

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
RONDINELLI TEIXEIRA DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.1790 CC NO
ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO**

BACHARELANDO EM DIREITO

FIC-CARATINGA

2014

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
RONDINELLI TEIXEIRA DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.1790 CC NO
ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II, como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito sobre a Orientação do Professor Claudio Boy.

BACHARELANDO EM DIREITO

FIC-MINAS GERAIS

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por ter me proporcionando os meus estudos, sem eles não estaria chegado a onde cheguei, agradeço também a minha esposa Ana Maria, Por não ter deixado eu desistir nos momentos mais difíceis que passei, agradeço também ao meu filho Thiago Henrique que sempre me incentivou para não parar no meio do caminho.

RESUMO

A sucessão na união estável é um tema controverso e problemático que abre margem para ostensivas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O artigo 1.790 do Código Civil de 2002 recebe diversas e severas críticas por afrontar princípios constitucionais como a isonomia e a justiça. Os conviventes em uma união estável não estão devidamente amparados pela legislação atual no que trata de questões sucessórias. Quando as regras sucessórias aplicadas aos cônjuges em uma relação matrimonial são comparadas às regras aplicadas aos conviventes em uma união estável são nítidas as injustiças e discrepâncias, mesmo que a constituição federal de 1988 tenha assegurado tratamento isonômico para todas as entidades familiares, incluindo a união estável. Ainda, é possível se observar o descuido do legislador ao elaborar o artigo 1790 do Código Civil de 2002, o seu texto abre margem para situações confusas e não abrange vários casos específicos corriqueiros na sociedade brasileira. O presente trabalho visa destacar todos esses pontos controversos e identifica a situação atual de como é tratado o direito sucessório dos companheiros em uma união estável.

Palavras Chave: União Estável, Inconstitucionalidade, Direito Sucessório, Companheiros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	09
1 UNIÃO ESTÁVEL	12
1.1 Legislações Anteriores ao Código Civil de 2002.....	12
1.2 Características e requisitos da União Estável.....	15
1.3 As disposições sucessórias no Código Civil de 2002.....	17
1.4 O direito real de habitação.....	24
2 O ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	29
2.1 A inaplicabilidade simultânea dos inc. I e II, do art.1790 do Código Civil.....	29
2.2 A união estável e o seu tratamento no direito sucessório.....	33
2.3 A limitação dos direitos da companheira, no inc. IV.....	40
2.4 O inciso III do art. 1790 e a concorrência com parentes distantes.....	43
3 O TRATAMENTO ATUAL DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL.....	46
3.1 Enunciados de direito civil.....	46
3.2 Jurisprudências sobre o tema.....	48
3.3 Projetos de leis que visam mudar a sucessão na união estável.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O assunto escolhido para tratamento nesse estudo foi a controvérsia a respeito do Código Civil de 2002 quando trata das questões sucessórias pertinentes aos companheiros em uma união estável.

O estudo traz uma análise crítica do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e sobre suas disposições a respeito do direito sucessório do companheiro sobrevivente ao ocorrer o falecimento de seu companheiro.

A intenção da escolha do tema foi a de trabalhar a posição atual do direito sucessório que vem sendo muito discutida por várias correntes doutrinárias e jurisprudência, e novos projetos de leis que visam mudar o artigo mencionado.

O trabalho foi feito a partir de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial de como é tratado o tema: “inconstitucionalidade do art.1790 CC no ordenamento jurídico brasileiro”. Quais as leis que regem esse instituto, a partir de qual momento histórico elas foram elaboradas. Quais as leis que já dispuseram sobre esse instituto e como ocorreu a transição para o Código Civil de 2002.

A presente pesquisa demonstra direitos dos companheiros em uma união estável. Os requisitos para a sua constituição e análises comparativas desses direitos com os de outros institutos como o do matrimônio.

O objetivo geral do trabalho foi demonstrar as questões polêmicas que surgiram com o retrocesso das disposições do Código Civil de 2002 referentes à situação atual da sucessão na união estável, e a justificativa doutrinária desse retrocesso.

O Código Civil de 2002 e seu artigo 1.790 foram analisados frente a preceitos constitucionais, e frente à inovação da Constituição de 1988 que trouxe a união estável como sendo uma entidade familiar merecedora de proteção e direito equiparados a outras entidades familiares.

O presente trabalho trouxe apontamentos a respeito dos princípios constitucionais infringidos pelo Código Civil de 2002, como o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana, do bem comum, entre outros.

Foram pesquisadas jurisprudências a respeito de como é tratada a inconstitucionalidade do art.1790 CC no ordenamento jurídico brasileiro nos tribunais inclusive superiores, trazendo para o trabalho questões como a argüição de inconstitucionalidade do artigo 1.790 perante o Superior Tribunal de Justiça.

A pergunta a qual se tentou responder na pesquisa foi a questão de ser ou não o artigo 1.790 um retrocesso frente aos direitos conquistados pelos companheiros nas leis 8971 de 1994 e 9278 de 1996 e Constituição Federal de 1988. Se os direitos dispostos nessas leis foram ou não revogados pelo Código Civil atual ou se princípios constitucionais foram infringidos por esses dispositivos.

A hipótese estudada é de que o direito sucessório do companheiro na legislação atual sofreu um retrocesso e foi de encontro a princípios protegidos constitucionalmente. Retrocesso tamanho que causa diversas injustiças para os companheiros supérstites e diferenciando de forma discriminatória as famílias que possuem sua matriz na união estável daquelas famílias que possuem sua matriz no matrimônio, discriminação essa proibida pela Constituição Federal de 1988.

A presente pesquisa traz ainda um estudo sistemático e doutrinário dos incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Retrata de forma objetiva as contradições dos incisos e suas inaplicabilidades quando observados diversos princípios constitucionais. E analisou a origem do artigo 1.790 e a possibilidade de sua criação estar eivada de preconceitos que haviam sido superados pela Constituição Federal de 1988.

O Trabalho foi dividido em três capítulos de forma a separar e trabalhar primeiramente os conceitos a serem utilizados no projeto para depois trabalhá-

los de forma objetiva. O primeiro capítulo trouxe explicações conceituais sobre o instituto da união estável e as legislações aplicadas a esse instituto. Bem como o progresso histórico que culminou com a proteção da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo foi realizado um estudo aprofundado sobre o artigo 1790 Código Civil sobre a sucessão do companheiro supérstite ao se ter a união estável dissolvida pela morte de um dos companheiros. Um estudo bem elaborado sobre a sua forma de herança e concorrência com os demais herdeiros do de cujus. E como entendem a doutrina e a jurisprudência a respeito desse referido artigo em questão. No terceiro capítulo vamos abordar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Segunda Instância a respeito da constitucionalidade e propriedade do artigo 1790, bem como sobre os projetos de leis que visam mudar os dispositivos constitucionais a respeito da sucessão do companheiro e enunciados de direito civil que vieram elucidar o tema abordado.

A relevância do estudo abordado é identificar qual é o posicionamento mais favorável para garantir o direito de herança para os companheiros que convivem em uma situação de união estável. Entidade familiar que é protegida pelo Estado e garantida pela Constituição Federal que está cada vez mais presente na sociedade em que vivemos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Ante a real importância de solucionar a problemática que envolve a inconstitucionalidade do artigo 1790 CC no ordenamento jurídico brasileiro, é de grande importância a análise de alguns conceitos concernentes ao tema deste trabalho, com o objetivo de demonstrar a resolução de tal problemática.

Neste propósito, devem ser considerados os conceitos de “União Estável”, “Direitos Sucessórios”, bem como “O Direito do Companheiro” conceitos estes que passam a ser explanados a partir de então.

Inicialmente, no que diz respeito a União Estável, Maria Helena Diniz conceitua União Estável, como um campo específico do Direito Civil.

Segundo Maria Helena Diniz:

União Estável é a “união respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum, tem aparência de casamento e é reconhecida pela Carta Magna como entidade familiar. É a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.”¹

Já Francisco José Cahali, entende que o conceito de união estável é:

O vínculo afetivo entre o homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum.²

Para Maria Helena de Diniz, no que tange o Direito Sucessório, ela conceitua este ramo específico do direito civil, como a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte.

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6. Direito das Sucessões. 24º ed. Editora Saraiva, 2010. P.660

² CAHALI, Francisco José. Curso Avançado de Direito Civil. Volume 6: Direito das Sucessões, São Paulo: editora revista dos tribunais, 2003. P. 87

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento (CC, art.1786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro.³

No que refere ao conceito de companheiro, segundo o dicionário é:

“ O homem livre que vive e coabita com uma mulher, como se casado com ela fosse, numa união estável”. E a companheira é “ A mulher que se une a um homem livre (solteiro, viúvo, divorciado ou separado de fato ou juridicamente de sua esposa) e que se apresenta à sociedade como se com ele fosse legitimamente casada, formando uma entidade familiar.”⁴

Quanto a ordem de vocação hereditária, Sílvio de Salvo Venosa diz:

Se a pessoa falecer sem testamento (ab intestato), a lei determinará a ordem pela qual serão chamados os herdeiros: a ordem de vocação hereditária. Tal ordem, no Código de 2002, vem estabelecidos no artigo 1.829.⁵

Carlos Roberto Gonçalves assim elucida:

O chamamento dos sucessores é feito, porém, de acordo com uma sequência denominada ordem de vocação hereditária. Consiste está, portanto, na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária.⁶

Disciplinada pelo Código Civil, encontramos a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829:

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 na separação obrigatória de bens (art.1640, 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.⁷

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões. Volume 7. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.1.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva. 1998. P.688.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Brasileiro. Volume 7. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.115.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões. Volume 7. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.159.

⁷ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/10406.htm>. Acesso em : 05 de maio de 2014.

Um melhor entendimento acerca do trabalho poderá ser feito diante dos conceitos acima mencionados, referenciais teórico fundamentais da presente monografia.

1 UNIÃO ESTÁVEL

1.1 LEGISLAÇÕES ANTERIORES AO CÓDIGO CIVIL 2002.

A união estável é uma entidade familiar protegida pelo Estado através da Constituição Federal e leis próprias que a regulam. Surgiu através de um anseio popular e uma evolução histórica. A legislação veio para regular fatos que já existiam e estavam gerando constantes litígios perante o judiciário. A união estável gera direitos, deveres e efeitos jurídicos próprios tanto pessoais quanto patrimoniais.

Preliminarmente ao se falar em efeitos patrimoniais de uma união estável mister se faz identificar as mudanças nas leis que a regulam e suas características para que se possa chegar aos fatos econômicos de uma maneira clara e objetiva.

A Constituição Federal de 1988 que a união estável veio ser considerada como entidade familiar. Entretanto ela já existia de fato e sua falta de regulamentação acarretava uma insegurança jurídica. Maria Berenice Dias esclarece que mesmo antes de 1988 sempre existiram vínculos afetivos fora do casamento. No entanto sempre sofreram repúdio pelo legislador. E que por conta dessa discriminação e a uma proteção veemente às instituições matrimoniais sagradas, as relações afetivas extramatrimoniais não eram reguladas pela legislação vigente. E inclusive suas tentativas de regulação eram vetadas até o primeiro passo em 1977 com a instituição da lei do divórcio. (DIAS, 2007, Pag.55).⁸

Por sua vez, Paulo Lobo que a lei não exige que, para início da união estável, o companheiro casado tenha antes obtido o divórcio, única hipótese de dissolução voluntária do casamento. Mas é necessário, ao menos, que esteja

⁸DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4º edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pag.55.

separado de fato de seu cônjuge, ou separado judicialmente. Assim, na hipótese de o relacionamento com o companheiro ter começado quando ainda havia convivência com o cônjuge, somente após a separação de fato se dá o início da união estável, pois antes configurava concubinato. O Código Civil não exige tempo determinado para caracterizar a separação de fato da pessoa casada para identificar a união estável.

O autor alerta, no entanto, para o art. 1830 CC de 2002, que estabelece um prazo de dois anos da separação de fato dentro do qual ao cônjuge sobrevivente é reconhecido direito sucessório. Decorrido o prazo de dois anos, a lei presume que a relação, por rompida, não autoriza mais a participação sucessória do sobrevivente no acervo pertencente ao de cujus. (LOBO 2010, Pag.93).⁹

Após a Constituição Federal de 1988 que consagrou a união estável como sendo uma entidade familiar assim como o casamento ou entidade mono parental, novas leis foram surgindo no sentido de ser regulamentado esse novo instituto que surgiu.

Em 1994 surgiu a primeira lei que regularia a união estável, a lei 8971/94. Nela foram assegurados o direito de alimentos e a sucessão ao companheiro. Entretanto para Maria Berenice Dias essa lei trouxe consigo ainda um caráter preconceituoso ao limitar o rol de quem poderia estar em uma união estável.

Ela excluía as pessoas casadas que já estavam separadas de fato, incluindo apenas as solteiras, as judicialmente separadas, as divorciadas e as viúvas. Além disso, impôs para que se pudesse ser considerada a união estável, um prazo de cinco anos de convivência. (DIAS, 2007, Pag.59).¹⁰

Para os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal após o advento destas leis passou a reconhecer o direito a meação da companheira na aquisição de um imóvel.

⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil Famílias. 3º edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010. Pag.93.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4º edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pag.59.

Após as leis 8971/94 e 9278/96 a presunção de colaboração mútua na aquisição de patrimônio por um dos companheiros em uma união estável reconheceram o direito à meação entre os companheiros. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, Pag.107).¹¹

Esse direito à meação é o direito cerne, principal das questões patrimoniais referentes à união estável. Todos os bens adquiridos por um dos companheiros durante a união de fato afetiva, salvo estipulação contratual em sentido contrário, são devidos aos companheiros de uma forma igualitária, 50% do patrimônio para cada companheiro.

Segundo esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald após essas leis surgiu o Código Civil de 2002 que veio fortalecer de forma inequívoca a presunção absoluta e o direito à meação. Em seu art. 1725 deixa claro o esforço comum presumido, não havendo necessidade alguma de sua prova e impedindo a prova em sentido contrário. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, Pag. 112).¹²

Ainda a respeito dessa evolução histórica ensina Paulo Lobo que para evitar o enriquecimento sem causa do companheiro homem na dissolução da união extramatrimonial que viria ainda a ser regulada, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou e editou duas súmulas. As súmulas 380 e 382:

Súmula 380 do STF. 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.

Súmula 382 do STF. A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato.¹³

Essas súmulas trouxeram uma maior proteção para aqueles que haviam constituído uma relação extramatrimonial, a aqueles que não optaram pela

¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2º Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010. Pag.107.

¹²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2º Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010. Pag.112.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380 e 382. Publicado em: DJe 16/12/2011. Acesso em 27/05/2014.

entidade sagrada do matrimônio. A partir dessas súmulas a legislação foi caminhando no sentido de conferir mais direitos aos companheiros.

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro sobrevivente, não é pacífica a orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, sobretudo porque foi garantido ao cônjuge sobrevivente este direito no art.1831 CC, qualquer que fosse o regime de bens.

Zeno Veloso, ao contrário, reportando-se ao art.1790 do Código Civil afirma que, se o Código Civil não menciona este direito, isto permite concluir que o legislador não quis prever tal benefício aos companheiros. No entanto, o mesmo autor alerta da hipótese relativa do único imóvel destinado à residência da família constituída da união estável.

Diante desta situação especial, o autor alerta para a possibilidade de disciplinar o direito real de habitação por analogia ao art.1831 do CC, assegurando o mesmo direito atribuído ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens. (VELOSO,2010. Pag.126)¹⁴.

1.2 CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, base de cerca de 30% das famílias brasileira, caracteriza-se pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher desimpedidos para casamento.(CC, art.1723).Ele não é mais solteiro, separado, divorciado ou viúvo. Ele se encontra em uma união estável e a esse estado civil não indicado um nome. O indivíduo é tratado apenas como companheiro ou convivente.

A união estável não se confunde com o namoro. Enquanto na primeira é indispensável a vontade comum de fundar uma família, no último, esse elemento

¹⁴ VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. São Paulo. Editora Saraiva, 2010. Pag.126.

anímico não está presente. Os namorados ainda não tem claramente definida a vontade comum de constituir família ou tem claramente a de não a constituir, estão se conhecendo melhor ou simplesmente se divertindo. Se o homem e a mulher namoram há muitos anos, viajam juntos sempre que podem, frequentam os eventos sociais das respectivas famílias, devotam mutua exclusividade sexual e chegam até mesmo a viver sob o mesmo teto durante algum tempo, não se configura a união estável quando inexistente a intenção de constituir família.

Alguns advogados aconselham os clientes a firmarem com os namorados um contrato de namoro. O objetivo é documentar a declaração de falta de intenção de constituir família, com isso facilitar a prova de inexistência de união estável, se vier a ser discutida a questão em juízo.

O contrato de namoro não prevalecerá, evidentemente, quando provado o preenchimento dos requisitos legais da união estável ou mesmo demonstrado que aquela intenção originaria alterou-se com o tempo. Mesmo a exibição do instrumento escrito de contrato de convivência não prevalece diante da prova de que a união pretendida não sobreviveu aos primeiros meses, faltando-lhe por isso o requisito da durabilidade.

A Constituição Federal de 1988 definiu a união estável como sendo uma entidade familiar que deveria ter proteção Estatal, porem ela se manteve silente quanto as quais seriam os seus efeitos. Isso gerou um período de incertezas sobre a configuração desses efeitos provenientes da união estável. Com a omissão da constituição a jurisprudência teve que agir e desempenhar importante papel para dirimir os conflitos que vinham surgindo a esse respeito. Primeiramente a jurisprudência tratou como necessário a comprovação da existência de uma sociedade de fato entre as partes. E somente após essa sociedade de fato configurada que poderia ser falado de aplicação de efeitos, inclusive relativos à sua dissolução com posterior partilha de bens. Partilha de bens essa que só era possível se houvesse comprovado o esforço comum e a

contribuição através de atividades laborais lucrativas para a aquisição do patrimônio comum.

1.3 AS DISPOSIÇÕES SUCESSÓRIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Constituição Federal de 1988 surgiu como uma Constituição Sólida, que tratasse de diversas questões ansiadas pela população brasileira e deu um passo importantíssimo contra um preconceito enraizado na cultura brasileira. No intuito de ser ter uma sociedade mais equânime, justa, e que valorizasse precipuamente o bem comum. Em seu artigo 3º, inciso IV destacou a importância do tratamento que vise o bem comum e sem preconceitos.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁵

No artigo 226 caput da Constituição Federal trouxe a família como base do estado e com especial proteção e no parágrafo 3º a união estável como entidade familiar que deve ser respeitada e garantida por essa proteção especial.

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.¹⁶

¹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/_CCivil_03/Constituição. Acesso em 26/05/2014.

¹⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/_CCivil_03/Constituição. Acesso em 26/05/2014.

A família deixou, portanto, de ser considerada a partir somente de um matrimônio. O Conceito família foi expandido e permitiu que outros tipos de relacionamentos fossem considerados família, como o monoparental e o proveniente de uma união estável. E a Constituição impede que haja qualquer tipo de distinção discriminatória entre elas.

A Constituição ao dar tratamento paritário às relações livres enfim chamadas de união estável preteriu pensamentos preconceituosos de uma sociedade que confundia uma relação livre com uma relação concubina que desrespeitasse a moral e os bons costumes. Entretanto, o legislador infraconstitucional ao tratar do instituto da união estável no Código Civil de 2002, o fez de uma forma munida de preconceito e de uma forma que caminhasse no sentido oposto ao alcançado pelo constituinte. O Código Civil deu um tratamento ultrapassado ao instituto da união estável. Principalmente no tocante à sucessão do companheiro supérstite em seu art. 1790. Ignorou princípios constitucionais e o rumo que as questões sobre a união estável vinham tomando em sentido legislativo.

O Código Civil de 2002 ao tratar da sucessão da união estável o fez de forma confusa e não tratando de forma adequada a situação de tamanha importância. O legislador deslocou o assunto em questão, pois o colocou em título e capítulo estranhos ao assunto, tratando na parte de disposições gerais no art.1790 o que deveria ser tratado na parte em que trata da vocação hereditária. Desse modo o legislador poderia estar querendo, propositalmente, afastar os institutos da sucessão na união estável com a sucessão do casamento.

Segundo Farias e Rosenvald as regras sucessórias entre os companheiros foram mudadas com a adoção do Código Civil de 2002.

Ele mudou a forma como a sucessão entre companheiros estava disposta nas leis 8971/94 e 9278/96 e segundo Farias e Rosenvald essa mudança foi para pior. (FARIAS; ROSENVALD,2010, Pag.114)¹⁷

¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2º Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010. Pag.114

Isolou o artigo 1790 no qual se encontra o cerne das disposições sobre a sucessão do companheiro sobrevivente e o tratou de forma concisa, confusa e até mesmo contraditória, abrindo espaço para diversas discussões doutrinárias sobre quais seriam de fato as regras que regem essa sucessão em particular. Ainda encontram-se várias similaridades do artigo 1790 com o artigo 668 de um projeto de Lei de autoria do professor Orlando Gomes. Os incisos de ambos artigos são praticamente idênticos. O artigo 1790 é uma cópia alterada de um artigo do projeto de Lei 3.771 de 1966.

Art. 1.790. CC 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.

Art. 668 do Projeto de Lei nº 3.771 de 1966 – Participação da companheira – A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele tenha vivido nos últimos quatro anos e haja colaborado no aumento ou conservação de seu patrimônio, participará de sua sucessão nas condições seguintes:

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

II – se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.¹⁸

Ao serem comparados os artigos acima citados, ficam notadas as evidentes semelhanças. O projeto de Lei nº 3.771 foi elaborado no ano de 1966, anos antes da Constituição Federal de 1988 que assegurou a união estável como entidade familiar. Em 1966 já havia legislação que tratasse da união estável, mas esse projeto para a época era um grande avanço de caráter protetivo para as relações entre dois companheiros que viviam em uma união estável.

¹⁸ BRASIL, Projeto de Lei nº 3771 de 1966. Institui o Código Civil, Autor: Nelson Carneiro. Publicado no Diário do Congresso Nacional em, 19 de agosto de 1966.

Entretanto, após a Constituição de 1988 um artigo como esse do projeto acima citado não seria coerente, visto que trata de formas bem distintas duas entidades familiares garantidas pela Constituição Federal e protegidas contra atos que as diferenciasssem de forma discriminatória. Instituído um regramento retrógrado, muitas vezes injusto e indo de encontro a preceitos constitucionais. (MOREIRA, 2006.Pag.13)¹⁹

Segundo Farias e Rosenvald este artigo não está em consonância com a Constituição Federal, pois veda qualquer direito que a companheira (o) venha ter em relação a união estável.

A regra estipulada pelo 1790 CC é tão grave que segundo Farias e Rosenvald em um caso específico em que um companheiro que possuía vasto patrimônio antes do início da união estável e não venha adquirir junto com o seu novo companheiro durante a união mais nenhum patrimônio e que venha a falecer 20 anos, ou um tempo considerável após o início da união fará com que a companheira sobrevivente não faça jus a qualquer direito, pois a está não será conferida a meação e nem mesmo a herança. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, Pag.73)²⁰

A entidade família é uma só. Suas formas de constituição são variadas, porém a proteção constitucional deve ser a mesma. O legislador infraconstitucional ao incluir certos dispositivos no seio do Código Civil de 2002 tratou de forma incoerente ora igualitária ora desigual os institutos do casamento e da união estável.

Ao tratar de alimentos, por exemplo, no artigo 1694 do referido Código, o legislador não fez qualquer distinção entre a situação de cônjuge ou de companheiro.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação²¹.

¹⁹MOREIRA, José Milton Alves. A Inconstitucionalidade do Artigo 1790 do Novo Código Civil Brasileiro. Direito em Ação 01, Brasília V.7 n° 1, junho 2006. Editora Universal. Pag.13.

²⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2º Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010. Pag.73.

²¹MOREIRA, José Milton Alves. A Inconstitucionalidade do Artigo 1790 do Novo Código Civil Brasileiro. Direito em Ação 01, Brasília V.7 n° 1, junho 2006. Editora Universal.

Este artigo supracitado está em consonância com os preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, trata de maneira equânime as figuras de cônjuge e companheiro inclusive não faz uso de dois dispositivos para tratar de alimentos entre essas duas entidades familiares.

Outros dois exemplos de tratamentos condizentes com os preceitos de equidade são os artigos 1725 e 1775 do Código Civil. O art. 1725 ao tratar do regime de bens aplicado à união estável, salvo disposição em contrário, como sendo o regime legal de bens.

Ao estipular o regime de bens da união estável como sendo o regime de comunhão parcial, o Código assegura que o tratamento relativo ao patrimônio e à meação será isonômico em relação ao do casamento com o mesmo regime. Salvadas as devidas exceções.

E quanto ao artigo 1775 o Código tratou com igualdade as figuras do companheiro e do cônjuge ao tratar da curatela. Infelizmente esses tratamentos não foram observados quando o legislador tratou das regras sucessórias.

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

Art. 1.775 CC. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.²²

Para se empregar tratamento diferenciado entre duas situações que se assemelham é necessária uma justificativa que demonstre uma inferioridade, seja econômica ou social, em relação de uma situação para com a outra. Não é viável haver diferenciações entre esses institutos por simples ato de discricionariedade do legislador. A justificativa para a diferenciação deve ser no mínimo razoável.

²²BRASIL. Código Civil de 2002. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil>. Acesso em 07 de maio de 2014.

Como já mencionado nos locais oportunos, as semelhanças entre o casamento e a união estável, em face de nossa lei, vão apenas até seus elementos essenciais, já tratados ao longo do presente estudo, esbarrando na questão da formação e da divisão patrimonial, bem como na linha sucessória. A construção doutrinária e jurisprudencial acerca da sucessão dos companheiros que pretender sua colocação no art.1603 CC de 1916, esbarrará em vício intransponível que é o conflito dos sistemas adotados.

Dessa forma, a possibilidade de alcance de algum entendimento coerente acerca da sucessão epigrafada partirá da promulgação de novo texto legal, que explique e crie um melhor sistema em substituição a este ora apresentado, ou que revogue os dispositivos a essa matéria pertinentes da Lei nº 8.971/94, quando, então, a construção mencionada poderá ser viabilizada.

Revogada parcialmente que foi a lei acima mencionada, esperava-se de sua sucessora que criasse um sistema sucessório distinto do gerado pelo casamento para regular a sucessão dos companheiros ou conviventes, ou que essa situação fosse equiparada ao casamento, o que correspondia a ingressar o convivente supérstite na ordem de vocação hereditária junto com o cônjuge viúvo, nos termos do art. 1603 do CC.

Todavia, nenhum dos dois caminhos mais lógicos foi seguido, e a Lei nº9278/96, em seu art. 7º, parágrafo único, determinou, laconicamente, que o convivente supérstite teria direito real de habitação, enquanto não constituísse nova união, em relação ao imóvel destinado à residência familiar.

Descuidou a lei epigrafada, portanto, de estabelecer tecnicamente a questão da divisão patrimonial ocorrida por falecimento de um dos companheiros, momento em que, em analogia ao casamento, dá-se a divisão da meação, mas no tocante à união estável, que não foi ao casamento igualada para todos os fins, mormente patrimoniais, mas apenas como entidade familiar, todos os textos silenciam.

Parece haver sido a intenção do legislador, em face do exame dos arts. 5º e 7º da Lei 9278/96, que primeiro se desse uma partilha dos bens adquiridos na constância da relação, no caso de falecimento de um dos conviventes, após o que o restante entraria de posse do direito real de habitação, que é menos abrangente que o usufruto, relativamente ao imóvel de residência do casal.

O que ocorre de lastimável é que a nova lei, lacônica, revogadora da anterior mal escrita não determina o ingresso do companheiro sobrevivente sequer na sucessão de seu convivente falecido, posto não mencionar nada a respeito em seu texto, talvez pretendendo uma analogia com o art. 1603 do CC, que, todavia, é operação de construção doutrinária mais complexa do que aparenta. Pela literalidade do sistema sucessório criado pela nova lei, no caso de falecimento de companheiros sem que qualquer um destes tivesse herdeiros, ambos possuindo apenas um imóvel onde residiam, como o sobrevivente não resta colocado nem como herdeiro do falecido, nem na ordem de vocação hereditária em analogia com o casamento, teria, apenas, direito à divisão patrimonial de metade do domicílio conjugal, e direito de habitação no restante do bem, que pertenceria à pessoa de Direito Público competente. Sistema ilógico que mais se agravaria, na hipótese de propriedade de mais imóveis.

Imagina-se que a lei deve ter seu texto claro, ou senão ao menos deve regular técnica e satisfatoriamente em instituto sobre que dispõe sua norma; no caso da sucessão dos companheiros, embalde tem-se verificado os esforços de nossos legisladores em pretender a construção de um arremedo de sistema com alicerces frágeis da doutrina e jurisprudência suplantando a norma escrita, em vez de trilhar o melhor caminho de sua introdução no sistema de Direito Civil já existente quando, então, restaria tratada e abordada a matéria relativa a essas situações, e não quedariam essas digressões no limbo a que foram legadas pela ausência de sensibilidade no concernente à árdua tarefa legislativa.

No que concerne ao sistema sucessório da união estável, importante a ressalva da permanência dos ditames da Lei nº 8.971/94 a regulamentar a

sucessão dos companheiros, uma vez que tal matéria, não tendo sido abrangida integralmente pela Lei nº 9.278/96, não foi ab-rogada em seu texto original.

O novo projeto de criação do Estatuto da União Estável, mesmo versando sobre a disposição do sistema sucessório, bem como sobre a ordem de vocação hereditária do companheiro supérstite, delimita as matérias de forma incompreensível para um estatuto que trate da instituição como família, em obediência ao disposto na Constituição Federal de 1988.

É que, como mencionado nos comentários aos dispositivos do projeto referido, resta impossível a consideração da união estável como entidade familiar, se não se lhe fornece a própria lei a disposição sucessória equivalente àquela determinada para a família constituída pelo casamento.

Dessa forma, as limitações, tanto no referente à vocação hereditária, como à dubiedade de tratamento inerente aos direitos sucessórios, são manifestamente incompreensíveis e inconstitucionais.

Não é certo, nem viável que prospere o raciocínio de que a união estável deve propiciar menos direitos e garantias que o casamento, uma vez que se revela, também, fonte de formação familiar; com maior razão admitir-se que as diferenças porventura havidas seriam percebidas na hora da morte de um dos companheiros, como pretende o projeto, é de covardia impensável para um texto legal.

1.4 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A lei nº 9.278/96 que regulava a união estável trouxe em seu artigo 7º o direito real de habitação como direito sucessório. Segundo Sílvio Venosa a lei 9.278/96 defendia o direito real de habitação para o imóvel destinado à residência do casal e sendo ele o único bem dessa natureza.

Não importava para a lei a situação do sobrevivente na união estável, preenchendo os requisitos de existência da união estável, tais como convivência duradoura, não importaria para a lei a situação do companheiro sobrevivente ainda que o de cujus fosse casado de direito, mas separado de fato.(VENOSA,2003, Pag.67)²³

O Código Civil de 2002, no entanto, nada trouxe a respeito do direito real de habitação como direito sucessório do companheiro disposto anteriormente na lei 9.278/96. Essa omissão legislativa causou diversas discussões doutrinárias e ainda hoje o tema é controverso. Para certos doutrinadores essa questão será tormentosa de ser definida pelos Tribunais.

Para Cahali houve a revogação do artigo que tratava sobre o direito real de habitação pelo Código Civil, pois o Código haveria disposto inteiramente sobre a sucessão na união estável não deixando lacunas e impedindo que fossem utilizadas formas de interpretação legislativa no intuito de reviver esse direito. (CAHALI; HIRONAKA, 2003.Pag.128)²⁴

Mais além, alguns doutrinadores entende que foi intenção do legislador excluir o direito real de habitação da sucessão do companheiro sobrevivente ao silenciar-se sobre o assunto.

Em contrapartida entende Silvio Venosa que o direito real de habitação ainda persiste.

Venosa trata o direito real de habitação como necessidade de amparo ao companheiro sobrevivente e como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. (VENOSA, 2003.Pag.148)²⁵

E sob essa justificativa deve ser mantido sob uma égide processual ensina que diante da omissão do Código Civil de 2002 sobre esse direito a norma

²³ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito de Família, 3ºed. São Paulo: editora Atlas,Vol.06, 2003. Pag.67.

²⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de Direito Civil, volume 6: Direito das Sucessões, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pag.128.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito de Família, 3ºed. São Paulo: Editora Atlas,Vol.06, 2003. Pag.148.

especial da Lei 9.278/96 prevaleceria, permanecendo, assim, o direito real de habitação como direito sucessório do companheiro sobrevivente.

Art. 7º Lei 9.278/96 Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.²⁶

O direito real de habitação com sendo uma garantia reconhecida ao cônjuge e ao companheiro, sem distinção, para continuar residindo no imóvel único para fins de residência e que servia de lar para o casal em vida. Trata-se de um direito vitalício. Mesmo o Código Civil em seu art. 1.831 reconhecendo somente o direito real de habitação aos cônjuges.

Farias e Rosenvald afirmam que o direito real de habitação, que havia sido disposto no art. 7º da Lei nº 9.278/96, não foi revogado pelo silêncio do Código Civil a esse respeito. (FARIAS; ROSENVALD, 2010.Pag.185)²⁷

Os princípios constitucionais estariam sendo afrontados se fosse cogitada a existência do direito real de habitação em favor do cônjuge e esse mesmo direito fosse negado ao companheiro.

Segundo Farias e Rosenvald deve ser imposto aos juristas uma interpretação conforme a Constituição Federal fazendo com que seja admitido esse direito aos companheiros em uma união estável em face da não revogação do art. 7º da Lei nº 9.278/96. (FARIAS; ROSENVALD, 2010.Pag.79)²⁸

²⁶BRASIL, LEI Nº 9.278/96, de 10 de Maio de 1996. Regula o § 3 do artigo 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de abril de 2014.

²⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2º Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010. Pag.185.

²⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2º Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010. Pag.79

Em um estudo sobre a questão do direito real de habitação ser ou não um direito sucessório vigente do companheiro sobrevivente Carlos Roberto Gonçalves destaca que o não reconhecimento do direito real de habitação vem sofrendo severas críticas. Esse não reconhecimento sujeita o(a) companheiro(a), que em uma união estável divide esforços, a ser desocupado compulsoriamente do imóvel onde vivia com o(a) finado companheiro(a) caso esse imóvel não seja fruto da convivência ou ter sido adquirido só a título gratuito.

Nessas hipóteses, não terá direito o companheiro sobrevivente sequer à meação e os herdeiros poderão se recusar a repartir o imóvel que o sobrevivente vivia com ele próprio. (GONÇALVES, 2011. Pag.66)²⁹

Parte da doutrina que sustenta a existência desse direito real de habitação, como Silvio Venosa, defende que não houve revogação expressa do art.7º parágrafo único da lei 9.278/96. Nem que sequer há incompatibilidade do direito trazido por ele com qualquer dispositivo existente no Código Civil de 2002. É defendido ainda por essa parte da doutrina que há a possibilidade de interpretação analógica do 1.831 do Código Civil, que trata do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, para beneficiar o companheiro sobrevivente.

Art. 1.831 CC. 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. (Pag.130).³⁰

Para confirmar a teoria defendida a favor da existência do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente surgiu o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal ao interpretar o artigo 1831 do Código Civil

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 7. Direito das Sucessões. 5º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pag. 66.

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito de Família, 3ªed. São Paulo: editora Atlas, Vol.06, 2003. Pag.130.

informado pelo artigo 6º, caput, da Constituição Federal de 1988 em setembro de 2002 na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília.

117 O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.
Art. 6º CF São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição³¹

Segundo Truzzi, seria mais coerente revogar o artigo 1790 do Código Civil, visto que o mesmo tem muitas imperfeições. “Embora não repute o artigo 1790 do Código Civil inconstitucional pura e simplesmente, é inegável a suas muitas imperfeições. Dentre as muitas imperfeições, destacamos a urgente necessidade de superar o problema da concorrência sucessória do companheiro sobrevivente em caso de filiação híbrida; corrigir o lapso terrível cometido pelos artigos 1790, III, do Código Civil, que de forma absolutamente infeliz estabeleceu a concorrência sucessória do companheiro com colaterais do falecido, quando deveria assegurar ao companheiro a totalidade dos bens deixados pelo falecido na falta de descendentes e de ascendentes; assegurar expressamente o direito de habitação ao companheiro. Penso que o passo mais coerente seria revogar o artigo 1790 do Código Civil e alterar os artigos 1829, 1831, 1832, 1836, 1838 e 1845 do Código Civil para neles inserir a figura do companheiro, em tratamento simétrico e igualitário ao cônjuge”.³²

³¹ PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados Aprovados – Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/JornadaPdf>>. Acesso em 20 de março de 2014.

³²IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, **STJ reconhece direito real de habitação à companheira**, acesso em <www.ibdfam.gov.br> acessado em 08/01/2014.

2. O ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.1 A INAPLICABILIDADE SIMULTÂNEA DOS INC. I E II, DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL

Inclui o companheiro ou companheira na sucessão do *de cujus*, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em concorrência com os descendentes e colaterais conforme dispõe o art.1.790 do Código Civil. Conforme Venosa, o Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no art. 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária:

A companheira ou 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. (VENOSA, 2009, p.228).³³

Como se verifica o companheiro (a) não é herdeiro necessário. Esta normatizado neste único dispositivo. Para Tartuce, haverá direitos sucessórios conforme anuncia o *caput* do art. 1.790 em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união. Comunicam-se os bens havidos pelo esforço de cada um durante a existência da união, excluindo-se os bens recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão. A norma não está tratando de meação, mas de sucessão ou herança, independentemente do regime de bens adotado. Em razão disso, em regra, o companheiro (a) é meeiro e herdeiro e na ausência de contrato

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag.228.

escrito, aplicar-se a no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (art.1725 do CC). Anota Sílvio de Salvo Venosa que:

A impressão que o dispositivo transmite é de o legislador teve rebuscos em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas social, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem da vocação hereditária. (VENOSA, 2009, p.144).³⁴

Segundo Venosa, de acordo com o inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns (de ambos), divide-se a herança em partes iguais, mesma porção. No entanto, bem apreende Euclides de Oliveira:

[...] que nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador, dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos do companheiro quando determinou que concorra na herança com descendentes e outros parentes, na sucessão do outro, „sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável“. A disposição, constante do caput do citado art. 1.790, choca-se com o dispositivo no art. 1.829, I do Código Civil, que resguarda ao cônjuge, sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime da comunhão parcial, se não houver bens particulares (VENOSA, 2009, p.146).³⁵

Houve um tratamento privilegiado para os companheiros não sabendo se foi proposital ou não por parte do legislador. Para facilitar a compreensão, vejamos o seguinte exemplo: na hipótese de um casal em situação de união estável, e adquiriram na vigência da união estável bens de forma onerosa que se perfaz um valor de R\$100.000 (cem mil reais), possui dois filhos comuns, o companheiro venha a falecer, a viúva é meeira (dos bens adquiridos onerosamente), será deferido à viúva R\$50.000 (cinquenta mil reais) a título de meação, e é herdeira (na metade dos bens do *de cujos* que adquiriram onerosamente na vigência da união) e herda R\$16.666 e aos filhos R\$16.666 a cada um a título de herança.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag.144.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag.146.

Na forma do inciso II, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido (a) para ser efetuada a divisão na partilha. Se houver filhos comuns com o *de cujos* e filhos somente deste concorrendo com a herança, a solução é dividi-la igualitariamente incluindo companheira (o). Uma vez que filhos possuem os mesmos direitos hereditários.

Porém o inciso I também incide às hipóteses de outros descendentes comuns. Neste sentido, o Enunciado n. 266 CJF/STJ da III jornada de Direito Civil: “Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns”. No inciso III, se o convivente sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança, de evidente iniquidade. Imagine-se na hipótese de o convivente sobrevivo, que conviveu em união estável há vinte anos juntos, concorrer com um colateral, um primo, por exemplo, este receberá dois terços e o sobrevivente apenas um terço.

Na ausência de descendentes, ascendentes, colaterais, o convivente terá direito a totalidade da herança. Silvio de Salvo Venosa, ensina que:

O artigo dispõe que o companheiro (a) participará da sucessão do outro durante quanto aos bens adquiridos onerosamente durante o estado de fato da união estável. Ora, o art. 1.790 do corrente Código Civil disciplina a forma pela qual se estabelece o direito hereditário do companheiro (a), de forma que os dispositivos a esse respeito na Lei nº8.971 estão revogados. Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código de 2002, pois, segundo a referida lei, não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro sobrevivo recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo art.1.790 do novel Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito a um terço da herança, por força do inciso III. O companheiro (a) somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. Isso quer dizer que concorrerá na herança, por exemplo, com o vulgarmente denominado tio-avô ou com o primo irmão de seu companheiro falecido, o que digamos, não é uma posição que denote um alcance social, sociológico e jurídico dignos de econômicos. (VENOSA, 2009, p.145 -146).³⁶

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag. 145-146.

É nesse sentido que autores sustentam que o art. 1.790 ofende a Constituição, colocando os conviventes em situação inferior aos unidos pelo casamento. Em caso de rompimento da união estável em vida, o convivente terá direito à metade dos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência. Em caso de morte utiliza o art. 1.790 e seus incisos.

Para Venosa, a jurisprudência deságua na aplicação analógica do regime de comunhão parcial para os conviventes, entende que, morto um dos conviventes, o sobrevivente terá direito, além da meação, também a porção hereditária. Aplicando-se, no que couber, o regime da comunhão parcial, há de recorrer ao art.1.660 para definir quais os bens que se comunicam na união estável, embora o art.1.790 se refira apenas à comunicação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Confira o dispositivo, *in verbis*:

Art.1660 Entram na comunhão:

I-os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II-bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III-os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV-as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V-os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (VENOSA, 2009, p.222).³⁷

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. Vejamos:

O projeto nº6.960/2002 tentou redigir o art.1790, e finalmente elimina-se a injustiça de se ter o companheiro sobrevivente concorrendo com colaterais de até o quarto grau: na falta de descendentes e ascendentes, o sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Urge que esse texto seja aprovado, pois a redação original do artigo é simplesmente retrógrada. O projeto também sustenta o direito real de habitação ao companheiro remanescente, nos termos do ordenamento anterior. (VENOSA, 2009, p. 149).³⁸

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag.222.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9º. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag.149.

Importante ressaltar que, enquanto uma lei não é aprovada pelo poder legislativo cabe ao judiciário decidir a situação fática da forma mais justa possível.

2.2 A UNIÃO ESTÁVEL E O SEU TRATAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Com o advento da Constituição de 1988, que veio amparar e determinar que as uniões estáveis também fossem maneira de constituição de família. Desta forma, elater o conceito de família e garantir seus direitos. Mas até seu advento família era aquela constituída pelo casamento formal. Na lição de Maria Berenice Dias:

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1.790). Este tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrante **inconstitucional**. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (CF 226 § 3.º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição de família. Conforme Zeno Veloso, o art.1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substancia. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco. (DIAS, 2008, p.66).³⁹

Isso porque é necessário decidir os bens a que terão direito o agora convivente e quais serão os bens do cônjuge. Por tanto é necessário conciliar os direitos sucessórios do cônjuge, previstos entre arts. 1.829 a 1.832 do Código Civil, com os direitos sucessórios dos companheiros, tratados pelo polêmico art.1.790 do Código Civil de 2002.

É necessário dizer que o cônjuge, é herdeiro necessário, e não pode ser excluído da sucessão. Ao passo que o companheiro não tem esta mesma

³⁹DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag. 66.

prerrogativa, concorre com colaterais. Nesse sentido Maria Berenice Dias comenta:

Mais do que isso, a norma é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção a família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. É que a legislação infraconstitucional que regulou a união estável deferiu tratamento igual em matéria sucessória a cônjuges e companheiros como: (a) sucessores; (b) titulares de usufruto legal; e (c) direito real de habitação (Lei 8.971/1994 e 9.278/1996). (DIAS, 2008, p.69).⁴⁰

Com o reconhecimento da separação de fato dos cônjuges, pelo desaparecimento do amor e do afeto, os companheiros podem ser alçados pelo instituto da união estável, surgindo uma entidade familiar nos termos do art.226, §3º da Constituição Federal de 1988.

O art.1.790 do Código Civil refere aos bens adquiridos onerosamente durante a união, ou seja, em relação aos demais bens, o companheiro não participará da sucessão, sendo, então convocados os outros herdeiros, como os colaterais e o Estado. Pois bem, Tartuce esclarece que:

Surge, como primeira polêmica, problema referente aos bens adquiridos pelo companheiro a título gratuito (v.g., doação). Se o companheiro falecido tiver apenas bens recebidos a esse título, não deixando descendentes, ascendentes ou colaterais, os bens devem ser destinados ao companheiro ou ao Estado? Filia-se ao entendimento de destino ao companheiro, pela clareza do art.1.844 do CC, pelo qual os bens somente serão destinados ao Estado se o falecido não deixar cônjuge, *companheiro* ou outro herdeiro. (TARTUCE, 2010, p.2).⁴¹

Pois bem, esse é o entendimento majoritário, eis que exposta a dúvida em relação à possibilidade do companheiro concorrer com o Estado, não há tal incidência de tal concorrência. Concorrendo com outros parentes sucessíveis o companheiro tocará um terço da herança. E o mesmo não ocorrerá com o cônjuge, não concorre com colaterais. Confira o dispositivo:

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag.69.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. Sucessão do Companheiro. O polêmico artigo 1.790 do Código Civil e suas controvérsias principais. Revista magister de direito civil e processual civil. Porto Alegre: editora magister, v.7, n. 39, Nov./Dez. 2010. Pag.2.

Art. 1.790 do Código Civil A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: [...] 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. (VENOSA, 2009. p. 228).⁴²

O princípio da igualdade resta violado ao conferir o cônjuge à condição de herdeiro necessário, ou seja, tem que ser obrigatoriamente observado, enquanto o companheiro a situação de herdeiro legítimo, este tem mera expectativa de direito.

E Maria Berenice Dias que fala claramente sobre o princípio da igualdade que é visivelmente desobedecido quando se trata de direito sucessório:

O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao **princípio da igualdade**, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até, que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado. Ainda bem que a jurisprudência vem se inclinando neste sentido. No entanto, há decisão afastando o direito a concorrência sucessória pelo só fato de o companheiro ter direito a meação, sob o equivocado fundamento de que o preceito legal comporta interpretação teleológica e sistemática, pois do contrário estar-se-ia admitindo favorecimento maior ao convivente em relação ao herdeiro. (DIAS, 2008, p.71).⁴³

O cônjuge foi promovido à condição de herdeiro necessário (Art.1.845CC.) faz jus a legítima, ou seja, à metade do patrimônio. Já o companheiro não goza deste mesmo privilégio art.1.790CC. Há inegável insegurança jurídica como herdeiro facultativo pode imotivadamente ser excluído da sucessão Art.1.850CC. Como o cônjuge é herdeiro necessário, não poderá por ato de última vontade (testamento) ser excluído.

Segundo Maria Berenice Dias, a lei trata de forma injustificável é silente em não reconhecer que a união estável constitui um estado civil. Ora, a união

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pag. 228.

⁴³DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag. 71.

estável é forma de constituição de família como estabelece a Constituição de 1988, assim como, o casamento formal no cartório de registro de pessoas naturais, registrado no livro “B”, ambos se equiparam. Não é bem visto aos olhos, que no fim de uma relação de companheirismo, amizade, amor, ao lado de quem passou uma vida inteira seus direitos sucessórios patrimoniais sejam diferentes de um cônjuge.

Com relação ao princípio da igualdade Maria Berenice Dias traz que:

A mais saliente afronta cometida pela lei é ao princípio da igualdade, ao promover o cônjuge à condição de herdeiro necessário, enquanto o companheiro não passa de herdeiro legítimo. O cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no último lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio, sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou um primo sequer. (DIAS, 2008, p.90).⁴⁴

O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro sucessível art.1.790 IV CC. Havendo concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau art.1.790CC. Desta forma gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro.

Tartuce assevera quanto à inconstitucionalidade:

Como se verá, há julgados que reconhecem a inconstitucionalidade dessa previsão, por colocar o companheiro em possível desfavorável em relação a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se têm contato social. Ora, muitas vezes não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo. Deve ficar claro que este autor está filiado à tese de inconstitucionalidade do comando. Questão de maior relevo refere-se à suposta inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, o que é suscitado por alguns dos nossos maiores *sucessionistas*. De início, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é uma das juristas que sustenta ser o dispositivo inconstitucional, por desprezar a *equalização do companheiro ao cônjuge* constante do art. 226, § 3º, da CF/1988. Do mesmo modo, Zeno Veloso lamenta a redação do comando, lecionando que “As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência”. (TARTUCE, 2010, p.5 – 6).⁴⁵

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag.90.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Sucessão do Companheiro. O polêmico artigo 1.790 do Código Civil e suas controvérsias principais. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: editora magister, v.7, n. 39, Nov./Dez. 2010. Pag. 5-6.

Para Tartuce, o entendimento pela inconstitucionalidade do tratamento dado ao companheiro encontra amparos de julgados dos Tribunais, porém há uma grande variação desses entendimentos. Confira os entendimentos:

Ementa: APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. Não há credibilidade alguma no relato das duas testemunhas arroladas pela parte apelada, que disseram que a falecida só aceitou que o apelante morasse com ela por "gratidão", por ele ter registrado a filha dela como se dele fosse. Isso porque a falecida não apenas aceitou que o apelante fosse morar com ela. Eles viveram juntos, sob o mesmo teto, por mais de 16 anos. E o apelante é o pai registral da filha da falecida, tendo exercido e seguindo exercendo a paternidade socioafetiva ao longo de toda uma vida. Duas pessoas que vivem juntas sob o mesmo teto por mais de 16 anos, em convivência que só se encerra pelo falecimento de uma delas, e que têm uma filha em comum, vivem em **união estável**. DERAM PROVIMENTO.⁴⁶

Há também posicionamentos de que não há nenhuma inconstitucionalidade:

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL . TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITOS SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS O art. 226 , § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloqüente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor **inconstitucional** a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de **inconstitucionalidade** no disposto no **art. 1.790** do CC . Incidente de **inconstitucionalidade** julgado improcedente, por maioria. (Incidente de **Inconstitucionalidade** Nº 70055441331, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 24/02/2014)⁴⁷

Há também entendimento de que não há inconstitucionalidade, por condição mais favorável ao cônjuge:

⁴⁶Apelação Cível Nº 70053927828, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Porta Nova, Julgado em 27/02/2014.

⁴⁷Tribunal Pleno Diário da Justiça do dia 21/03/2014 - 21/3/2014 Incidente de Inconstitucionalidade IIN 70055441331 RS (TJ-RS) Marco Aurélio Heinz.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO SUCESSÓRIO - COMPANHEIRA - **ART.1.790**, III, DO **CÓDIGO CIVIL** - HERDEIROS COLATERAIS - HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO - NECESSIDADE - RECURSO DESPROVIDO. A Corte Superior do egrégio Tribunal de Justiça reconheceu a constitucionalidade do **art.1.790**, III, do **Código Civil**, que determina que se a companheira concorrer com colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança. Dessa forma, necessária a habilitação dos herdeiros colaterais do inventariado.⁴⁸

É importante dizer que há decisões que suspendem o processo até que o órgão especial do Tribunal reconheça ou não a inconstitucionalidade. Há ainda decisão que sustenta a inconstitucionalidade do art. 1.790 por conferir mais direitos ao companheiro do que ao cônjuge. Como se verifica não há um consenso nas decisões.

O Código de 2002, ao elevar o cônjuge como herdeiro necessário e tratar os que vivem em situação de união estável em um único artigo, como herdeiro legítimo, tem se que a negação a este instituto é inconstitucional por afronta ao princípio da igualdade e mesmo ao princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual aponta Paulo Lobo:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, então ela tem dignidade”. Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare uma coisa disponível, ou a um objeto. (LÔBO, 2009, p.37).⁴⁹

Para Lobo, o princípio da igualdade expressamente contido na Constituição no art.226 §5º “Os direitos e deveres referentes à sociedade

⁴⁸ TJ-MG - AI: 10271120120933001 MG, Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 02/05/2013, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2013.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil Famílias. 3º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag.37.

conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido da sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange os companheiros da união estável. Pois o caput do art.226 tutela e protege a família.

Quando houver necessidade de prová-la seja em virtude da negativa de qualquer dos companheiros ou outro motivo, ter-se-á de ajuizar ação declaratória principal ou incidental, cuja finalidade é exatamente a de declarar a existência ou inexistência de relação jurídica, conforme dispõe o art.4º do Código de Processo Civil.

A declaração da existência de união estável também pode se dar após a morte de um dos companheiros, com a conseqüente declaração da dissolução, conforme entendimento do Supremo Tribunal de Justiça. Os meios de prova são os mesmos do Código Civil como testemunha, documento, certidão de nascimento dos filhos, declaração de dependência econômica, entre outros.

Como se verifica enquanto o cônjuge basta à disposição da certidão de casamento o companheiro ainda tem que ser declarado via judicial, *in casu* há de se notar o nível de desequilíbrio.

O companheiro só faz jus à **integralidade** da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo (CC 1.790 IV). Basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança ser transferida a ele. A sorte é que o primo não fica com tudo. Em face do direito de concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau (CC 1.790 III). O resultado da aplicação desta regra legal é totalmente absurda, pois gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro. Ainda bem que a jurisprudência vem deferindo a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente e afastando os colaterais da sucessão. (DIAS, 2008, p.70).⁵⁰

Em razão do tratamento desigual no direito sucessório de casais em união estável o Superior Tribunal de Justiça se manifesta como alvo o Agravo de Instrumento, a seguir exposto:

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag.70.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ABERTURA DE INVENTÁRIO DECISÃO DE 1º GRAU QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DO ARTIGO [1790, II](#), DO [CÓDIGO CIVIL](#) POR ENTENDÊ-LO INCONSTITUCIONAL E APLICOU À COMPANHEIRA AS REGRAS DE DIREITO SUCESSÓRIO PERTINENTES AOS CÔNJUGES EM REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. RECURSO QUE QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO [1790, II](#), DO [CÓDIGO CIVIL](#). NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DO ÓRGÃO ESPECIAL ACERCA DO TEMA. INCOMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS PARA DECLARAR DISPOSITIVOS DE LEI INCONSTITUCIONAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO [97](#), DA [CONSTITUIÇÃO FEDERAL](#) E ARTIGO 270, DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL. REMESSA DO FEITO AO ÓRGÃO ESPECIAL A FIM DE QUE SEJA DELIBERADO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DO ARTIGO [1790, II](#), DO [CÓDIGO CIVIL](#). INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.⁵¹

Negar a possibilidade de tratamento igual a cônjuges e companheiros entidades previstas na Constituição é negar que a família seja regulamentada de uma forma coerente com o princípio da liberdade e de igualdade é entender que todas as famílias são livres e iguais observar o princípio é um padrão que deve ser observado para alcançar a equidade e a justiça, na esperança de que o ordenamento jurídico funciona em perfeita sintonia.

2.3 A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DA COMPANHEIRA, NO INC. IV.

No caso do inciso IV, caso não existam outros herdeiros suscetíveis, caberá ao companheiro sobrevivente todos os bens adquiridos na constância da união estável. Não incluindo nessa gleba os bens particulares do *de cujus*, pois o

⁵¹STJ - AI no RESP: 1135354 PB 2009/0160051-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 02/06/2011.

inciso IV não poderia se desvencilhar do caput que informa que o companheiro sobrevivente herdará tão somente nos bens adquiridos na constância da união. Esse é o entendimento que o doutrinador Zeno Veloso ensina caso seja feita uma leitura fria do inciso. Explica que na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria apenas direito à totalidade da herança que seja composta por bens adquiridos onerosamente na constância da união. E o restante, incluídos os bens particulares do *de cujus* seriam destinados ao Poder Público por força do art. 1.844 do Código Civil.

Art. 1.844 CC. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, está se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. (Pag. 112).⁵²

O doutrinador Zeno Veloso ainda pondera que a totalidade da herança ao qual menciona o inciso IV é a totalidade da herança ao qual o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer, que segundo o caput seriam os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Se houver o caso em que o falecido não deixe nenhum parente sucessível e não deixe patrimônio comum, somente particular, o companheiro sobrevivente nada irá mear, nem ao menos herdar.

Esses bens particulares serão destinados ao Município ou Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal, como preceitua o artigo 1844 do Código Civil. (VELOSO, 2010.Pag.172)⁵³

No entanto, Zeno Veloso menciona em sua obra “Direito Hereditário do Cônjuge e do companheiro” que esse pensamento, de que o companheiro só

⁵²VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag.112.

⁵³ VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag.172.

herdaria a totalidade mencionada no inciso IV no montante dos bens adquiridos na constância na união estável, foi por ele ultrapassado. Seu entendimento atual é de que o inciso IV estaria abrindo uma exceção ao *caput*, pela forma de que foi impressa a expressão: “*totalidade da herança*”. E remete seu pensamento novamente ao art. 1.844, mas dessa vez com um caráter pró companheiro supérstite. Informa que o 1.844 do Código Civil dispõe que a herança só se tornaria vacante caso não sobrevivessem cônjuge ou companheiro, sendo assim não seria devolvida ao poder público.

Entende Veloso que o artigo 1.790 deve ser interpretado de maneira construtiva, deve ser feita uma leitura alternativa do texto legislativo, porém sem exceder na interpretação de forma que modifique a norma ou a revogue, sem posições radicais. (VELOSO, 2010.Pag.130)⁵⁴

Maria Helena Diniz, possui um entendimento pró companheiro sobrevivente quanto à essa questão e quanto à leitura do artigo 1.844 do Código Civil. Diniz ensina que não haveria a possibilidade de o Município, o Distrito Federal ou União sucederem na herança como sucessores irregulares, como na herança de pessoa que falece sem deixar herdeiros, sendo que exista herdeiro *sui generis*, um herdeiro regular, no caso em questão o companheiro sobrevivente. O Poder Público poderia suceder de forma irregular na herança caso essa seja vacante, não poderia o companheiro que dividiu laços de afetividade ser excluído da herança em favor de um ente público. Segundo o entendimento de Maria Helena Diniz, o companheiro herdaria a totalidade da herança, isso incluindo os bens comuns e os bens particulares nesse caso em questão. Diniz baseia seu argumento no preceito de que se não for esse o entendimento haveria a instauração no sistema jurídico de uma lacuna axiológica. Havendo a necessidade, então, da aplicação do art. 5º da Lei de Introdução às normas do

⁵⁴ VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag.130.

Direito Brasileiro onde na aplicação da lei a solução a ser buscada deve estar amparada pelo um fim justo e que atenda ao bem comum.

Em suma, não seria coerente excluir o companheiro de bens dos quais partilhava em vida com o companheiro falecido e dispô-los todos a favor do Estado. Ignorar todos os laços de afetividade que os companheiros possuíam e interpretar de forma fria uma legislação que vai de encontro a preceitos constitucionais da herança e da dignidade da pessoa humana.

2.4 O INCISO III DO ART. 1790 E A CONCORRÊNCIA COM PARENTES DISTANTES

O Inciso III do artigo 1790 do Código Civil de 2002 prevê que “III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”. Esse inciso inclui ao mencionar “outros parentes sucessíveis” os ascendentes sem considerar o grau e os colaterais até o quarto grau. Pelas palavras do Ministro Luís Felipe Salomão relator do AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 – PB⁵⁵ o companheiro sobrevivente concorreria nesse caso com os irmãos, entre outros colaterais como primos e os chamados "tio-avô" e "sobrinho-neto" do companheiro falecido. Diferentemente do tratamento dado ao cônjuge o companheiro sobrevivente concorrerá com parentes do falecido que muitas das vezes não possuíam sequer grau de afinidade com o *de cujus*.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. ART. 1.790, Incisos III E IV Do Código Civil De 2002. União Estável. Sucessão Do Companheiro. Concorrência Com Parentes Sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Quarta Turma. Recorrente : Maria Jaydeth Miranda. Recorrido : Onaldo Lins De Luna – Espólio. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de março de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1064996&num_registro=200901600515&data=20110602&formato=PDF. Acesso em 09 de abril de 2014.

O Ministro Luís Felipe Salomão ainda ressalta que há nessa concorrência uma “brecha de inconstitucionalidade” baseando-se em alguns argumentos: Oprimeiro desses argumentos é que ambas as famílias originadas pelo casamento, quanto pela união estável possuem proteção constitucional equiparadas, não podendo ser tratadas de maneira discricionária e discriminatória. Impedindo que o legislador conferisse menos direito para uma do que para a outra.

O segundo argumento utilizado pelo Excelentíssimo Ministro é que seriam violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade além do direito fundamental à herança e a dignidade da pessoa humana ao ser permitido que parentes distantes do companheiro falecido concorressem com o companheiro na partilha de bens em que o companheiro sobrevivente partilhava com o *de cujus* em vida.

O terceiro argumento seria que a lei 8.971 de 1994 que deu um grande passo ao reconhecer direitos aos companheiros em uma união estável previu a concorrência do companheiro não com qualquer parente sucessível e sim somente com os descendentes e ascendentes e que na falta destes teria o direito à totalidade da herança. Após o silêncio a esse respeito na lei 9.278/96 o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 teria violado o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais ao mitigar o direito à sucessão do companheiro supérstite trazido pela Lei 8.971/94, mais precisamente o do artigo 2º, inciso III.

Art. 2º da Lei 8.971 de 1994: 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.⁵⁶

⁵⁶ 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>>. Acesso em 09 de abril de 2014.

Neste mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves entende que este inciso merece uma grande atenção em relação a sua estrutura e sua forma de interpretação.

Entende Carlos Roberto Gonçalves que esse inciso merece crítica ao estabelecer a concorrência do companheiro com os colaterais, pois feriria o princípio do direito à herança e partilharia bens que eram partilhados pelos companheiros com parentes aos quais não deveriam ter esse direito. Ainda por achar indevida a limitação da sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. (GONÇALVES, 2011.Pag. 118)⁵⁷

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 7. Direito das Sucessões. 5º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pag. 118.

3 O TRATAMENTO ATUAL DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 ENUNCIADOS DE DIREITO CIVIL

Conforme o tema, sucessão em união estável, foi se polemizando gradativamente, diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais foram surgindo. Em 2006 os juízes das Varas da Família e das Sucessões do Interior de São Paulo se organizaram para deliberar sobre o tema e sobre questões do direito de família. Após extensos debates e por maioria de 2/3 dos membros decidiram emitir enunciados com a finalidade de nortear sua atuação futura. Dentre esses enunciados para a monografia são evidenciados quatro deles:

49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido.

52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.⁵⁸

⁵⁸ AMORIM, José Roberto Neves. I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo. 2007. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/texto.asp?id=472>> Acesso em 10.04.2014

Conforme pode se verificar nos enunciados dos juristas de São Paulo a tendência em seus julgamentos é considerar inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil de 2002 por tratar o companheiro de forma desigual e com viés discriminatório. Para evitar um tratamento aos companheiros que afronte os princípios constitucionais, parte da magistratura vem se posicionando no sentido de interpretar a legislação vigente de uma forma que respeite a Constituição e os princípios da igualdade e justiça para que o companheiro supérstite na hora da partilha não seja prejudicado.

Pode-se ainda se extrair do voto do Sr. Ministro Luís Felipe Salomão relator do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5) alguns outros enunciados como por exemplo enunciados da IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Conselho da Justiça Federal no âmbito da Corte do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o Sr. Ministro Luís Felipe Salomão foi aprovado enunciado no sentido de que: "É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente".⁵⁹

Nesse enunciado trazido pelo Ilustríssimo Sr. Ministro é evidenciada a vontade do magistério em se ter declarada a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, tornando válidas as regras contidas no Código Civil atinentes à sucessão dos cônjuges. Segundo entendimento do Ministro não é possível essa diferenciação entre cônjuges e companheiros.

⁵⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. ART. 1.790, Incisos III E IV Do Código Civil De 2002. União Estável. Sucessão Do Companheiro. Concorrência Com Parentes Sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Quarta Turma. Recorrente : Maria Jaydeth Miranda. Recorrido : Onaldo Lins De Luna – Espólio. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de maio de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1064996&num_registro=200901600515&data=20110602&formato=PDF. Acesso em 10 de abril de 2014.

Traz ainda outro enunciado que trata mais especificamente dos incisos do art. 1790 do Código Civil, situação essa já trabalhada nessa monografia, mas que merece amplo destaque. Segundo o enunciado: “Na hipótese de o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns (inc. I) e descendentes somente do de cujus (inc. II), deve-se aplicar o disposto no inc. I, dividindo-se igualmente a herança.” O enunciado ainda traz a justificativa de que “Diante do princípio da igualdade entre os filhos, não se pode conceber sejam estabelecidos quinhões diferentes numa mesma partilha em que concorrem tanto os filhos comuns do companheiro sobrevivente como os descendentes só do autor da herança. Entendimento contrário faria com que os filhos exclusivos do autor da herança tivessem quinhão maior que os filhos também do companheiro sobrevivente.” Esse enunciado mostra que o art. 1790 do Código Civil precisa ser reformulado, ou pelo menos uma interpretação deve nortear o seu entendimento. Os seus próprios incisos criam uma situação em que não possam coexistir e reger um caso concreto específico. No caso de o *de cujus* possuir filhos exclusivos e possuir também filhos comuns com o companheiro supérstite, neste caso foi necessário que interpretações jurisprudenciais indicassem uma melhor posição a ser seguida sob pena de ir de encontro a preceitos constitucionais de igualdade entre filhos e justiça.

3.2. JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA.

Pode-se notar ainda no trabalho dos magistrados que em suas decisões há uma grande discussão sobre o tema. O art. 1.790 ora é suscitado como inconstitucional ora como constitucional e legal. Há ainda em algumas decisões um caráter esclarecedor do artigo nas interpretações que lhe são conferidas, esse é o caso do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5) que fora deveras citado nessa

monografia. O acórdão de relatoria do Ilustríssimo Ministro Luís Felipe Salomão possui determinada ementa:

EMENTA: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art.1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. ACÓRDÃO A Turma, por unanimidade, acolheu o incidente de arguição de inconstitucionalidade e decidiu, em diligência, abrir vista ao Ministério Público Federal para, após, submeter a apreciação do incidente à Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.⁶⁰

O Superior Tribunal de Justiça ao proferir o referido acórdão sob relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão elaborou uma verdadeira obra didática a respeito da sucessão na união estável, mais precisamente sobre o art. 1790 do Código Civil.

No início do voto Ilustríssimo Ministro relata que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, mesmo tendo inovado o regime sucessório de conviventes em uma união estável, vem causando diversos debates doutrinários e jurisprudenciais de substancial envergadura.

O Ministro Luís Felipe Salomão ao proferir seu voto traz ensinamentos de doutrinadores como Francisco José Cahali⁶¹ e Zeno Veloso⁶² que informam que o art. 1.790 do Código Civil é falho e evidencia um retrocesso de tudo que havia sido construído durante os últimos anos acerca da sucessão na união estável, afrontando inclusive princípios constitucionais.

⁶⁰STJ - AI no REsp: 1135354 PB 2009/0160051-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2011

⁶¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil, volume 6: Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228

⁶² VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag.57.

O Sr. Ministro também cita o doutrinador Fábio Ulhoa trazendo o seguinte ensinamento:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais. Por conseguinte, no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge.(Pag.144-145).⁶³

Durante todo o voto o Ministro Luís Felipe Salomão faz menção a enunciados proferidos em jornadas de Direito Civil que visam nortear o entendimento sobre o tema, como, por exemplo, o enunciado ora já mencionado neste capítulo desta monografia que foi proferido na IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Conselho da Justiça Federal e que suscita a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, informando que devem ser aplicadas para a sucessão dos companheiros as regras que são aplicadas aos cônjuges supérstites.

Além dessas mencionadas citações o Respeitável Ministro ainda tece considerações próprias a respeito do tema. Ele considera que o art. 1.790 CC foi erroneamente deslocado para o capítulo de disposições gerais, que haveria no caso uma inadequação topológica. Diz que quem participa da Sucessão não é outro senão o herdeiro, motivo pelo qual a localização adequada do artigo deveria ser a do capítulo em que estão dispostas as regras de ordem da vocação hereditária.

Outro ponto abordado pelo ministro dos que encorpam de forma didática o seu voto foi a questão da restrição quanto a sucessão para os companheiros aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável somente. Abrindo margem para no caso concreto haver a possibilidade de não havendo nenhum outro herdeiro, o companheiro supérstite não fazer jus aos bens deixados pelo *de*

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família; Sucessões, volume5. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.Pag. 144-145

cujus que foram adquiridos antes da união, tendo por consequência esses bens a sorte de herança vacante. Situação essa recriminada pelo Ilustríssimo Ministro Luís Felipe Salomão.

E ainda faz uma abordagem técnica sobre a questão de haver a possibilidade de em casos parecidos o companheiro herdar mais do que o cônjuge na mesma situação. Isso ocorre quando os cônjuges são casados pelo regime legal e quando um deles falece ao outro restará apenas a meação caso concorra com descendentes. O que não ocorre no caso de união estável, no qual o companheiro supérstite além de receber a meação, também irá concorrer com os descendentes naquela parcela de bens em que já havia meado. Segundo o Ministro isso faz com que parte da doutrina acuse que na união estável são conferidos mais direitos do aos companheiros do que aos cônjuges no casamento.

Após tecer os seus comentários e abordar o tema de forma esclarecedora o Ministro vota no sentido de que há a necessidade da averiguação sobre a adequação constitucional do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Mesmo tendo acusado a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790, por questões objetivas do controle incidental de constitucionalidade o seu voto ficou restrito a suscitar a inconstitucionalidade somente dos incisos III e IV do art. 1.790 do referido Código, mesmo que tenha se mostrado a favor de suscitar a inconstitucionalidade de todo o artigo, conforme demonstrou em sua exposição.

Mesmo o Superior Tribunal de Justiça se posicionando favorável ao entendimento de que há um problema com um art. 1790 do Código Civil e com a sucessão entre companheiro que precisa ser superado, esse entendimento não é unânime entre a doutrina e jurisprudência. Há decisões colegiadas, há decisões monocráticas que pendem tanto para o lado de que não há problema e que esse artigo não fere princípio constitucional algum, tanto há aqueles entendimentos que corroboram o do Ministro Luís Felipe Salomão.

Ilustrando o caso em que não haveria problema de constitucionalidade contido no artigo 1790 do Código Civil a 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proferiu decisão na apelação cível nº 20051010071046APC no sentido de que a Constituição Federal não comparou os institutos da União Estável e do casamento, que o Código Civil estipulou prerrogativas e direitos exclusivos aos cônjuges de forma proposital, para diferenciar os institutos. E que tratar de forma diferente os institutos não feriria o princípio da isonomia.

E M E N T A

APELAÇÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA.

1. A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar (art. 226, §3º, CF).

2. É possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro.

3. O tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado.

4. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia - entendimento da Turma no AGI nº 2009.00.2.001862-2.

5. Negou-se provimento ao recurso.⁶⁴

Outrossim, há aquelas decisões, como por exemplo, que vão de encontro ao raciocínio jurídico elaborado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em seu Agravo de Instrumento Nº 70057445777, da Sétima Câmara Cível,

⁶⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Inventário. Companheiro sobrevivente. Herança. Participação. Concorrência com descendentes. Artigo 1.790 do Código Civil. Privilégio em relação a cônjuge sobrevivente. Alegação de inconstitucionalidade. Ofensa ao princípio da isonomia. Inexistência. Apelação Cível 20051010071046APC. 1ª Turma Cível. Apelante: M.P.D.F.E.T. Apelado: V.S.S. Desembargador Flávio Rostirola. Brasília, 13 de maio de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=9&PGATU=1&l=20&ID=62584,39565,10078&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=1790%20uni%E3o%20est%E1vel>> Acesso em 10 de abril de 2014.

decidiu que no caso não tendo direito a meação, em decorrência do regime adotado pelos companheiros, a companheira é herdeira aos bens adquiridos na constância da união estável, então neste caso terá direito ao pedido de habilitação no inventário. Neste caso o Desembargador Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, estabeleceu que no caso em que o companheiro(a) em relação aos bens deve se observar o que vem disposto no art. 226 §3º da CF que dispõe da seguinte forma “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...” e que deveria ser aplicada uma interpretação extensiva do art. 1.831 do Código Civil e do art. 1.725 do mesmo Código para que fossem garantidos os mesmos direitos ao companheiro supérstite que são garantidos ao cônjuge supérstite.

Ementa: INVENTÁRIO. **UNIÃO ESTÁVEL.** DIREITOS DA COMPANHEIRA À SUCESSÃO. HABILITAÇÃO. CABIMENTO. Comprovada a **união estável**, mesmo que a companheira não possua direito à meação, em decorrência de ter sido adotado o regime da separação obrigatória de bens, é herdeira relativamente aos bens adquiridos onerosamente na constância da **união estável**, devendo ser deferido o seu pedido de habilitação no inventário. Incidência do art. 1.790, inc. II, do CCB. Recurso provido.⁶⁵

3.3 PROJETOS DE LEIS QUE VISAM MUDAR A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

Observadas as diversas controvérsias a respeito da sucessão na união estável e em torno do art. 1.790 do Código Civil o legislador não se manteve inerte. Visando buscar um tratamento mais isonômico e amparado por preceitos constitucionais o legislativo vem buscando elaborar leis propondo projetos que estão sob o trâmite para análise e aprovação no Congresso Nacional.

O Primeiro projeto a ser analisado é o projeto de lei PL 6960/2002. Sua situação atual é estar arquivado na mesa diretora da câmara dos deputados desde

⁶⁵ Agravo de Instrumento Nº 70057445777, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014.

o dia 17.03.2008. Este projeto visa mudar vários artigos do Código Civil de 2002 conforme ementa:

Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045, da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências.⁶⁶

Entre estes artigos estão incluídos artigos que dispõem sobre a sucessão na união estável como principalmente o art.1.790 CC. A nova versão do art. 1.790 CC ainda traz uma grande distinção entre os cônjuges e companheiros e não parece resolver os problemas do referido artigo ao trazer texto confuso e extenso. Este projeto de lei justifica a mudança do art. 1.790 CC afirmando que este é um retrocesso na sucessão entre os companheiros, comparado às legislações anteriores, leis 8.971/94 e 9.278/96.

Este projeto de lei por sua vez visa mudar a sucessão na união estável mudando as disposições que diferiam os direitos entre cônjuges e companheiros, os igualando em um mesmo patamar de direitos.

Entretanto, o projeto traz mudanças significativas para a sucessão em geral, tanto para a sucessão dos cônjuges quanto dos companheiros. O Art. 1º da lei traz explícito o seu espírito, que é mudar as regras sucessórias do Código Civil, tornando-as mais equânimes.

⁶⁶ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. **Art. 1º.** Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.⁶⁷

Esse projeto de lei, além de outros artigos, muda o artigo 1.829 que dispõe sobre a sucessão entre cônjuges. A nova redação do artigo incluiria o companheiro equiparado ao cônjuge, não os diferenciando quanto às regras sucessórias. Esta mudança seria uma hipótese plausível para acabar com os problemas evidenciados durante a monografia, como os da concorrência do companheiro com os colaterais ou o fato do patrimônio do *de cujus* poder se tornar vacante.

Entretanto ao analisar o parágrafo único da nova redação pode-se verificar um retrocesso perigoso dessa vez para a situação da sucessão entre cônjuges. A redação mescla o *caput* do art. 1.790 com o do 1.829, limitando, em determinada hipótese, o alcance dos bens a serem repartidos aos adquiridos onerosamente na constância da união ou do casamento.

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados.⁶⁸

⁶⁷ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345372>>. Acesso em 12 de abril de 2014.

⁶⁸ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

Ao tratar a questão sucessória no art. 1.829 não haveria a necessidade de haver o art. 1.790, este projeto de lei acaba revogando, portanto, este artigo tão polêmico e problemático.

Continuando a análise há o projeto de lei PL 674/2007. Este projeto está Aguardando Deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde o dia 15.02.2011. Este projeto, por sua vez, possui a seguinte ementa:

Regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato. Estabelece o estado civil das pessoas em união estável como o de consorte. Altera a Lei nº 10.406, de 2002 e revoga as Leis nºs 8.971, de 1994 e 9.278, de 1996.⁶⁹

Este projeto de lei visa regular a união estável e traz em seus artigos os requisitos para se ter reconhecida essa entidade familiar, as suas características e inclusive no seu art. 2º informa a nomenclatura de como devem ser chamados aqueles que constituem uma união estável.

Art. 2º O Estado Civil das pessoas em união estável é o de Consorte.
Parágrafo Único- Companheiros e consortes são denominações para identificar os sujeitos da união estável, podendo os termos serem utilizados indistintamente.⁷⁰

O projeto de lei além de tratar diversos aspectos sobre a união estável como da prova da união, dos direitos, dos alimentos, do parentesco, do regime de bens ele também trata da sucessão como dispõe os seus artigos 16 a 18.

⁶⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

⁷⁰ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

Art.16- Dissolvida a união estável por morte de um dos consortes o sobrevivente participará da sucessão do companheiro como herdeiro necessário.

§1º- Para efeito de direitos sucessórios o consorte é equiparado, no que couber, a figura do cônjuge.

Art.17- O consorte sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto do imóvel destinado à residência da família.

Art. 18- Toda a matéria relativa a união estável é de competência do juízo da Vara da Família assegurado o segredo de justiça.⁷¹

O artigo 16 qualifica o companheiro como sendo herdeiro necessário, modificando o art. 1.845 do Código Civil que não o incluía nesta classe de herdeiros. Este artigo busca equipar os direitos sucessórios do companheiro ao do cônjuge e no parágrafo primeiro do art. 16 ele informa que o consorte, como é chamado por este projeto de lei o companheiro em uma união estável, será equiparado no que couber a figura do cônjuge nos direitos sucessórios.

Segundo a acadêmica de direito Karen Hellen Esteves de Avelar, em seu artigo publicado, o art. 17 deste projeto de lei está conferindo o usufruto viual ao companheiro. Direito esse que era previsto no Código Civil de 1916 e que foi revogado com o atual Código Civil.

Este direito tinha o objetivo de resguardar direitos sob bens do *de cujus* para o cônjuge que no Código Civil de 1916 não era considerado herdeiro necessário, proteção essa que pareceu desnecessária visto que o Código Civil de 2002 trouxe o cônjuge como herdeiro necessário. Entretanto este projeto de lei peca por trazer tal diferenciação, gerando um tratamento desigual desnecessário entre cônjuge e companheiro. (AVELAR, 2011)⁷²

O próximo projeto de lei a ser objeto de breve análise sob o tema é o projeto de lei PL 7583/2010. Este projeto de lei se encontra apensado ao projeto de lei PL 6025/2005 que por sua vez está aguardando Parecer na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005, ao

⁷¹ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

⁷² AVELAR, Karen Hellen Esteves de. A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19594>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

Projeto de Lei nº 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei nº 5.869, de 1973) (PL602505) desde o dia 22.11.2012. Este projeto de lei traz consigo a seguinte ementa:

Altera as Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e revoga as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e nº 9.278, de 10 de maio de 1996, para assegurar a ampliação dos direitos civis dos companheiros na união estável.⁷³

Pode-se notar pela ementa que este é mais um projeto de lei que visa alterar os direitos civis do companheiro em uma união estável ampliando-os e tornando-os mais próximos aos direitos conferidos aos cônjuges em uma relação matrimonial.

Este projeto de lei recebe a nomenclatura no Senado Federal de Projeto De Lei Do Senado Nº 267, DE 2009. Este projeto além de alterar dispositivos do Código Civil que tratam do direito sucessório, traz um novo artigo. O 1.829-A, trazendo para o capítulo das sucessões a sucessão do companheiro em uma União Estável. Visto que o art. 1.790 do Código Civil que trata sobre o tema se encontra deslocado no capítulo de disposições gerais do referido Código.

“Art. 1.829-A. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se havia:

a) comunhão de bens durante a união estável e inexistiam bens particulares do autor da herança; ou

b) impedimento para o casamento, ou motivo para, se celebrado, rege-se pela separação obrigatória de bens (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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.⁷⁴

⁷³ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482478>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

⁷⁴ SENADO FEDERAL, Projetos e Matérias Legislativas. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=61504>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

Se comparado o novo artigo trazido pelo projeto com o art. 1.790 do Código Civil podem ser verificados diversas mudanças. A começar pelo *caput* o art. 1.829-A não faz menção se os bens ao qual recairá a sucessão do companheiro serão os adquiridos de forma onerosa durante a constância da união. Isso faz com que estejam englobados todos os bens adquiridos onerosamente ou não. O que valeria por consequência seria o regime de bens imposto na união estável, que possui como regra geral o regime legal de bens, de comunhão parcial.

Outras mudanças nítidas, que se aproximariam às regras atuais sobre a sucessão dos cônjuges, são a ausência de diferenciação entre filhos exclusivos do *de cujus* e filhos comuns aos companheiros. Este dispositivo acabaria com a confusão de ao se calcular o quinhão de cada parte estar incluídos como herdeiros, o companheiro supérstite, filhos comuns e exclusivos. E também a ausência de concorrência do companheiro supérstite com os colaterais, resolvendo também o problema do companheiro que perdia seus bens para colaterais de até 4º grau, injustiça essa fortemente debatida nos tribunais.

Outro problema que é muito discutido inclusive nesta monografia é o direito real de habitação para os companheiros supérstites. Essa controvérsia, se esse direito foi ou não revogado pelo Código Civil de 2002, acabaria com o parágrafo único do art. 1.829-A trazido por este projeto de lei. O seu parágrafo único dispõe expressamente sobre a garantia desse direito. Concedendo ao companheiro supérstite o direito real à habitação do imóvel residencial desde que seja o único daquela natureza. Situação essa que vem sido empregada em decisões pelos tribunais brasileiros.

Entretanto, segundo a acadêmica de direito Karen Hellen Esteves de Avelar, em seu artigo publicado, este projeto de lei também não confere integral tratamento isonômico aos companheiros em comparação aos cônjuges.

Pois, em seu inciso segundo, ao companheiro em concorrência com os ascendentes caberia à metade do que couber a cada um destes. O que não ocorre na sucessão dos cônjuges em concorrência com os ascendentes do *de cujus*. (AVELAR, 2011)⁷⁵

O último projeto a ser analisado é a PL 699/2011, como todos os outros supracitados visa alterar o Código Civil para garantir uma maior isonomia perante o direito sucessórios dos companheiros em uma união estável. Este projeto em seu artigo primeiro traz os artigos os quais ele visa modificar, dentro o qual se encontra o art. 1.790 que ficaria com a seguinte redação:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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.⁷⁶

É possível se verificar que a redação desse artigo trazido por este projeto é idêntica ao do art. 1.829-A trazido pelo projeto de lei do senado acima mencionado, Projeto De Lei Do Senado Nº 267, DE 2009. Este artigo traria todas as mudanças mencionadas a respeito do 1.829-A, no entanto, a parte sucessória da união estável ainda estaria disposta em capítulo de disposições gerais e não conjuntamente com as outras disposições sucessórias que traz o Código Civil de 2002.

⁷⁵ AVELAR, Karen Hellen Esteves de. A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19594>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

⁷⁶ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em 05 de março de 2014.

Após essa análise sucinta de projetos de leis que visam mudar a situação atual da sucessão na união estável, resta evidente que há problemas sérios sobre essa questão, sejam eles de cunho constitucional, sejam eles de cunho principiológico, que necessitam de real mudança sob o receio de prejudicar ainda muitos cidadãos que vivem essa realidade. O legislativo vem com diversas propostas de reforma para tentar resolver esse problema. Entretanto, muito deles apesar de demonstrarem um avanço real, demonstram retrocessos em vários pontos. O art. 1.790 do Código Civil precisa ser alterado, a sucessão na união estável precisa de uma legislação que a ampare de forma justa e isonômica, respeitando o preceito constitucional de união estável como entidade familiar que necessita de proteção estatal e tratamento digno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema escolhido para este trabalho de monografia foi a inconstitucionalidade do art.1790 CC no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, tentou-se abordar a figura da união estável de forma objetiva, explicitando as suas características e direitos, construindo um raciocínio que tem como fim a análise das regras sobre a sucessão entre companheiros em uma união estável no direito brasileiro atual.

A problemática que dificultou a monografia foi a má construção do dispositivo legal que versa sobre a sucessão na união estável, com foco no art. 1.790 do Código Civil de 2002.

O objetivo do trabalho foi o de construir um raciocínio acerca da união estável, quais as suas características, qual a legislação que a ampara e dando ênfase na questão sucessória e como a doutrina e jurisprudência encaram a legislação a respeito do tema.

O trabalho buscou demonstrar a importância de se ter uma legislação sólida para tratar do tema sucessão patrimonial entre companheiros em união estável. Evidenciou os direitos e deveres inerentes aos conviventes em união estável e a posição doutrinária acerca das questões controversas a respeito do tema.

A monografia buscou fazer um estudo objetivo sobre os dispositivos legais sobre sucessão entre companheiros dispostos no Código Civil de 2002. Dando ênfase em seu artigo 1.790 e a problemática que o envolve. Através de julgados e estudos de doutrinadores o trabalho buscou a todo tempo respaldar o seu conteúdo em entendimentos coerentes de Tribunais e juristas.

A sucessão dos companheiros em uma união estável é uma questão muito controversa que provoca intensos debates de todas as naturezas, sejam eles acadêmicos, doutrinários ou jurisprudenciais. O que ocorre é que o dispositivo legal que trata as regras gerais dessa sucessão é alvo de diversas críticas. O art.

1.790 do Código Civil possui um escopo retrógrado e uma redação questionável. Abrindo margem para diversas teorias de ilegalidade e inclusive inconstitucionalidade. Outrossim, não é somente o art. 1.790 que sofre críticas, a própria ausência de dispositivos no Código Civil, como o que regularia o direito real de habitação para os companheiros também é muito criticada.

Na tentativa de se mudar o tratamento dado às questões sucessórias entre conviventes em uma união estável o poder legislativo vem trabalhando ostensivamente no intuito de obter uma legislação favorável à própria população que cada vez mais vem contraindo relações e constituindo entidades familiares denominadas de União Estável.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 consolidou um fato que já era realidade na sociedade brasileira, as relações extramatrimoniais que visavam constituir família. Com a Constituição de 1988 essas entidades familiares ganharam mais proteção, o que já vinha ocorrendo em legislações anteriores como as leis 8971/94 e 9278/96. Com o surgimento do Código Civil de 2002, houve um retrocesso e uma afronta a esses direitos inclusive aos princípios constitucionais.

O Código Civil abordou de forma preconceituosa e omissa em vários aspectos a sucessão entre companheiros. E feriu o princípio da isonomia e o preceito trazido pelo art. 226 da Constituição Federal ao tratar de forma deveras diversa os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

O trabalho buscou demonstrar que a legislação atual sobre o tema discutido é deficitária e precisa ser alterada. Também que é de extrema importância o papel do judiciário ao conduzir as interpretações para que a sociedade não seja prejudicada por esse retrocesso social e legislativo trazido pelo Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo. 2007. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/texto.asp?id=472>> Acesso em 11.04.2014.

AVELAR, Karen Hellen Esteves de. A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19594>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

Apelação Cível Nº 70053927828, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Porta Nova, Julgado em 27/02/2014.

BRASIL, Projeto de Lei nº3771 de 1966. Institui o Código Civil, Autor: Nelson Carneiro. Publicado no Diário do Congresso Nacional em, 19 de agosto de 1966.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. ART. 1.790, Incisos III E IV Do Código Civil De 2002. União Estável. Sucessão Do Companheiro. Concorrência Com Parentes Sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Quarta Turma. Recorrente : Maria Jaydeth Miranda. Recorrido :Ornaldo Lins De Luna – Espólio. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 de março de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1064996&num_registro=200901600515&data=20110602&formato=PDF. Acesso em 09 de abril de 2014.

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>>. Acesso em 09 de abril de 2014.

BRASIL, LEI Nº 9.278/96, de 10 de Maio de 1996. Regula o § 3 do artigo 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de abril de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. ART. 1.790, Incisos III E IV Do Código Civil De 2002. União Estável. Sucessão Do Companheiro. Concorrência Com Parentes Sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Quarta Turma. Recorrente : Maria Jaydeth Miranda. Recorrido :Onaldo Lins De Luna – Espólio. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=>

1064996&num_registro=200901600515&data=20110602&formato=PDF. Acesso em 10 de abril de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. ART. 1.790, Incisos III E IV Do Código Civil De 2002. União Estável. Sucessão Do Companheiro. Concorrência Com Parentes Sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Quarta Turma. Recorrente : Maria Jaydeth Miranda. Recorrido : Onaldo Lins De Luna – Espólio. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de maio de 2011. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1064996&num_registro=200901600515&data=20110602&formato=PDF. Acesso em 10 de abril de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Inventário. Companheiro sobrevivente. Herança. Participação. Concorrência com descendentes. Artigo 1.790 do código civil. Privilégio em relação a cônjuge sobrevivente. Alegação de inconstitucionalidade. Ofensa ao princípio da isonomia. Inexistência. Apelação Cível 20051010071046APC. 1ª Turma Cível. Apelante: M.P.D.F.E.T. Apelado: V.S.S. Desembargador Flávio Rostirola. Brasília, 13 de maio de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=9&PGATU=1&l=20&ID=62584,39565,10078&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=1790%20uni%E3o%20est%E1vel>> Acesso em 10 de abril de 2014.

Agravo de Instrumento Nº 70057445777, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014.

BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/l10406.htm>>. Acesso em : 05 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380 e 382. Publicado em: DJe 16/12/2011. Acesso em 27/05/2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/CCivil/_03/Constituição. Acesso em 26/05/2014.

BRASIL. Código Civil de 2002. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil>. Acesso em 07 de maio de 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil, volume 6: Direito das Sucessões, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família; Sucessões, volume 5. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279454>>. Acesso em 12 de abril de 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345372>>. Acesso em 12 de abril de 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482478>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS, Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em 05 de março de 2014.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Do Direito Sucessório dos Companheiros. In. Direito de Família e o Novo Código Civil. 4º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4º edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 6 – Direito das Sucessões. 24ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 7. Direito das Sucessões. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, **STJ reconhece direito real de habitação à companheira**, acesso em <www.ibdfam.gov.br> acessado em 08/01/2014.

LÔBO, Paulo. Direito Civil Famílias. 3º edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Milton Alves. A Inconstitucionalidade do Artigo 1790 do Novo Código Civil Brasileiro. Direito em Ação 01, Brasília V.7 n° 1, junho 2006. Editora Universal.

PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados Aprovados – Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/JornadaPdf>>. Acesso em 20 de março de 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, Instituições de Direito Civil, 20º edição: São Paulo. Revista e Atualizada, Editora Forense, 2012.

STJ - AI no RESP: 1135354 PB 2009/0160051-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/05/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 02/06/2011.

SENADO FEDERAL, Projetos e Matérias Legislativas. Brasília 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=61504>>. Acesso em 11 de abril de 2014.

Tribunal Pleno Diário da Justiça do dia 21/03/2014 - 21/3/2014 Incidente de Inconstitucionalidade IIN 70055441331 RS (TJ-RS) Marco Aurélio Heinz.

TJ-MG - AI: 10271120120933001 MG , Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 02/05/2013, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/05/2013)

TARTUCE, Flávio. Sucessão do Companheiro. O polêmico artigo 1.790 do Código Civil e suas controvérsias principais. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: editora magister, v.7, n. 39, Nov./Dez. 2010.

VELOSO, Zeno. Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito de Família, 3ºed.Editora ; São Paulo.Atlas,Vol.06, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil:Direito das Sucessões 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.