lar doméstico. A família, hoje, é muito diferente da família patriarcal. É menor, menos hierarquizada. Fala-se em família nuclear, na qual predominam os laços da afetividade e os princípios da liberdade e igualdade. O legislador não pode dar as costas para esse fato social.

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais não de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do **de cujus**. Temos de convir: isso é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do **caput** do art. 1.790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo **de cujus**, mas apenas o que foi adquirido na constância da união estável e a título oneroso.

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esse extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável a família conjugal) do hereditando? (VELOSO, 2006, pags. 248-249)

A divisão da herança estabelecida no inc. III também é questionada por Euclides Benedito de Oliveira, (2003, p. 173) ao afirmar que houve evidente retrocesso no critério do sistema protetivo da união estável, na medida em que, sob a égide da Lei 8.971/94, o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. Na mesma hipótese de concorrência, porém envolvendo o cônjuge, este receberá a totalidade da herança na falta de descendentes ou de ascendentes (CC, art. 1.829, III, c.c. o art. 8.838).

Por sua vez, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2007, p. 221) argumentam a concorrência sucessória do companheiro com colaterais de até quarto grau implica retrocesso,

já que a Lei 8.971/94 assegurava ao companheiro o direito de recolher a totalidade da herança, na hipótese de o falecido ter deixado apenas colaterais (art. 2º, III)

Não havendo parentes sucessíveis, vale dizer, descendentes, ascendentes, ou colaterais até o quarto grau, terá o companheiro direito à totalidade da herança. Entende-se por totalidade da herança, os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, não abrangendo os bens particulares do *de cujus*, nem aqueles recebidos a título gratuito ou por doações. Nada receberá o companheiro sobrevivente se o falecido só tiver deixado bens adquiridos anteriormente ao início da união estável, ou se seu patrimônio era formado por bens recebidos por doação ou herança. Ocorrendo essa situação, o companheiro nada herdará, indo o patrimônio do *de cujus* para os colaterais.

5.3.4. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE X ESTADO

Caso o falecido tenha deixado apenas bens particulares pela interpretação literal do caput do art. 1.790, o convivente vivo nada herdará, passando os bens ao domínio do Poder Público.

De acordo com o Código Civil em vigor, o companheiro não terá nenhuma participação na herança relativa aos bens particulares do falecido, ou seja, adquiridos antes da união estável ou havidos graciosamente pelo autor da herança.

Na hipótese de o falecido ter deixado apenas bens particulares adquiridos anteriormente à constituição da união estável, ou havidos por doação ou herança, o companheiro nada herdará, mesmo que não haja descendentes, ascendentes e/ou colaterais até 4º grau. Nesse caso a herança irá para o Município, Distrito Federal ou União (CC, art. 1.844).

Não tendo o companheiro falecido deixado testamento com relação aos seus bens particulares, e não havendo nenhum outro parente sucessível, permanecendo tão-somente o companheiro, o Poder Público herdará os bens do finado, não na qualidade de herdeiro, mas na de sucessor. Embora prevista na lei, essa situação é injusta, pois o companheiro vivo não sucederá, o que o tornará desamparado.

Podemos perceber com facilidade a desvantagem do companheiro em relação ao cônjuge, pois, enquanto aquele herdará apenas os bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável, este terá participação sucessória referente aos bens particulares do autor da herança, dependendo do regime de bens adotados (CC, art. 1.829, I).

5.3.5. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O Código Civil de 2002 silenciou quanto ao direito real de habitação dos companheiros, surgindo a divergência se eles continuam a ter este direito ou se o perderam, como analisa Silvio Rodrigues (2002, p. 119), apontando a divergência:

Porém, como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, foi previsto em lei especial (Lei nº 9.278/96, art. 7º, parágrafo único), e como esse benefício não é incompatível com qualquer outro artigo do novo Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste. Em contrapartida, poderá surgir opinião afirmando que o aludido art. 7º parágrafo único da Lei nº 9.278/96 foi revogado pelo Código Civil, por ter este, no art. 1.790, regulado inteiramente a sucessão entre companheiros, e, portanto, não houve omissão quanto ao aludido direito real de habitação, mas silêncio eloquente do legislador.

A corrente mais justa, com certeza, sustenta que os companheiros continuam a ter este direito real sobre a coisa alheia. A finalidade do instituto é protetiva, em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Visa-se amparar o sobrevivente, reservando-se um teto à pessoa que convivia com o autor da herança até o último de seus dias. Como não há incompatibilidade entre o Código Civil atual e a Lei especial, o direito deve ser conferido aos companheiros à semelhança da sucessão do cônjuge. Nesta esteira de pensamento: Enunciado 117 da 1ª Jornada do Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogado a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da Constituição Federal”.

Não tendo havido revogação expressa da lei, defendem a manutenção do dispositivo Eduardo de Oliveira LEITE (2003, p. 228) Silvio VENOSA (2006, p. 153), Maria Helena DINIZ (2002, p. 110) e Giselda HIRONAKA (2004, p. 506).

Este direito de habitação do sobrevivente não está condicionado à sua exclusão da propriedade na sucessão legítima. Herdando ou não a propriedade dos bens, destina-se o direito real de habitação à(ao) companheira(a) supérstite, dentro das exigências legais do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.872/96, ou seja, existir apenas um único imóvel de natureza residencial a ser inventariado, residindo a família no bem à época da morte, á semelhança do direito real de habitação conferido ao cônjuge.

Outra corrente defende que o Código vigente expressamente concedeu este direito para os cônjuges, independentemente do regime e de sua participação na herança. E como não

disciplinou o direito real de habitação para os companheiros, não pode o intérprete concedê-lo, inclusive porque a lei geral regulou a matéria sucessória na sua plenitude, prevalecendo a mais recente. Não quisesse o legislador regular a sucessão dos companheiros, teria se omitido em todos os aspectos.

Concluimos que a corrente majoritária é a primeira, a qual entende que o direito real de habitação dos companheiros sobreviventes continua garantido pela Lei 9.278/96.

Não existe, portanto, nenhum ordenamento específico do direito real de habitação àqueles que vivem em união estável no Código Civil.

6. A INCONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DADO AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.

A Constituição Federal de 1988, por meio do seu artigo 226, § 3º, elevou a união estável entre o homem e a mulher ao status de família, dispondo em seu § 3º, *"que é reconhecida união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento"*. Já o § 4º mesmo artigo reza que *"Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes"*. É a denominada família monoparental.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro foi contemplado com a edição das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Esta regulamentou a questão dos alimentos devidos à companheira ou companheiro, bem assim a questão sucessória. Já aquela estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre os conviventes, impondo, ainda, o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, levando em conta, sobretudo, o comprometimento emocional e amoroso que se manteve naquele lar, as lembranças e toda a história de convivência familiar.

A sucessão do companheiro sofreu profundas alterações no novo Código. Algumas positivas, justamente as que seguiram a linha da sucessão do cônjuge; outras, todavia, extremamente negativas, verdadeiros retrocessos na sucessão do companheiro.

A primeira crítica a se fazer ao novo Código é o tratamento distinto da matéria. Não havia razão para diferenciar cônjuge e companheiro em matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente.

Em outras palavras, se por um lado a lei ordinária não pode tratar a união estável de forma mais favorável que o casamento, por outro, também não pode tratá-la de modo tão desfavorável que a transforme em uma família de segunda categoria. (CINTRA, p. 349)

Outra crítica que se pode fazer é quanto ao local em que a matéria foi tratada (art. 1.790), no Capítulo I (Disposições gerais) do Título I (Da sucessão em geral), fora, portanto, do Capítulo referente à ordem de vocação hereditária (Capítulo I do Título II), e, sobretudo distante da sucessão do cônjuge, simplesmente acrescentando a referência ao companheiro nos artigos 1.829 a 1.932 e 1.836 a 1.839.

A ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 do Código Civil é taxativa, não se estendendo em benefício do companheiro. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, o companheiro sobrevivente não foi alçado à categoria de herdeiro necessário. Em razão disso, verifica-se que o Código Civil de 2002 tratou de maneira diferenciada cônjuge e convivente, de modo que este não goza dos mesmos benefícios sucessórios previstas para aquele.

A desigualdade sucessória do companheiro em relação ao cônjuge supérstite é notada por Maria Helena Diniz (2005, p. 146) ao afirmar que:

“A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem”.

Como já foi afirmado anteriormente, a Constituição Federal considera a união estável como entidade familiar. Consequentemente, o cônjuge não podia ter tratamento privilegiado, visto que a disciplina legal da união estável é tutelar, sendo certo que essa forma de família é muito comum em nosso País, presenciada em todas as classes sociais, em especial as que abrangem as pessoas mais simples.

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 atual Código Civil, o mesmo garantiu por meio dos incisos do artigo 1.790, que o companheiro sobrevivente possui metade dos bens adquiridos onerosamente durante o convívio do casal. Lembrando que a expressão onerosamente está relacionada a esforço comum.

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

Primeiro ponto polêmico a ser destacado é o que se refere ao lugar do companheiro na ordem de vocação hereditária. O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Diferentemente do companheiro sobrevivente que foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária. O cônjuge sobrevivente faz jus a legítima, o que não ocorre da mesma forma 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 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio de Embargos Infringentes assim decidiu:

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL. Tendo a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, equiparado a união estável ao casamento, o disposto no art. 1.790, III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resguardados na Carta Constitucional, razão para ser negado vigência ao disposto legal. À união estável são garantidos os mesmos direitos inerentes ao casamento, efeito que se estende ao plano sucessório, mormente no caso em exame onde autora e de cujus viveram *more uxorio* por três décadas, obtendo o reconhecimento judicial desta união como estável aos fins da C.F. Inexistindo descendentes e ascendentes, é da companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança, excluindo-se os parentes colaterais. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. SUSCITADO INCIDENTE DE RESERVA DE PLENÁRIO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70027265545, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/07/2009)

Segundo ponto polêmico é o tratado no inciso III do art. 1.790 que, se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Trata-se, portanto, de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, como também, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Neste inciso o companheiro é preterido pelos colaterais, o que é um grande absurdo. Ademais, se o companheiro ou a companheira concorre só com pai ou só com mãe do *de cujus* ou com

ascendentes de maior grau (avós, bisavós etc.) recebe apenas um terço, enquanto, se casada fosse, receberia metade da herança.

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

O cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes do *de cujus* de maneira diferente, já que para o primeiro caberá fração igual aos dos genitores do falecido, e na ausência destes, e presentes os avós daquele, tocará ao companheiro metade da herança.

Vejamos a explicação da doutrinadora 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.

Na forma do disposto no art. 1.845 do Código Civil, são herdeiros necessários os descendentes e ascendentes, em ordem infinita, ou seja, todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserção. O cônjuge também faz parte desse rol, o que não acontece com o companheiro.

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).

Assim, 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 maneira:

Ementa: APELAÇÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para cogitar em direito sucessórios dos parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1996, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista neste diploma legal, mesmo que fosse esta a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70015433758, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/10/2006) Publicação: Diário da Justiça do dia 16/10/2006

Quarto e último ponto polêmico: direito real de habitação, o qual vem sendo enfrentado pelo judiciário.

Quanto ao direito real de habitação, em analogia com a situação garantida ao cônjuge, informa a doutrina a possibilidade de se entender que o artigo 7º, parágrafo único, da lei 9.278/96 não fora revogado pelo novo Código Civil, persistindo assim o direito real de habitação do companheiro.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontram-se vários julgados sobre a matéria. Entre eles:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. IMÓVEL QUE NÃO É EXCLUSIVAMENTE DO AUTOR DA HERANÇA. RECUSA DOS HERDEIROS, FILHOS APENAS DO FALECIDO, AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA COMPANHEIRA. PRECEDENTES DO STJ . 1. Tanto o art. 1.831 do

Código Civil como o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 (que regulamentou a união estável e continua em vigor, no ponto) contém requisitos objetivos bem claros para a concessão do direito real de habitação, isto é, que o imóvel a ser gravado tenha sido aquele destinado à residência da família e que seja o único daquela natureza a inventariar (no caso, o art. 1.831 do CCB). 2. Em nenhuma destas duas normas legais há exigência ou ressalva quanto a ser o bem sobre o qual recairá o direito real de habitação de propriedade única e exclusiva do autor da herança. Os termos da legislação bem atendem a finalidade protetiva desta figura jurídica, assegurando o pleno direito de moradia no imóvel em que a cônjuge ou companheira habitava com o "de cujus". NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047245014, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/04/2012) **Publicação:** Diário da Justiça do dia 24/04/2012

O Código Civil consagrou um retrocesso inaceitável ao direito sucessório dos companheiros, além de uma infeliz distinção em relação ao direito dos cônjuges. É necessário suprimir a distinção, igualando, nesta matéria, cônjuge e companheiro, já que nada justifica a diferença de tratamento.

7. CONCLUSÃO

O emprego do artigo 1.790 do Código Civil na sucessão do companheiro na união estável tem sido causador de grandes debates doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que o mesmo estabelece tratamento diferenciado no Direito Sucessório dos companheiros x cônjuges, em desacordo com a norma constitucional vigente.

O novo Código consagrou um retrocesso inaceitável ao direito sucessório dos companheiros, além de uma infeliz distinção em relação ao direito dos cônjuges. Urge suprimir a distinção, igualando, nesta matéria, cônjuge e companheiro, já que nada justifica a diferença de tratamento.

O cônjuge sobrevivente, na maioria dos casos, é mais beneficiado do que o companheiro, partindo-se da premissa de que eles estão em um mesmo *status familiar*, gerando, portanto, a inconstitucionalidade do premencionado artigo.

Apresenta-se como primeiro ponto incongruente no Código Civil o que considera o cônjuge como herdeiro necessário e não trata o companheiro de igual maneira, ainda que sob o mandamento constitucional. O companheiro não tem assegurada sua fração ideal mínima correspondente a um quarto do patrimônio deixado pelo falecido, quando concorre com filhos comuns, diferentemente do que ocorre com o cônjuge.

Já a segunda controvérsia é aquela em que o companheiro sobrevivente apenas participará da sucessão referente aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, sendo atribuídos aos demais herdeiros os bens que o falecido já possuía antes de ser iniciada a comunhão de vida entre ambos.

Terceiro item controverso é o que trata da concorrência com descendentes, ascendentes e parentes colaterais: o cônjuge recebe, no mínimo, quota igual à dos filhos, enquanto o companheiro poderá receber a metade da quota destinada ao filho ou mesmo a metade da destinada ao neto; o cônjuge recebe o mesmo que os ascendentes de primeiro grau e mais do que os de grau superior, enquanto o companheiro poderá receber menos do que os ascendentes; a presença do cônjuge afasta a sucessão pelo colateral, enquanto o companheiro deve dividir a herança com o colateral, podendo até mesmo receber menos do que este. Desta forma percebe-se que em todas as situações o quinhão destinado ao companheiro é menor do que o que caberia ao cônjuge.

E o último tópico discriminatório, versa sobre o direito real de habitação, o qual o Código Civil é simplesmente omissivo em relação ao companheiro, embora o conceda expressamente ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens do casamento e independentemente de eventual direito a quinhão hereditário – artigo 1830 do CC.

Desta forma, podemos perceber com base em tudo que foi demonstrado, que o companheiro sobrevivente se encontra em posição de inferioridade em relação ao cônjuge supérstite. O legislador ao privilegiar o casamento, acabou por prejudicar o instituto da união estável, tendo retirado uma proteção anteriormente concedida aos conviventes pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, as quais são consideradas como revogadas por serem incompatíveis com a nova lei.

Percebe-se inúmeras críticas por parte da doutrina e da jurisprudência no tratamento dispensado ao companheiro no art. 1.790 do Código Civil, pois o mesmo viola o princípio constitucional da igualdade, da dignidade humana e da solidariedade que devem ser observados no regime que disciplina o direito das sucessões.

Desta forma, nada seria mais justo do que declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que viola a igualdade entre as diversas espécies de famílias, devendo em seu lugar ser aplicadas, às sucessões *causa mortis* pelo companheiro, as disposições legais contidas nos artigos 1.829 e seguintes, considerando-se, de forma extensiva, que o legislador se referiu ao cônjuge, na realidade, pretendeu abranger o cônjuge e o companheiro.

Enquanto o STF não declara a *inconstitucionalidade do art. 1.790* do Código Civil, caberá ao Poder Judiciário e aos advogados que trabalham nessa área, observando o caso em concreto, interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal, minimizando, portanto, os prejuízos, porventura, suportados pelos conviventes em se tratando de relação jurídica sucessória.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Edgard de Moura, **O Concubinato no direito**, 2. Ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969. V. 1

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: 13 de abril de 2012.

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: 13 de abril de 2012.

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: 10 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35 de 13 de dezembro de 1963. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=35.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380 de 03 abril de 1964. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 382 de 03 de abril de 1964. A vida em comum sob o mesmo teto "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=382.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 447 de 01 de outubro de 1964. É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=447.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70027265545. Órgão Julgador: Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Disponível: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%20do+Rio+Grande+do+Sul

[E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70027265545&num_processo=70027265545&codEmenta=3592914&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70027265545&num_processo=70027265545&codEmenta=3592914&temIntTeor=true) Julgado em 10/07/2009. Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70015433758. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em 05/10/2006. Disponível: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70015433758&num_processo=70015433758&codEmenta=1606897&temIntTeor=true Publicação: Diário da Justiça do dia 16/10/2006. Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70047245014. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70047245014&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anul%29&requiredfields=&as_q=

Julgado em 19/04/2012. Publicação: Diário da Justiça do dia 24/04/2012. Acesso em: 15 de maio de 2012.

CAHALI, Francisco José. Família e Sucessões no Código Civil de 2002 – II Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método. Coleção Prof. Rubens Limongi França, 2007

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

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista brasileira de direito de família**. IOB Thompson. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, a. VII. N. 29, p. 138, abr/mai 2005

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Filhos, bens e amor não combinam! **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

_____. **Manual das Sucessões**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22 Ed., ver. E atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência Sucessória na União Estável**. Curitiba: Juruá, 2009

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: PARA Além do Numerus Clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6. ed. Atual e ampl. São Paulo: Método, 2003.

_____. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Prefácio*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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: 15 de abril de 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**: 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o nosso Código Civil**. 4. ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.