

O TRATAMENTO LEGAL DIFERENCIADO IMPOSTO AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE PELO PROCESSO SUCESSÓRIO

José Soares de Miranda Neto¹

Marcelo Henrique de Sousa Torres²

RESUMO

Analisa-se o processo sucessório do companheiro, mais precisamente no âmbito da união estável através de pesquisa na dogmática doutrinária do direito civil brasileiro junto a um breve exame histórico. Levando em conta a diferença perpetrada pelo legislador nacional consoante a sucessão *causa mortis* do companheiro na união estável. Evidencia-se a problemática onde brotam litígios pela herança, o que contraria princípios constitucionais causando também uma insegurança jurídica e uma polêmica social no que concerne ao processo sucessório pelo companheiro.

Palavras-Chave: Direito Civil. Sucessão *causa mortis*. União estável. Processo sucessório diferenciado.

ABSTRACT

Analyzes the succession process fellow, more precisely in the context of stable union by searching the dogmatic doctrine of the Brazilian civil law along with a brief historical examination. Taking into account of any difference perpetrated by the national legislator according to the succession bane of companion in a stable union. Highlights the problems, which arise disputes by inheritance, which contradicts constitutional principles also causing legal uncertainty and a social controversy regarding the succession process by partners.

Keywords: Civil law. Succession *causa mortis*. Stable union. Differentiated succession process.

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNIRN. E-mail: zezinho_94@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNIRN. E-mail: marcelotorres@oab-rn.org.br

1 INTRODUÇÃO

A união estável é basicamente a união de dois indivíduos que não tem impedimentos para o casamento de modo, duradouro e público que não atende as formalidades para o casamento, tendo origem no concubinato romano.

Assim, o concubinato surgiu em Roma quando patrícios e plebeus impedidos de casar se uniram como concubinos, aonde existia a coabitação e resultando desta união o nascimento dos filhos. Nesta época a concubina era o mesmo de mulher devassa, prostituta, ou qualquer sinônimo que tratava essas mulheres com desrespeito e humilhação.

No Brasil, visando proteger a família oriunda do casamento, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 2000) impôs uma série de proibições, entre elas estão: sobre a discriminação em relação aos filhos “bastardos”, ou seja, aqueles oriundos de fora do casamento, o chamado filho adulterino ou ilegítimo, posteriormente sendo revogado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O texto constitucional igualou também a relação dos companheiros, ou seja, equiparou o instituto da união estável ao casamento, observando que ambas as relações constituem vínculos afetivos e sociais que fazem parte da família, sendo essa nivelação possível graças ao princípio da igualdade, garantido expressamente na carta magna.

Como se sabe, a união estável é a cada dia mais usual a cada dia na atual sociedade tendo sua origem desde as civilizações antigas, é aí que entra o conflito da questão, pois a legislação civil brasileira acompanhou lentamente o desenvolvimento da sociedade atual, tendo um avanço após a constituição de 1988, com as leis 8.971/94³ e 9.278/96⁴, que foram revogadas

³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm

⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm

com o novo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2013), atrasando assim a legislação civilista brasileira sobre esse importante tema.

Até a proclamação da carta magna de 1988 (BRASIL), os conflitos inerentes à família natural sobre o direito patrimonial eram resolvidos através da súmula 380 do STF.

Por tanto, se deve analisar como incide os direitos sucessórios na instituição familiar formada pela união estável e como são resguardados os direitos patrimoniais, bem como se há a conflito entre a prole e o companheiro, quando acontece a sucessão.

O direito tem como função social normatizar a sociedade para a prevenção de conflitos e promover o bem comum. Sendo este, a ordenação do que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma forma de harmonizar a sociedade, no entanto, o direito não é capaz de prever todas as situações.

Há uma discriminação no tratamento recebido pelo companheiro em relação ao cônjuge, evidenciada através da legislação que disciplina o direito sucessório por meio dos seguintes temas: a posição do cônjuge e do companheiro na linha sucessória e o quinhão que cabe a cada um.

As situações da partilha ocorrem em nítida diferenciação para aquele que não constitui uma relação matrimonial, ou seja, serão apresentadas, as formas de distribuição de herança em do companheiro, demonstrando a clara desvantagem em relação ao cônjuge.

Assim, partindo da perspectiva adotada pela questão discutida neste trabalho, surgem os seguintes problemas: Qual a posição do companheiro supérstite na ordem de vocação hereditária? Como se dar a concorrência do companheiro supérstite no processo sucessório? O problema poderá apresentar Insegurança, pois existem princípios e interpretações diversas.

2 A EQUIPARAÇÃO DA PROLE NA ÉGIDE CONSTITUCIONAL

O concubinato nasceu no direito romano, baseado na união de um homem e uma mulher informalmente. Como por exemplo, a relação concubinária na época entre um político e uma atriz era normalmente aceita. No entanto, com a nova era constitucional a prole resultante da união estável foi equiparada a prole do matrimônio.

Sobre o aspecto da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, § 6º (BRASIL) e tendo a mesma redação o Código Civil (BRASIL) a luz do artigo 1.596, onde a expressão de filho adulterino foi removida do texto e os filhos provenientes de relação extraconjugal ou união estável passaram a ter os mesmos direitos dos filhos nascidos na constância do casamento, atendendo o princípio da igualdade entre os filhos, conforme observamos no texto constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Além da mudança da nomenclatura, a constituição cidadã trouxe também, junto com o Código Civil de 2002 (BRASIL) a equiparação da prole havida fora do matrimônio, na conjuntura do processo sucessório, não fazendo qualquer distinção em relação à herança dos ascendentes, nesse sentido vejamos o artigo 1.596 do Código Civil (BRASIL) é claro:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Anteriormente, tanto a sociedade quanto a legislação não reconheciam o filho “bastardo”, ou seja, o filho havido fora do casamento era excluído não só da sociedade, como também da família e conseqüentemente do processo sucessório, pois a legislação não reconhecia esse direito de herança.

3 DO CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

Através de uma análise breve do Código Civil (BRASIL), entende-se que o casamento é o instituto civil pelo qual, atendida às exigências e solenidades legais, estabelece a união de vida e a constituição familiar, a partir da igualdade de direitos e deveres, entre os cônjuges e os tornando responsáveis pelos encargos da família, ou seja, pode-se dizer que o casamento consiste na entidade familiar constituída com base no atendimento das solenidades legais.

Seguindo o entendimento de letrada autora Maria Helena Diniz (2010, p.1.051) acerca do casamento:

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família.

O conceito de união estável é a união de duas pessoas com objetivo de convivência mútua, com certa estabilidade, além de sinais claros de

instituição familiar sendo visivelmente conceituado pelo legislador no artigo 1.723, *caput*, do Código Civil (BRASIL) que aduz o seguinte:

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

O instituto da união estável esteve por muito tempo atrelado ao concubinato, sendo muitas vezes confundidos, entretanto são diferentes, pois a união estável é composta por entes que não têm impedimentos para o casamento, sendo facilitada a conversão da união estável em casamento facilitada pela legislação, conforme proclama o artigo 1.726 do Código Civil:

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

A qualidade de companheiro é caracterizada pelo estabelecimento de uma relação pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, já o concubinato é constituído por pessoas impedidas para casar conforme vejamos os artigos 1.521 e 1.727 do Código Civil (BRASIL):

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Já o artigo 1.727 preconiza:

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

A união estável surgiu e cada vez mais ganha espaço na sociedade, onde o legislador procrastinou para que o direito acompanhasse essa evolução social, pois antes, não se reconhecia essa instituição como família, nem muito menos havia regulamentação da sucessão desse tipo de relação como existe hoje, no entanto, a regulamentação atual dar um tratamento muito diferenciado ao companheiro, em relação ao cônjuge.

4 DA SUCESSÃO CAUSA MORTIS

Segundo o Código Civil (BRASIL) existem dois tipos de sucessões: a legítima e a testamentária. Sendo a sucessão legítima é a decorrente de Lei, que obedece a ordem de vocação hereditária legal. Vejamos o que pronuncia

de acordo com o artigo 1829 do Código Civil (BRASIL) acerca da sucessão legítima:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

No tocante à sucessão testamentária, é a que surge de atos de última vontade, praticados pelo *de cujus*, para que valham depois de sua morte ocorrendo geralmente por meio de testamentos e codicilos.

A Lei autoriza também que o autor da herança possa dispor de parte do seu patrimônio, ou seja, a parte disponível através de testamento, sem prejudicar os herdeiros sucessórios estabelecidos na ordem da vocação hereditária (Sucessão legítima), portanto deve ser observado o disposto no artigo 1.857 *caput* e § 1º do Código Civil (BRASIL), que enuncia o seguinte:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

Com advento da Constituição Federal de 1988 foi reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, cabendo o Estado a sua proteção. Após a carta magna de 1988, foram criadas as leis 8.971/94 e 9.278/96 com objetivo de regular direitos inerentes a União Estável, sendo o direito do companheiro após o surgimento das leis infraconstitucionais, era quase proporcional em relação aos direitos dos cônjuges.

Na lei 8.971/94, o companheiro sobrevivente era o 3ª na ordem de vocação hereditária especial, com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL) a supracitada legislação foi revogada e o direito sucessório dos companheiros, passou a ser tratado no artigo 1.790 e incisos do Código Civil (BRASIL), ocorrendo retrocesso dos direitos dos companheiros.

A abertura da Sucessão ocorre com a morte do titular do direito, que transmite, imediata e automaticamente, seus bens aos herdeiros sendo local onde se abre a Sucessão no lugar do último domicílio do falecido, sendo também competente o foro dos bens, caso o *de cujus* não tenha domicílio certo, conforme pronuncia o artigo 96 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013):

Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Parágrafo único. É, porém, competente o foro:

I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;

II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.

5 DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

Na atual conjuntura de sociedade, a instituição familiar sofreu uma grande evolução tendo diversos são os exemplos cotidianos, devido a uma alta porcentagem de pessoas optou pela união estável, devido à facilidade e por tal instituto ter sido reconhecido pela constituição Federal de 1988 (BRASIL).

A doutrina distingue a união estável do concubinato e a legislação assegura direitos ao companheiro como a meação patrimonial, o direito aos alimentos e o direito sucessório, sendo a união estável caracterizada pela constituição de uma entidade familiar contínua e notória, estando compostas por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas.

Nesse sentido, fica clara a diferenciação para o concubinato, tendo em vista este instituto é constituído por pessoas que tem impedimentos para o casamento, portanto não constituindo entidade familiar, sendo aplicada a súmula 380 do STF.⁵

Como o regime legal e automático do casamento na legislação civilista é o regime da comunhão parcial de bens, o artigo 1.725 do Código Civil (BRASIL) trata a meação patrimonial do companheiro, anunciada da seguinte forma: *"Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens"*.

No Código Civil (BRASIL) o direito de sucessão da união estável é tratado no polêmico artigo 1.790 tendo como primeira polêmica, o problema referente aos bens adquiridos pelo companheiro a título gratuito, ou seja, sem onerosidade, havendo questionamento se esses bens devem ser destinados ao companheiro ou ao Estado, assim vejamos como a legislação privada trata o tema:

⁵ *"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". (DJ de 12/05/1964, p. 1277.).*

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

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

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

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

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

Além disso, o companheiro é herdeiro legítimo, porém, o legislador usou a expressão participará da sucessão, ao invés de herdeiro, para classificar o companheiro ou companheira quanto ao direito de sucessão, como se houvesse alguma diferença entre herdeiro e mero participante da herança, fazendo uma discriminação entre os conviventes da união estável e as pessoas conviventes do casamento, nesse sentido explica o catedrático autor Flávio Tartuce (2014, p.257): *“Nota-se, claramente, que a intenção do legislador foi diferenciar o tratamento sucessório do convivente em relação ao cônjuge, pelas diferenças existentes entre as duas entidades familiares em questão.”*

Nesse sentido, observamos os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2013, p. 76):

O Código Civil promoveu o cônjuge a condição de herdeiro necessário (CC 1.845), mas o companheiro, não, O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O

seu direito é garantido. Faz jus à legítima, ou seja, à metade do acervo que integra a herança. Assim, quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes. O companheiro da união estável não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário (CC 1.790).

Em relação aos bens adquiridos gratuitamente, o questionamento ocorre devido ao fato do companheiro só ter a qualidade de herdeiro no regime da comunhão parcial, face o caput do artigo 1.790, portanto os bens não onerosos estão fora do alcance do companheiro, havendo o questionamento se esses bens devem ser dedicados ao estado, sendo o entendimento majoritário que não deve haver concorrência entre o companheiro e o estado.

Portanto a doutrina entende que deve ser feito o controle difuso de constitucionalidade em relação a essa concorrência do companheiro com o estado, devendo ser dividido esses bens não onerosos entre estado e companheiro.

5.1 Do Direito Real de Habitação

Outro tema controvertido na sucessão do companheiro sobrevivente é o Direito Real de Habitação, pois o artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL) menciona apenas o cônjuge, nesse sentido vejamos o que profere a legislação privada:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da

família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

O texto civilista é infeliz nesse artigo, devido ao fato de fazer menção apenas ao cônjuge, gerando uma divergência doutrinária, para uma vertente minoritária o companheiro não tem o direito real de habitação, justamente a esse silêncio do legislador na grafia do artigo supramencionado.

No entendimento de Maria Berenice Dias (2013, p. 79) sobre o direito real de habitação do companheiro:

O Código civil garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação independente do regime de bens do casamento (CC 1.831). Porém, olvidou-se de reconhecer o mesmo benefício ao companheiro sobrevivente. O cochilo da lei, no entanto, não permite afastar o direito do companheiro de permanecer na posse do bem que servia de residência para à família.

Ocorre que a lei nº 9.278/96⁶, garantia expressamente o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, entretanto causa essa discussão doutrinária apenas por uma questão de retrocesso na legislação, pois a supracitada lei foi revogada expressamente pelo Código Civil (BRASIL).

Em seu artigo 7º a lei nº 9.278/96 aduzia o seguinte:

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.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm

No entanto a doutrina majoritária pensa de forma contrária, prevalecendo o entendimento que o companheiro tem sim o direito real de habitação, conforme o Enunciado 117 CJP/STJ⁷, da *I jornada de Direito Civil*, com o seguinte texto:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo caput do art. 6º da CF/88.

Nesse sentido, ocorrerá uma interpretação extensiva do dispositivo supracitado, respeitando a regra contida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal (BRASIL) que reconhece a união estável como entidade familiar, como também adotando a teoria do patrimônio mínimo.

Não é diferente o modo de interpretar da jurisprudência dominante, havendo uma pluralidade de julgados favorecendo o companheiro em relação ao direito real de habitação, nessa conjuntura vejamos a ementa do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. SUCESSAO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel.Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia

⁷ Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69

constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). **3.** A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei [9.278/96](#) nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade.

4. Recurso improvido. (STJ, REsp 1.212.121/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 18.12.2013).

Nesse mesmo sentido também decide o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POSTMORTEM. MANUTENÇÃO DO MARCO INICIAL DELIMITADO NA ORIGEM. RECONHECIMENTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO EM FAVOR DA CONVIVENTE SOBREVIVENTE. INVIABILIDADE, NO CASO. **1.** O conjunto probatório carreado aos autos não autoriza o reconhecimento de que o relacionamento mantido pela autora e o de cujus assumiu os contornos de uma entidade familiar no ano de 2007, devendo ser mantido o marco inicial reconhecido na origem. **2.** Inviável, no caso, o reconhecimento do direito real de habitação em favor da companheira sobrevivente, pois o imóvel que servia de residência ao casal não pertencia exclusivamente ao companheiro falecido, não sendo viável privar os demais coproprietários (que não são partes) da fruição dos atributos ínsitos à propriedade. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70056268550, 8ª Câmara Cível, TJRS,

Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14/11/2013, DJE 10.12.2013)

Apesar de está respaldado pela constituição, há limites para o direito real de habitação, que só poderá ser exercido em imóvel formal, no qual a há a propriedade, bem como, tiver sido o último domicílio conjugal, exercer a posse direta e tendo como única finalidade amparar o companheiro.

5.2 Da Concorrência do Companheiro Com os Descendentes

Expressamente o inciso I do artigo 1.790, não deixa dúvidas quanto ao direito do companheiro e dos filhos em comum, assim todo o patrimônio adquirido na constância da união estável adquirido a título oneroso passará para a concorrência entre companheiro e filhos.

Nesse sentido, o direito sucessório do companheiro é resguardado através da meação e da herança do companheiro sobrevivente, onde ambos os institutos serão retirados dos bens comuns, ou seja, é retirada a meação do companheiro e posteriormente a herança devida da sua parte, sendo a herança dividida em partes iguais entre companheiro e os filhos comuns, ficando os bens particulares regulados pela sucessão legítima.

Embora o inciso I do artigo 1.790 ser claro ao grafar “*filhos comuns*”, deve ser feita a interpretação extensiva, pois o legislador se refere aos descendentes, tendo em vista os equívocos que podem derivar da interpretação restritiva.

Na melhor doutrina, Silvio de Salvo Venosa (2005, p.159) leciona que:

“(...) se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualitariamente, incluindo o companheiro ou a companheira. Essa conclusão defluiu da junção dos dois incisos, pois não

há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei”.

O inciso II do artigo 1.790, que trata dos filhos exclusivos do autor da herança o companheiro terá direito a meação dos bens comuns, mais uma cota da herança, equivalente a metade da cota dos filhos do autor da herança, ou seja, ocorrerá uma proporção de duas cotas dos filhos uma cota do companheiro.

O legislador previu nos incisos I e II do Código Civil (BRASIL), a existência de filhos comuns, bem como de filhos exclusivos, no entanto deixou uma lacuna ao não dizer nada sobre eventual prole híbrida, quando existem filhos comuns e exclusivos.

Deste modo, por se tratar de uma lacuna na legislação civilista, a doutrina e jurisprudência são relativamente pacíficas com relação à aplicabilidade do inciso I do artigo 1.790, por situação análoga ao artigo 1.832 do Código Civil onde o cônjuge e os descendentes recebem uma cota igual, por tanto, nesse caso todos os sucessores recebem por direito próprio e por cabeça.

5.2 Da Concorrência Com Outros Parentes Sucessíveis

Seguindo a análise de outro ponto de controvérsia do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL), desta vez sob a ótica do inciso III, que trata sobre a sucessão do companheiro em concorrência com “*outros parentes sucessíveis*”, ou seja, os ascendentes e colaterais, sendo destinado um terço da herança ao companheiro e dois terços aos parentes restantes, nesse sentido, vejamos o que elucida o artigo 1837 do Código Civil (BRASIL): “*Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um*

terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Conforme está previsto no artigo 1.837 do Código Civil (BRASIL) o cônjuge tem direito a um terço da herança, enquanto dois terços serão necessariamente distribuídos aos ascendentes, ficando com a metade apenas se só houver um dos genitores ficando evidente que o casamento garante ao sobrevivente uma cota quase sempre maior do que aquela assegurada na situação de união estável.

No tocante a análise do artigo 1.790, III há a hipótese de concorrência entre o cônjuge e o companheiro, desde que o cônjuge seja reconhecido com herdeiro na hipótese do artigo 1.830 da codificação privada.

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Entende-se que o desejo do legislador ao fixar a cota de um terço ao companheiro, é para que este não se encontre em posição superior ao cônjuge, de acordo com supracitado artigo 1.837 do Código Civil (BRASIL).

Nesse diapasão, o colateral também se enquadra dentro dos “*outros parentes sucessíveis*”, o que é absurdo, partindo do pressuposto que o companheiro ajudou na construção do patrimônio e cuidou do *de cujus* nos seus últimos dias.

Nessa conjuntura, numa situação hipotética onde o colateral do autor da herança seja o único “parente sucessível”, onde às vezes ele nem conhece o primo ou sobrinho, por exemplo, enquanto sua companheira ajudou e cuidou do falecido até seus últimos dias.

Na mesma esteira, Maria Berenice Dias (2013) indica a aplicação através da jurisprudência no sentido das regras do artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL), em aplicação à equiparação constitucional do status do companheiro ao do cônjuge:

Como o tratamento outorgado à união estável não pode ser mais perverso do que o imposto ao casamento, além de flagrantemente inconstitucional, o jeito é deferir o direito de concorrência sobre a totalidade do acervo sucessório. Esse entendimento é o que melhor atende ao princípio da solidariedade. No entanto, a solução que minimamente atende o (ou ao) elementar princípio ético é simplesmente abandonar este dispositivo legal e aplicar a união estável as regras que regem o direito de concorrência no casamento, apesar de sua regulamentação também deixar muito a desejar.

Nesse caso, a herança não será justa, tendo em vista que a companheira receberá apenas um terço e o colateral do hereditando receberá dois terços, além do patrimônio particular, quando em nada contribuiu para a construção do patrimônio do mesmo.

O inciso IV do aludido artigo 1.790, é que prever o caso em que companheiro herde isoladamente todo o patrimônio adquirido na constância da união estável, sendo inserido em último lugar, caracterizando a desigualdade em relação ao cônjuge, bem como o tratamento diferenciado dado pelo legislador que desejava “proteger” os outros entes da vocação sucessória.

A “concorrência” entre o estado e o companheiro é outro ponto negado pela doutrina majoritária, pois além da sucessão do companheiro ser diferenciada, tendo em vista seu desprestígio no processo sucessório, ainda vai concorrer com estado que nada contribuiu para construção do patrimônio.

Nesse sentido, determina o inciso IV do artigo 1.790 da legislação privada que não havendo mais parentes sucessíveis, o companheiro ficara com a totalidade da herança, no entanto cabe o questionamento: o companheiro teria direito apenas aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, ou sobre todo o acervo hereditário deixado pelo finado, incluindo os particulares?

Se for feita a interpretação do inciso IV for a literal do caput do artigo apenas os bens adquiridos a título oneroso seriam herdados pelo companheiro, sendo os bens particulares destinados ao Estado.

Entretanto, se a interpretação adotada para o aludido inciso for sistemática, de acordo com o disposto no Código Civil e na Constituição, o companheiro terá direito a todos os bens do finado, independente de título de aquisição.

Ocorre que por falta de interesse do estado nos bens da herança, há um certo abandono dos bens herdados e, portanto, a herança deveria ser transmitida ao companheiro sobrevivente na integralidade.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 162) doutrina:

“O Estado recolhe a herança, mas não tem a saisine. Por essa razão o atual Código não coloca na ordem de vocação hereditária. Só com a sentença de vacância, como vimos, é que os bens se incorporam ao Estado. Discute-se, por isso, sua condição de herdeiro. Não tendo as condições de herdeiro, não lhe é dado repudiar a herança. Pode, no entanto, o Estado ser instituído legatário ou herdeiro testamentário, mas não é essa a situação tratada”.

Ocorre que, se não houver nenhum parente sucessível, inclusive o companheiro, os bens serão destinados ao município, ao Distrito Federal e a União de acordo com o artigo 1.844 do Código Civil (BRASIL).

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.

6 DA INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DECLARADA DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Considerando que Constituição (BRASIL) é baseada em princípios no qual norteiam todo o sistema jurídico, assim estando no topo do sistema normativo brasileiro, nesse sentido vejamos o ensinamento de Miguel Reale (2001, p.30):

“Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano”.

A Carta Constitucional de 1988 (BRASIL) trouxe inovações para o Direito Civil, principalmente para a seara do Direito de Família, pois como o texto constitucional passou a influenciar várias vertentes do Direito brasileiro, assim após ele que houve a constitucionalização da área civilista.

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL) concede a proteção do Estado à união estável em seu artigo 226, § 3º, assim, o artigo 1.790 é visto com evidente inconstitucionalidade, devido a mitigação a sucessão do companheiro, sendo o mais correto tratar com igualdade de

condições, tendo em vista que ambos os institutos (união estável e casamento) estabelecem entidade familiar.

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

§ 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.

Apesar de a Constituição (BRASIL) reconhecer a união estável como entidade familiar dar um tratamento diferenciado no que condiz a sucessão do companheiro, primeiramente pela concorrência ocorrer unicamente sobre os bens comuns, ou seja, aqueles adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Em segundo lugar, podemos abordar cota de um terço reservado ao companheiro e por último, a concorrência com o colateral de até 4º grau.

Em relação a esse relevante tema, vejamos o que leciona a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2011, p. 420):

“O artigo 1.790 do Código Civil restringiu à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento e não uma união estável!”

Faz mister ressaltar que não existe hierarquia entre as entidades familiares, apesar de alguns doutrinadores defenderem a superioridade hierárquica do casamento, é necessário levar em consideração a vontade do legislador constituinte, bem como afirmar o princípio da dignidade humana.

Sobre a matéria versa Zeno Veloso (2008, p. 1.955) sobre o Tema:

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

Nessa circunstância da inconstitucionalidade, não restam aos tribunais se não fazerem o controle difuso de inconstitucionalidade, o que de certa forma gera uma insegurança jurídica, pois nem todos os magistrados decidem sobre o tema de maneira uniforme.

Ocorre que, não há nenhuma razão para tal discrepância no tratamento dado ao companheiro, desrespeitando os princípios da dignidade humana e da igualdade podendo gerar injustiça e caracterizando o desamparo legal do companheiro, uma vez que, por falta de mera formalidade e solenidade o companheiro sobrevivente tem um menor direito sucessório que o cônjuge quando ambos, originam uma entidade familiar.

7 CONCLUSÃO

No presente estudo foram abordados temas controversos no Direito Sucessório no tocante ao companheiro sobrevivente, demonstrando que é

evidente a discriminação do Código Civil (BRASIL), que privilegia o casamento em detrimento da união estável, bem como a inconstitucionalidade do artigo 1.790 da codificação privada.

Como primeira problemática pode-se afirmar acerca da posição do companheiro na vocação hereditária, tendo em vista que fica em quarto lugar, atrás inclusive dos colaterais, enquanto o cônjuge fica em com o terceiro posto, tendo a sua frente apenas os descendentes e ascendentes. Ademais, enquanto cônjuge é classificado como herdeiro necessário, o convivente é considerado como herdeiro facultativo.

O segundo ponto polêmico a ser analisado é a questão da concorrência, em primeiro lugar no tocante aos bens não onerosos e particulares do autor da herança onde o cônjuge tem direito a herança e o companheiro não tem nenhum direito sobre esses bens podendo inclusive ficar para o Estado, bem como, a concorrência também com descendentes, ascendentes e parentes colaterais, evidenciando que, em quase todas as situações possíveis, o quinhão que cabe ao companheiro é menor do que o quinhão que lhe caberia se cônjuge fosse.

A terceira controvérsia enfoca o direito real de habitação, sobre o qual o Código Civil (BRASIL) é simplesmente omissivo quanto ao companheiro, embora o conceda expressamente ao cônjuge supérstite, porém, o direito real de habitação é aceito majoritariamente entre tribunais e a doutrina.

Diante do exposto, fica evidente a clara diferenciação feita pelo legislador que oferta um tratamento diferenciado entre o companheiro e o cônjuge, deixando o companheiro em posição relativamente inferior, prejudicando assim ao instituto da união estável.

Dessa forma o tratamento dado pelo Código Civil (BRASIL) à sucessão do companheiro tornou o processo sucessório uma verdadeira loteria, com resultados completamente imprevisíveis, nessa situação as variadas espécies de famílias devem ser igualmente protegidas e não se consegue vislumbrar qualquer justificativa para que se atribua uma maior proteção ao cônjuge, em

relação ao companheiro, uma vez que a própria constituição assegura o status de família a ambos os institutos.

Nessa conjuntura, esse tratamento diferenciado se mostra nitidamente inconstitucional, pois o tratamento diferenciado é muito discrepante em relação ao cônjuge o que contraria a Carta Magna (BRASIL) e, portanto, não compactua com o princípio da igualdade.

Ocorre que não há outra solução melhor de que alterar essa retrógrada legislação, de modo que se possa atribuir ao companheiro o direito mais próximo ao direito atribuído ao cônjuge no que diz respeito à sucessão do companheiro.

REFERÊNCIAS

A sucessão dos companheiros - O artigo 1790 do Código de 2002 - Parte II. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-sucessao-dos-companheiros---o-artigo-1790-do-codigo-de-2002---parte-ii/10> (Acesso em 09/08/2015)

Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. <http://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-opolemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais> (Acesso em 17/10/2015)

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6. Direito das Sucessões**. 24^a edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

Direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.
<http://jus.com.br/artigos/33430/direito-real-de-habitacao-ao-companheiro-sobrevivente#ixzz3pLXgEHsG> (Acesso em 05/09/2015)

FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Manual para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos: projetos de pesquisa relatórios finais monografias e artigos.** Natal: FARN, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7. Direito das Sucessões.** 7ª edição, São Paulo. Editora Saraiva. 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente,** São Paulo. Editora RT, 2011.

Os direitos sucessórios na união estável.
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2537 (Acesso em 12/09/2015)

REALE, Miguel. Aprud CIOTOLA, Marcelo. **Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais.** In PEIXINHO, Manoel. Messias GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs). *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2001.

SARAIVA, **Vade Mecum.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1156744 MG 2009/0175897-8.
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22614153/recurso-especial-resp-1156744-mg-2009-0175897-8-stj/inteiro-teor-22614154> (Acesso em 10/11/2015)

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José, NOVAES, Giselda. **Direito de Família e das Sucessões, Temas atuais.** São Paulo. Editor Método 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, Volume Único,** 4ª edição, São Paulo. Editor Método 2014.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado.** Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito das Sucessões**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.