



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS – DHL

PRYNCYA BARBOSA GONÇALVES FERNANDES

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS: INCONGRUÊNCIA E
INCONSTITUCIONALIDADE NO TRATAMENTO CODIFICADO DA MATÉRIA**

Três Rios, RJ

2015

PRYNKYA BARBOSA GONÇALVES FERNANDES

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS: INCONGRUÊNCIA E
INCONSTITUCIONALIDADE NO TRATAMENTO CODIFICADO DA MATÉRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação oferecido pela Universidade
Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro,
campus Instituto Três Rios.

Orientadora: Prof.^a Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Três Rios, RJ

2015

F363d Fernandes, Pryncyra Gonçalves Barbosa, 1990-
Direito sucessório dos companheiros: Incongruência e
inconstitucionalidade no tratamento codificado da matéria. / Pryncyra
Gonçalves Barbosa Fernandes. - Rio de Janeiro, 2015.
39 f.

Orientadora: Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do
Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanidades
e Letras, Bacharel em Direito, 2015.

1. Direito Sucessório. 2. Conceito de Família. 3. União estável. 4.
Inconstitucionalidade. 5. Equiparação entre cônjuge e companheiro. I.
Ribeiro Corrêa Sampaio, Vanessa, orient. II. Universidade Federal Rural
do Rio de Janeiro. Instituto Três Rios. Departamento de Direito,
Humanidades e Letras. III. Título.

PRYNKYA BARBOSA GONÇALVES FERNANDES

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS: INCONGRUÊNCIA E
INCONSTITUCIONALIDADE NO TRATAMENTO CODIFICADO DA MATÉRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em curso
de graduação oferecido pela Universidade
Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro,
campus Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professora Orientadora Dra. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio – UFRRJ-ITR

Professor Dr. Ludmilla Elyseu – UFRRJ-ITR

Professor Dr. Rulian Emmerick – UFRRJ-ITR

Aos meus amados pais, Cylene e Marco Aurélio as razões da minha vida, fonte de inspiração e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor do meu destino, que me permitiu a realização de um sonho. Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicionais e por acreditarem nos meus sonhos. À minha irmã e meu irmão, meus maiores orgulhos. Ao meu padrinho, meu eterno exemplo de foco e dedicação. Ao meu namorado Felipe pelo amor e compreensão. À minha amiga Mayara, pela cumplicidade diária e ajuda na formatação deste trabalho. À minha professora, amiga e orientadora, Vanessa, por toda a paciência, incentivo e carinho dedicados a mim. E principalmente, pelo modelo de profissional brilhante e competente que sempre me inspirou. À URRJ-ITR, professores, técnicos, pelo acolhimento, carinho, problemas, realizações e incentivos, fui muito feliz aqui e na escolha da minha Universidade. Obrigada!

Tristes tempos nossos que é mais fácil desintegrar
um átomo do que um preconceito.

Albert Einstein.

RESUMO

FERNANDES. Pryncyra Barbosa Gonçalves. **Direito sucessório dos companheiros: Incongruência e inconstitucionalidade no tratamento codificado da matéria.** 2015. Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Línguas, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

O presente estudo pretende analisar os principais aspectos jurídicos dos direitos sucessórios dos companheiros tratado pelo artigo 1.790 no Código Civil eis que conta com um tratamento diferenciado, inferior quando comparado ao cônjuge. Sabe-se que o reconhecimento da união estável como instituição familiar veio com a Constituição Federal de 1988, o que trouxe consigo a necessidade de regulamentar o direito sucessório dos companheiros. Assim, foram então elaboradas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. A primeira determinou o direito de usufruto, alimentos e o direito à herança; e a segunda determinou o direito real de habitação. Evidentemente as normas de 94 e 96 buscaram a todo instante a equiparação no tratamento sucessório aos cônjuges e companheiros, vislumbrando a proteção da família, independentemente da sua forma de concepção. Com a vigência do Código Civil, esperava-se uma evolução no sentido de tentar satisfazer as necessidades e adaptar o Direito Civil a uma sociedade contemporânea, pois a expectativa era de uma grande melhoria o que de fato não ocorreu, pelo contrário, o que houve foi um prejuízo do direito do companheiro sobrevivente em comparação com o do cônjuge, conduzindo a inquirição da inconstitucionalidade do art. 1.790 pela doutrina e pelos tribunais pátrios.

Palavras-chaves: Sucessão no Código Civil. Inconstitucionalidade. União Estável.

ABSTRACT

FERNANDES. Prynca Barbosa Gonçalves. **Inheritance law of the companions: Incongruence and unconstitutional treatment encoded matter.** 2015. Três Rios Institute, Department of Law, Humanities and Languages, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

This study aims to analyze the main legal aspects of inheritance of comrades treated by Article 1790 of the Civil Code behold has a different treatment, lower when compared to the spouse. It is known that the recognition of stable unions as family institution came with the Federal Constitution of 1988, which brought with it the need to regulate the law of succession of mates. Thus, the Laws were then drafted No. 8.971/ 94 and 9.278/96. The first determined the right of usufruct, sustenance and the right to inheritance; and the second determined the right to housing. It is obvious that the laws from 94 and 96 sought at all times to equate the succession treatment to spouses and companions, seeing the protection of the family, whatever form design. With the term of the Civil Code, expected to be a move towards trying to meet the needs and adapt the Civil Right to contemporary society because the expectation was a great improvement which in fact did not occur, however, what happened was a loss of the right of the surviving partner compared to the spouse, leading to questioning the unconstitutionality of art. 1790 by the doctrine and the national courts.

Keywords: Succession in the Civil Code. Unconstitutionality. Stable union.

LISTA DE ABREVIATURAS

AI	Arguição de Inconstitucionalidade
ART.	Artigo
CC	Código Civil de 2002
CC/1916	Código Civil de 1916
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
1.1 O Direito de Família em constante transformação	12
1.2 O conceito de família interpretado à luz da Constituição.....	14
1.3 União Estável e seus efeitos	17
CAPÍTULO 2: A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	21
2.1 Breves comentários da Leis 8.971/94 e 9.278/96	21
CAPÍTULO 3: A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	28
3.1 Vigência do Código Civil de 2002.....	28
CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a convivência fática entre homens e mulheres, intitulada pelo artigo 226, §3º, de união estável, passou a ser reconhecida como entidade familiar. Posteriormente a fim de regulamentar tal dispositivo, editaram-se as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, cujas disposições foram, em grande parte, adotadas pelo Código Civil de 2002.

Com o novo código, discute-se a questão do direito sucessório dos companheiros, uma temática de grande importância, sem que haja um posicionamento uniforme dos tribunais brasileiros. É necessário compreender o conceito de família, reconhecendo a união estável como tal sem equipará-la ao instituto do casamento, mas conferindo os mesmos direitos. Faz-se mister, ainda, aproximar do mundo jurídico das diversas formas de afeto, abolindo o padrão social tido como o perfeito estereótipo de estrutura familiar. O ordenamento civil atual mostra-se desigual, e porque não dizer preconceituoso, no que tange ao tratamento no direito sucessório dos companheiros em relação ao cônjuge.

No primeiro capítulo do presente trabalho, será apresentada uma breve evolução histórica do conceito de família e sua transformação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, algumas conjecturas tidas como essenciais para o desenvolvimento deste estudo, tais como a análise da importância conceitual de família para a sociedade, os princípios constitucionais que a protegem, o surgimento de novas ideias de família e, ainda, da necessidade do equilíbrio na atribuição de direitos iguais aos diversos arranjos familiares.

Sabe-se que, por força dos artigos 1.790 e 1.845 do Código Civil, o companheiro, ao contrário do cônjuge, não figura como herdeiro necessário, o que acarreta a possibilidade do autor da herança dispor, em testamento, da integralidade de seu patrimônio (CC, artigos 1.845, 1.846, e 1.857), ressalvado, conforme o caso, ao companheiro sobrevivente o direito de meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Logo depois, no segundo capítulo, fala-se sobre a união estável e seus efeitos, bem como sobre a evolução legislativa no que tange ao direito sucessório dos companheiros, a distinção entre casamento e a união estável, e como é realizada a partilha de bens na sucessão, evidenciando a notável desigualdade que permeia o instituto da união estável.

Cumprido ressaltar que anteriormente a relação familiar era regulada tão somente pelo

Código Civil de 1916, onde apenas era admitido o casamento como forma de constituição deste vínculo. O mesmo entendimento foi adotado na Carta Magna de 1967, perdurando até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O conflito surgiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que tratou da situação da união estável de forma muito superficial, pois se esperava uma grande evolução, o que não aconteceu, pelo menos no que tange à tutela sucessória da união estável. O que de fato aconteceu foi exatamente o contrário, prejudicando o direito do companheiro sobrevivente em comparação com o do cônjuge.

Da análise do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, temática de questionamento no terceiro capítulo, menciona o direito sucessório dos companheiros, ver-se-á injustiça praticada por parte do legislador em comparação com o tratamento do direito sucessório dispensado aos cônjuges. Tal afirmativa se dá pelo fato da concorrência com outros parentes sucessíveis do *de cuius* ser muito maior no caso de união estável, dificultando o alcance do patrimônio recebido a título de herança, levantando questionamentos no que se refere a sua constitucionalidade, bem como um exame os casos concretos, julgados, entendimentos e posicionamentos dos tribunais brasileiros sobre sucessão dos companheiros, abolindo a ideia antiquada de um modelo social tido como perfeito estereótipo de estrutura familiar.

CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Direito de Família em constante transformação

Dentre todos os ramos do Direito o que mais sofreu alterações é o Direito de Família. Além de outros aspectos, as lutas contra desigualdades de direitos, a influência dos costumes, o comportamento da sociedade na incorporação de novos valores, fez despontar inúmeras mudanças legislativas e foram responsáveis por reformulações nas regras do seu regimento. Assim, quando se trata dos problemas e questões pertinentes do Direito de Família, a realidade não pode ser alcançada na íntegra pela disciplina normativa.

Desta forma ocorreu com antigo concubinato, palavra que tem sua etimologia oriunda do latim *concubere* (estar deitado com outrem)¹, que, atualmente afastado o contexto pejorativo popular, também denominada de união estável ou companheirismo. Fato social bastante antigo na civilização humana. Ronaldo Frigini, aponta que, mesmo com o regime da poligamia dos casados, era frequente a existência de concubinas na vida dos homens, além de suas esposas².

As uniões informais e livres durante o século XVIII e início do século XIX, representaram a mobilidade da forma de se relacionar adotada pela maioria dos casais da Europa e das Américas, tendo em vista que por razões de cunho religioso, cultural ou econômico, a legislação de inúmeros países proibia o casamento entre pessoas de diferentes raças ou classe social³.

O elevado número de casais unidos informalmente deve-se também às facilidades encontradas no companheirismo, tendo em vista que este afasta o ato cerimonioso e complexo do matrimônio, uma vez que o casamento impõe uma série de exigências desde a sua

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 115-116.

² FRIGINI, Ronaldo. **O concubinato e a nova ordem constitucional**. Revista dos Tribunais, n. 686, p. 56, dez 1992.

³ THERBORN, Goran. **Sexo e Poder: a família no mundo 1900-2000**. Tradução de Elisabete Doria Bilac. São Paulo: Editora Contexto, 2006. O autor fornece estatísticas mundiais sobre o número de uniões informais, nascimentos de filhos fora do casamento, quantidade de mulheres solteiras, entre outros. No que diz respeito as uniões informais o autor: “A coabitação informal - um casamento puramente consensual - é uma antiga prática cristã da Europa Ocidental que perdeu sua legitimidade no início da modernidade, aumentou de modo repentino no início da proletarização industrial europeia, e foi depois abandonada na era do casamento industrial.”

concepção até a dissolução. Nesse sentido, percebe Álvaro Villaça Azevedo que “(...) os casais preferem, no mais das vezes, a vida livre e irresponsável, no sentido de não estarem presos a normas de ordem pública⁴.

De certa forma, é possível concluir que nas últimas décadas o companheirismo tem se propagado. Independentemente do motivo que impulsiona um casal a optar por viver em união estável, sem celebração do casamento, certamente o seu cerne se encontra no afastamento da interferência estatal⁵. Entretanto, tal afastamento não deve implicar a ausência de reconhecimento de família bem como de direito a proteção dos efeitos patrimoniais e pessoais. Embora sejam institutos diferentes o casamento é o parâmetro usado pelo legislador para regulamentar os efeitos patrimoniais da união estável, o que torna todo seu regramento uma tentativa de aproximação e conversão às normas do matrimônio.

Essencialmente a família firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador e intimidador do pai, que assumia a direção desta entidade e dos bens e a sua evolução. Segundo Friedrich Engels, subdivide-se em quatro etapas: família consanguínea, família punaluaana, pré-monogâmica e a monogâmica, tendo cada uma suas características e particularidades⁶. Esta última etapa foi adotada como forma de manter para si uma esposa, já que eram raras; etapa caracterizada pelo casamento e pela procriação. E ainda, de acordo com Engels, o direito de romper o matrimônio era apenas do homem, podendo também devolver a sua mulher caso ela não pudesse gerar filhos⁷.

No Brasil, as normas que estruturavam as famílias só começaram a ser produzidas no século XIX. O marido era considerado chefe e administrador da sociedade conjugal, o que muito se aproximava do modelo Romano. Assim, com a Proclamação da República foi editado o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que somente reconheceu como válido o casamento civil, mas já se admitia, como subsidiário, o casamento civil entre não católicos.

A Constituição Federal de 1934 estabeleceu regra que permitiu o reconhecimento da produção de efeitos civis ao casamento religioso, desde que o rito não contrariasse a ordem pública e os bons costumes, e se seguissem o cumprimento das disposições legais necessárias

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de fato**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

⁵ NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso do casamento do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 190.

⁶ ENGELS, Friedrich. A origem da família da propriedade privada e do Estado. Tradução por Ciro Mioranza. **Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal**. v. 2. 2ª ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d]. p. 31.

⁷ *Id. ibid. loc. cit.*

ao casamento civil. A atual Constituição Federal ainda faz referência protetiva ao casamento civil, mas expressamente reconhece efeitos civis ao casamento religioso com prévia ou posterior habilitação civil. A Constituição de 1891 só reconhecia o casamento civil. Nas Constituições que se seguiram veio mantida a Instituição, com a proteção, inclusive, do casamento religioso com efeitos civis. Em 1916, com a edição do Código Civil, o único modo de constituição da família era o casamento, e este era indissolúvel.

Neste modelo reduzido, antes da união estável ser considerada uma forma de se constituir família, fazia-se necessária a comprovação de uma sociedade de fato, regida pelas normas do Direito Obrigacional, ou seja, precisava-se confirmar a contribuição econômica-financeira entre os conviventes⁸.

No Código Civil de 2002 não se encontra um conceito de casamento, porém a doutrina majoritária, interpretando os dispositivos legais, tentou defini-lo a partir da união entre homem e mulher, por meio da manifestação solene de vontade perante o Estado. Entendimento este que veremos ser insuficiente para abarcar as necessidades sociais dos dias de hoje e incoerente com a interpretação evolutiva que modificou a literalidade da norma.

1.2 A Família e seus princípios constitucionais

É inegável que o direito tenta reproduzir as relações humano-sociais. Fato que não é totalmente possível tendo em vista que nas relações humanas estão em transformações de maneira célere e o Direito não é capaz de acompanhar para sua regulamentação.

Com a evolução social, o convívio humano se transformou tantas vezes, que acabou sendo impossível a criação de um conceito de família que englobasse todas as situações pertinentes, tornando insuficiente a conceituação da família tradicional composta pelo matrimônio de duas pessoas de sexos diferentes com filhos. Sendo necessário desvincular que o casamento seria a única forma de formação de uma família.

O Direito, em sua essência tem a função de promover o desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Uma família bem constituída, fundada em princípios de urbanidade e solidariedade, traz, de uma maneira geral, benefícios a toda a sociedade. Desta forma,

⁸ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Comentários ao novo Código Civil. Volume XX: da união estável, da tutela e da curatela.** Colaboradores e equipe de pesquisa: Ana Carolina Brochado Teixeira e Cláudia Maria Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 153.

considerando elemento de suma importância social, decidiu o legislador tratar em nível constitucional.

Em relação à união informal entre homem e mulher, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 226, §3º, enunciou: “Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Lembrando, ainda, que o referido artigo, em não sendo interpretado como um rol taxativo traz uma ideia de pluralismo familiar.

Neste sentido, preceitua Perlingieri:

A família como formação social, como ‘sociedade natural’ é garantida pela Constituição (...) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (...) ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a pertencem. (...) Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa (...). Pode-se imaginar o interesse individual de cada familiar.⁹

Já na visão de Carlos Roberto Gonçalves, as alterações introduzidas no direito civil, especificadamente em matéria de direito de família, “visam preservar a coesão familiar e os valores culturais.”¹⁰

Segundo uma interpretação mais positivada, pode-se compreender tais assertivas segundo o princípio da função social da família, garantido no artigo 226, *caput* da Constituição Federal. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a principal função da família e sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, mas, sim, o meio social para a nossa felicidade na relação com o outro.”¹¹

Fato é que Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao demonstrar que o Direito de Família teria de ser interpretado em consonância aos princípios constitucionais, reconhecendo pela primeira vez, na história da legislação brasileira, a união estável como nova forma de entidade familiar, tendo em vista que anteriormente somente através do casamento era possível constituir família. Embora tenha sido constitucionalmente reconhecida como entidade familiar, e sendo um instituto diferente do casamento, este é o parâmetro usado pelo

⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 06. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolzer; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 98.

legislador para regulamentar os efeitos patrimoniais da união estável, o que torna todo seu regramento uma tentativa de aproximação e conversão às normas do matrimônio.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio concedeu a proteção a união informal, não objetiva apenas o momento da sua dissolução, mas principalmente a forma de comportamento durante a sua constância.

Esta constitucionalização do Direito de família permite, entre outros aspectos, elevar os direitos fundamentais da pessoa, a dignidade da pessoa humana, assim, passou a ocupar posição de destaque, como Gustavo Tepedino confirma:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.¹²

Não só o princípio da dignidade da pessoa humana merece evidência, entre outros, discutir-se-á os de maior relevância para o estudo da união estável.

Nesta seara, ressalta-se o princípio de igualdade entre os filhos, determina o artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” No mesmo sentido, o artigo 1.596 do Código Civil de 2002, que possui a mesma redação do referido artigo constitucional.

Desta forma, encontra-se superada a antiga discriminação dos filhos havidos fora do casamento, cujo tratamento diferenciado era garantido, lamentavelmente pelo próprio ordenamento pátrio, atualmente revogado, no artigo 336 do antigo Código Civil de 1916: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.”

Atualmente, com fundamento no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, todos são iguais perante a lei, independente se concebidos ou não dentro do casamento. Igualdade esta que abrange os filhos adotivos.

Da mesma maneira como há igualdade entre os filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional, a lei reconhece igualdade entre homens e mulheres no que se refere a sociedade conjugal ou convivencial, formada pelo casamento ou união

¹² TEPEDINO, Gustavo. **Temas do Direito Civil**. São Paulo: Editora Renovar, 1999. p. 22.

estável¹³. Preceitua o artigo 1.511 do Código Civil de 2002 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de deveres e direitos dos cônjuges”, obviamente esta igualdade vem sendo interpretada extensivamente no sentido de abranger a união estável, tendo em vista seu reconhecimento constitucional como entidade familiar, conforme artigo 226, §3º da CF/88.

Com base nesse entendimento, os princípios constitucionais do direito de família servem de base em sentido lato para a tutela da instituição família em nosso ordenamento jurídico e que norteiam os parâmetros sobre a definição de suas bases, conceito e formação.

Assim, o desafio atual do ordenamento jurídico brasileiro é resguardar e dar proteção a essas novas entidades familiares, algumas, ainda que constituídas de fato, não recebem qualquer previsão legal ou garantias das famílias tradicionais, como o caso das famílias paralelas, e outras que já obtém o reconhecimento, mas não os mesmos direitos, como se pode exemplificar na sucessão dos companheiros (união estável) em comparação a sucessão dos cônjuges (casamento).

1.3.1 A União Estável e seus efeitos

No que tange a união estável, o Código Civil traz um capítulo próprio relativo à ao assunto, entre os seus artigos 1.723 a 1727. Além disso, há o artigo 1.694 que consagra o direito aos alimentos aos companheiros, e o artigo 1.790 que prevê o direito sucessório, objeto de estudo a seguir. Partindo para conceito de união estável, repetindo o artigo 1º da Lei 9.278/1996, enuncia o artigo 1.723 do Código Civil:

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

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A respeito desses requisitos, comenta o professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama as características essenciais do companheirismo: (a) finalidade de constituição de família, ou seja, o desejo de os companheiros compartilharem a mesma vida, repartindo

¹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. volume único. 4ª ed., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1113.

tristezas e alegrias, fracassos e sucessos, realizando atividades em comum que representem a posse de estado de casados, inclusive por meio da procriação se for o caso; (b) estabilidade, significando tratar-se de uma união sólida duradoura, com a renovação cotidiana da vontade de manter o projeto familiar, não sendo união efêmera, passageiras, constituída a título experimental; (c) unicidade de vínculo, ou seja, deve cuidar-se do único vínculo existente entre os companheiros, fundados no sistema monogâmico; (d) notoriedade (não publicidade), a saber, união reconhecida socialmente, ainda que por um grupo restrito, pela posse do status de casados, dignificando a união que deixa de ser clandestina, oculta, para ser tipo de família; (e) continuidade no sentido de ser união ininterrupta, permanente (sem ser perpétua), pois protraí no tempo sem lapsos ou rupturas; (f) informalismo (ou ausência de formalidades) já que não há qualquer ato solene necessário para a constituição e até mesmo dissolução do vínculo familiar¹⁴.

Não obstante, há situações em que a ausência de uma dessas características não descaracteriza a entidade familiar, por exemplo, pode se estabelecer um casamento civil sem que, contudo haja afetividade, podendo os envolvidos até mesmo serem desconhecidos¹⁵. Porém sobre a configuração da união, devem ser observados alguns aspectos importantes:

Atualmente a lei não exige prazo mínimo para a sua constituição, devendo-se observar o caso concreto.¹⁶ Não se exige que os conviventes vivam sob o mesmo teto¹⁷, a jurisprudência atual continua a aplicar a súmula 382 do STF¹⁸. Não há também a exigência da prole comum.¹⁹ Ainda em âmbito de caracterização da união estável, importante ressaltar que as causas suspensivas do casamento presentes no artigo 1.523 do Código Civil não impedem a caracterização da união estável, conforme aduz artigo 1.723, §2º do mesmo diploma legal.

Quanto à aplicação do regime de bens, comenta Flavio Tartuce:

(...) As causas suspensivas de casamento não impõem o regime de separação obrigatória de bens na união estável. Na verdade como o artigo 1.641 do

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 119-120.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Cidadania. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

¹⁶ Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 570.520/4, Relator: Des. Rebouças de Carvalho. 9ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 04 de março de 2009.

¹⁷ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 275.839/SP. Relator: Min. Ari Pargendler. Rel. p/Acordão: Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Brasília 02 de outubro de 2008.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável a caracterização do concubinato.”

¹⁹ Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.02.652700-2/001. Relator: Des. Eduardo Guimarães Andrade. 1ª Câmara Cível, Belo Horizonte, 16 de agosto de 2005.

Código Civil de 2002 é norma restritiva da liberdade da autonomia privada, não admite analogia para a união estável, aplicando-se apenas ao casamento²⁰.

Porém a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação do artigo 1.641 do CC à união estável diante da suposta equiparação ao casamento²¹.

Também no artigo 1.724, o Código Civil assegurou os deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos, importante mencionar, que ainda que o novo Código tenha aproveitado a redação do artigo 2º da Lei 9.278/96, para a transcrição do artigo em tela, foi substituído o verbete “fidelidade” por “lealdade”, um conceito mais amplo que objetiva uma conotação desvinculada de sentimento amoroso. Já no art. 1.725, os efeitos patrimoniais da união estável. Aplica-se, salvo pacto escrito, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Neste sentido, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes, posiciona-se:

O Código acompanha a evolução doutrinária e jurisprudencial mais moderna, saltando por cima dos bolsões mais conservadores que sempre relutaram em reconhecer a possibilidade de meação fora da equação numérica da participação de cada companheiro na formação do patrimônio comum. (...) A aferição da contribuição para a formação do patrimônio adquirido durante a convivência, consagrada na Súmula nº 380²², do Supremo Tribunal Federal, que representou extraordinária conquista em seu tempo, gerou enormes perplexidades e não menores complicadores práticos. Não é fácil quantificar a quota de cada companheiro. Por que 15% e não 17%? Por que 28% e não 31%? Diante de tantas dificuldades a jurisprudência chegou mesmo a estabelecer formas criativas de repartição patrimonial, dando relevo ao trabalho do lar, presumindo nos estratos de baixa renda a contribuição da mulher, a comunhão de interesses e de esforços. Com a nova regra, teremos maior estabilidade no relacionamento patrimonial, ademais de permitir que os companheiros façam contrato que melhor atenda aos termos e modos com que pretendem conviver. Sem dúvida a redação do novo Código é superior ao que dispõe o art. 5º, da Lei nº 9.278/96, que introduz a figura do condomínio e faz cessar a presunção estabelecida no caput se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.²³

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. volume único. 4ª ed., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1231.

²¹ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.090.722. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 3ª Turma. Brasília, 22 de junho de 2010.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380 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.”

²³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Da União Estável no Novo Código**. Disponível em: <<http://www.politano.com.br/userfiles/file/DA%20UNIAO%20ESTAVEL%20NO%20NOVO%20CODIGO%20CIVIL.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

Já o artigo 1.726, traz um novo procedimento obtenção do matrimônio Civil, trata-se da conversão da união estável em casamento. Dispõe este dispositivo legal que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

Sobre referido artigo, aduz Maria Helena Diniz em seu Código Civil anotado:

Para converter a união estável em casamento, os companheiros deverão, a qualquer tempo, de comum acordo, requerê-la ao juiz perante oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio (Provimento n.º 10/96 do CGJ), observando-se os arts. 1.525 e 1.521 do Código Civil, seguindo-se a isso o assento no Registro Civil. Parece-nos que não se deve exigir celebração das núpcias pelo juiz de casamento. Logo, não há nenhuma pretensão de equiparar a união estável ao casamento, mesmo porque só se poderia converter o desigual.²⁴

Desta forma, a conversão da união estável em casamento ocorre através de simples requerimento de cunho administrativo, requerido, em consenso pelos companheiros.

Discussões doutrinárias a parte pode-se perceber que, embora hoje não se tenha dúvida que a união estável é uma entidade familiar legalmente reconhecida, seus efeitos ainda não possuem a eficácia jurídica dada ao casamento civil, principalmente no que se refere à sucessão, conforme será estudado a seguir, o que suscita o questionamento sobre a isonomia das entidades familiares.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.121-1.122.

CAPÍTULO 2: A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS

2.1 Breves comentários das Leis 8.971/94 e 9.278/96

Anteriormente nas relações familiares reguladas pelo Código Civil de 1916, somente era admitido a constituição de família através do casamento, o que não impediu a prática da união estável, anteriormente denominada concubinato. Prática esta, que não recebeu respaldo legal no que tange a tutela sucessória.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador tentou encerrar a desigualdade que existia entre o casamento e a união livre, pode-se concluir que a função do texto legal foi somente de proteger a relação entre as pessoas, não necessariamente foram adquiridos os mesmos direitos.

Importante ressaltar que meação não se confunde com herança. Herança são os bens e dívidas deixados pelo *de cujus*, patrimônio este formado pelos bens particulares e a metade dos bens que possuía em comum com sua companheira, ou seja, sua meação. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. ARTS. 1.659, VI, E 1.790, II, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. DISTINÇÃO ENTRE HERANÇA E PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL. PROPORÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA EM RELAÇÃO AO DO DESCENDENTE EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). 3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator.²⁵

Antes da Constituição Federal de 1988 não era discutido e/ou reconhecido quaisquer tipos de direito sucessório para os cônjuges e companheiros em concorrência com outros familiares. Da mesma maneira que Código Civil de 1916 não reconhecia a união estável, tão pouco assegurava o direito sucessório entre os conviventes. O que poderia ocorrer seria a

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 887.990/PE 2006/0116550-5. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Brasília, 24 de maio de 2011. 06 de novembro de 2012.

hipótese do cônjuge sobrevivente, que também era meeiro do *de cuius*, herdar os bens deixados pelo falecido na ausência de descendentes e ascendentes (artigo 1.603 CC/1916).

Entretanto, a partir do reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988, veio à baila a necessidade de regulamentar o direito sucessório dos companheiros. Evidente a necessidade de uma regulamentação, foram então elaboradas as Leis nº8.971/94 e 9.278/96. A primeira determinou o direito de usufruto, alimentos e o direito à herança; e a segunda determinou o direito real de habitação.

No tocante a sucessão o artigo 2º da Lei 8.971/94, incluía o companheiro na ordem de vocação hereditária:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheira(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Entretanto, para que fosse configurada a união estável, os conviventes deveriam ter o convívio por mais de cinco anos ou filhos comuns e ainda que os parceiros fossem solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados, o que se excluía a possibilidade da separação de fato.

Cumprir dizer que os direitos sucessórios apenas foram garantidos ao companheiro supérstite se a morte do consorte ocorresse na vigência da união estável, conforme ressaltou Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “A doutrina, em regra se posiciona no sentido da necessidade da constância do companheirismo no momento da morte do autor da herança, para se deferir a sucessão legítima”²⁶. No mesmo entendimento, Arnaldo Wald, acrescenta que “caso contrário poderíamos inclusive ter várias companheiras pleiteando direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com o *de cuius*(...)”²⁷.

Assim, caso a união já tivesse sido dissolvida à época do óbito de um dos parceiros, não há de se falar em qualquer espécie de direito sucessório.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 437.

²⁷ WALD, Arnaldo. O novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002. p 251.

Além da meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, a lei assegurava ao companheiro sobrevivente a qualidade de herdeiro único na falta de descendentes e ascendentes, portanto, o incluía na terceira classe de herdeiro, da mesma maneira que o cônjuge. E ainda, uma vez existindo descendentes, o companheiro possuía direito de usufruto, aquele em que o companheiro, de forma inalienável e impenhorável, poderia usufruir da coisa alheia como se fosse sua, contanto que zelasse pela integridade e conservação do bem, sobre um quarto da herança; concorrendo com ascendentes o usufruto aumentava para a metade dos bens. Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que a fração ideal de um quarto ou metade deveria ser calculada com base em todo patrimônio deixado pelo falecido: “(...) a parte ideal (...) deve ser calculada sobre a universalidade dos bens do falecido”²⁸.

Cerca de dois anos mais tarde, passou a vigorar a Lei 9.278/96, trazendo consigo o questionamento sobre a revogação da lei anterior. Sem maiores delongas, pode-se concluir que ambas as leis coexistiram, porém houve a derrogação de alguns pontos da lei anterior, posto que várias disposições continuaram vigentes. Trata-se de revogação tácita implícita, na medida em que o Código Civil de 2002 tratou da matéria da união estável.

Observa-se que a lei de 1994 criou o direito sucessório de usufruto para o companheiro, a lei de 1996 não se referiu a este respeito. Bem como, não repetiu a exigência de um lapso temporal de duração mínima de cinco anos para a existência da união estável, ou ainda a necessidade de prole. A caracterização do instituto seria feita com os outros requisitos, tal como a união duradoura (entretanto sem o prazo de cinco anos), o *animus* de constituir família, entre outros que foram estudados no capítulo anterior.

O companheiro, ainda, tornou-se meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na convivência, já que nada dispendo os companheiros em relação aos bens móveis e imóveis adquiridos pelo esforço comum, presumir-se-iam adquiridos conjuntamente, (art. 5º, da Lei n.º 9.278/96). Caso houvesse motivos para comprovar o contrário, caberia aos interessados promover ação para derrubar a presunção relativa estabelecida pela Lei.

A grande inovação de Lei 9.278/96 foi a criação do direito real de habitação para o companheiro supérstite sobre o imóvel residencial do casal nos termos do se artigo 7º, parágrafo único:

Art. 7º. *omissis*.

²⁸ GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.446.

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.²⁹

Discorre neste sentido, Sílvio Venosa: “o diploma legal mais recente, Lei n.º 9.278/96, que poderia aclarar definitivamente a questão, mas se limitou, laconicamente, a atribuir direito real de habitação ao companheiro com relação ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto não constituísse nova união”³⁰. E continua dizendo: “A Lei n.º 9.278/96 acrescentou o direito real de habitação, como direito sucessório, à esfera da união estável.”³¹

Na visão do referido autor, no que tange ao direito real de habitação “o dispositivo relativo ao direito real de habitação, descrito de forma ilhada na Lei n.º 9.278/96, não faz referência à situação do sobrevivente na união estável. Desse modo, é perfeitamente aceitável concluir que o direito de habitação pode também ser deferido ao companheiro sobrevivente, ainda que o falecido tenha morrido no estado de casado, mas separado de fato. A lei não restringiu, não podendo a interpretação restringir.”³²

Desta forma, conforme dispunha a lei de 1994 este direito sofria restrições, tendo em vista que só seria permitido ao companheiro solteiro, separado judicialmente, viúvo ou divorciado, a proteção da situação jurídica de convivente. A lei de 1996 não faz qualquer ressalva, permitindo assim a coexistência de situações diferentes. Neste sentido, Sílvio Venosa: “O art. 1º da Lei n.º 9.278/96 reporta-se a ‘convivência duradoura’. Esse aspecto sempre deve ser levado em consideração. Quando o autor da herança morre em estado de casado, poderá coexistir o direito de habitação do convivente com o direito do usufruto viual do cônjuge”³³. E complementa, ainda, que “esse direito de habitação deferido ao companheiro somente tem sentido quando ao convivente não cabe a totalidade da herança, pois inadmissível falar nesse direito restrito, se lhe couberem, em propriedade, todos os bens”³⁴.

Ainda no que diz respeito ao direito real de habitação, Orlando Gomes ensina:

“A condição que se impõe para a sua atribuição é tratar-se de imóvel único destinado à residência da família, conforme estatui o artigo 1.831. O direito real de habitação recai em prédio residencial, contanto que seja o único imóvel inventariado. Basta que se destine à residência, donde se segue que,

²⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.278**. Brasília-DF, 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. v. 7. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 134.

³¹ *Id. ibid.* p. 137.

³² *Id. ibid.* p. 138.

³³ *Id. ibid.* p. 138/139.

³⁴ *Id. ibid.* p.139.

se nele não está morando, o gravame não se institui. Se a família reside em casa própria, mas o falecido era proprietário de outros bens imóveis, o direito real não se constitui.”³⁵

Vale enfatizar a destinação própria do imóvel, de servir como moradia, não sendo permitido ao companheiro alugar, nem cedê-lo em comodato conforme preceitua o art. 1.414 do Código Civil.

Embora o artigo 1.831 do Código Civil de 2002 faça menção ao “cônjuge”, o dispositivo deve ser interpretado, de modo extensivo ao companheiro, de maneira a tentar equiparar o instituto da união ao casamento, tendo em vista que este foi um ponto ao qual o novo código foi omissivo, não tratando expressamente da situação dos conviventes. Assim torna-se importante a transcrição do Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 117 – O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal.³⁶

No mesmo sentido, é entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do *de cuius* onde residia o casal, conforme julgados abaixo:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. **2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico.** 3. **A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este.** 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de

³⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 65.

³⁶ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados Aprovados: I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015.

Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do *de cujus*, como é o caso. 6. Recurso especial não provido. **(grifo nosso)**³⁷

DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.1. É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. 2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável. 3. No caso, a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por conseguinte, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e seus efeitos decorrentes.4. Ademais, levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social.5. Recurso especial desprovido.³⁸

Contudo, convém mencionar a iniciativa de um Projeto de Lei, nº 6.960/2002 que pretendia uma modificação em alguns artigos do Código Civil de 2002, entre eles a redação do artigo do 1.790, a fim de acrescentar um parágrafo único, que incluiria o direito real de habitação ao companheiro supérstite, nos termos do artigo 7º da lei de 1996. Eis o texto expresso do citado PL:

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.³⁹

Entretanto, a busca pela tentativa de equiparação do direito sucessório do cônjuge para o companheiro terá de aguardar, eis que o referido projeto encontra-se arquivado.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.329.993/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Brasília, 17 de dezembro de 2013.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.203.144/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Brasília, 27 de maio de 2014.

³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.960/2002**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em 23/ nov. 2015.

Diante do exposto, pode-se concluir que, ainda que houvesse questionamentos quanto ao tratamento do cônjuge e companheiro no que diz respeito aos direitos sucessórios, as normas de 94 e 96 buscaram a todo instante a equiparação dos institutos do casamento e da união estável, vislumbrando a proteção da família, independentemente da sua forma de concepção. Com a vigência do Código Civil, esperava-se uma evolução no sentido de tentar satisfazer as necessidades e adaptar o Direito Civil a uma sociedade contemporânea, pois a expectativa era de uma grande melhoria o que de fato não ocorreu, pelo contrário, o que houve foi um prejuízo do direito do companheiro sobrevivente em comparação com o do cônjuge, conforme o estudo que será apresentado a seguir.

CAPÍTULO 3: A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 Vigência do Código Civil de 2002

As inconformidades surgiram com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, principalmente no artigo 1.790 que tratou o tema da sucessão na união estável de maneira pouco sólida, diferentemente do esperado. Observa-se o artigo citado:

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

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.⁴⁰

Na análise do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, o qual trata da vocação hereditária do companheiro, é visível que a norma encontra-se inteiramente deslocada, assim comenta Gustavo Tepedino:

(...) o problema maior é aceitar a união estável como entidade familiar hierarquicamente inferior ao casamento o que poderia justificar uma interpretação do art. 1.790, que atribua efeitos mais restritos à sucessão dos companheiros, em verdadeiro retrocesso (...)⁴¹

Com o óbito de um dos companheiros, o seu patrimônio será inventariado, retirando a meação do herdeiro sobrevivente daqueles bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Entretanto, a outra parte, a herança, será dividida em concorrência com parentes sucessíveis até o quarto grau. Na ausência destes, receberá o companheiro sobrevivente a totalidade da herança.

Nas lições de Orlando Gomes:

O novo texto do Código Civil regulou a sucessão dos companheiros, estabelecendo a participação na sucessão do falecido nos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, na forma disciplinada no artigo

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406 (Código Civil)**. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 541.

1.790. A participação na herança se dá após apurada a meação a que faz jus o convivente, eis que, não havendo contrato regulando a divisão do patrimônio dos companheiros, este rege-se-á, segundo o artigo 1.725, pelas regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens.⁴²

Além disto, o companheiro sequer é tratado como um herdeiro especial, no rol do artigo 1.829 do CC, bem como não possui assegurada sua legítima (artigo 1.846 do CC), pois não goza da condição de herdeiro necessário (artigo 1845) o que, em princípio, significaria a possibilidade de ser excluído por mera vontade unilateral do outro companheiro por meio de testamento. Nas palavras de Orlando Gomes, “não tendo sido o companheiro erigido à categoria de herdeiro necessário, pode o testador excluí-lo da sucessão, se desejar por disposição de última vontade (art. 1.845⁴³)”⁴⁴, diferentemente do cônjuge o qual possui a regulamentação protegida em âmbito de direito sucessório presentes nos artigos (1829 e 1845), inclusive elevado à figura de herdeiro necessário.

Enquanto o cônjuge tem seu direito sucessório assegurado dependente do regime de bens do casamento, existindo a possibilidade de herdar bens particulares do *de cuius*, o companheiro tem a sucessão restrita aos bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, o que cria a possibilidade de que, existindo apenas bens particulares do falecido, herdem outros parentes, que podem ser filhos, ascendentes ou colaterais.

Evidentemente, o regime de bens estipulado na união estável, artigo 1.725 (aplica-se às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens no que couber, salvo se houver disposição em contrário, definindo outro regime de bens), não tem força para excluir o companheiro sobrevivente de participar como herdeiro dos aquestos, a referida exclusão só poderia ser feita por testamento, ato de disposição de última vontade.

Uma vez que adotado o regime de comunhão parcial de bens, está assegurado ao companheiro a sua meação, ou seja, à metade do patrimônio adquirido onerosamente na constância da união estável (art. 1.658 do CC). Ou seja, o *caput* do artigo 1.790 estabelece que somente quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, o companheiro participará da sucessão do outro. Porém, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a relação, o companheiro já é meeiro (art. 1725, CC/2002).

Sobre este assunto, comenta Washington de Barros Monteiro:

⁴² GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 67.

⁴³ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL. **Lei nº 10.406 [Código Civil]**. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.)

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.* p. 68.

De acordo com o art. 1.660 do Código Civil de 2002, entram na comunhão os bens adquiridos durante a vida em comum por título oneroso, ainda que só em nome de um dos companheiros, assim como os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anteriores, os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os conviventes, os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada companheiro, percebidos na constância da união estável, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. Além disso, nos termos do art. 1.662, presumem-se adquiridos na constância da união estável os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.⁴⁵

Desta forma pode-se constatar que dos bens que eventualmente possam integrar o patrimônio do *de cuius*, o companheiro sobrevivente tem direito a meação, além da participação que lhe cabe na herança conforme concorrência estabelecida no art. 1.790, herança esta que irá conter a meação do falecido e bens particulares.

Passa-se à concorrência estabelecida nos incisos do art. 1.790 do CC. Dispõe o inciso I do referido artigo: “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”⁴⁶, ou seja, o companheiro ao concorrer com filhos comuns, a sucessão se dá por cabeça, repartindo-se a herança em tantas partes iguais.

Comenta Sílvio Venosa:

Se o convivente concorrer com filhos comuns deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos. Divide-se a herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente. Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe ‘por lei’ aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elucubrar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. A nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador e constitui uma premissa falsa.⁴⁷

Na hipótese do inciso II do referido artigo, se o companheiro concorrer com descendentes apenas do autor da herança, o companheiro ficará apenas com a metade do que couber a cada um destes. É o que explica Orlando Gomes:

Concorrendo somente com descendentes do autor da herança, cabe ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada um daqueles.

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. vol. 2. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406 [Código Civil]**. Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. vol. 7. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 143.

Utilizou o legislador a mesma regra de partição da herança entre irmãos unilaterais e bilaterais.⁴⁸

Entretanto não há previsão na hipótese híbrida, da concorrência do companheiro supérstite, com os filhos comuns, e com filhos apenas do autor da herança. No vácuo legislativo, aduz Sílvio Venosa:

No entanto, se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão, que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários (...) atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 (dois) à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha.⁴⁹

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira adota a solução que compreende ser mais favorável ao companheiro, aplicando a hipótese do inciso I, com a partilha por cabeça em igualdade de condições para todos os coerdeiros⁵⁰. Aparentemente apresenta-se uma interpretação razoável tendo em vista o princípio constitucional da igualdade dos filhos, previsto no art. 227, §6º da Constituição Federal.

Se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, a hipótese do inciso III, são eles os ascendentes e colaterais até o quarto grau, (artigos 1.829 e 1.592 do Código Civil), terá direito a 1/3 da herança. Explica Orlando Gomes que

Concorrendo com outros herdeiros sucessíveis, sejam legítimos ou testamentários, herda o companheiro um terço dos bens. (...) A hipótese prevista no inciso III do art. 1.790 destina-se aos casos de concorrência com outros parentes sucessíveis, onde se pode incluir as situações não previstas pelo legislador.⁵¹

Insta salientar que para a Lei 8.971/94, na ausência do descendente ou ascendente, o companheiro herdaria a totalidade da herança, direitos que não foram preservados no novo Código Civil, ou seja, a lei anterior tratava os direitos sucessórios dos companheiros de maneira mais benéfica do que o código em vigência.

Por fim, na ausência de parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente, herdará a totalidade da herança, hipótese apresentada no inciso IV. Porém esclarece Orlando Gomes

⁴⁸ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 68.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. vol. 7. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 143-144.

⁵⁰ SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. vol. VI. Direito das Sucessões. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 142.

⁵¹ GOMES, Orlando. *Op. cit.* p. 69.

que apesar de o inciso aludir ao caput do artigo, que se atém somente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, cabe ao companheiro sobrevivente a totalidade dos bens, havidos a qualquer título, na vigência ou não da união estável, caso não haja parentes com direito à sucessão. Essa interpretação se coaduna com o disposto no artigo 1.844, inserido no capítulo da ordem da vocação hereditária, que estatui que a herança somente é devolvida ao Estado se não houver cônjuge, companheiro, nem parente algum sucessível.

Nos incisos III e IV do art. 1.790, a crítica central dos principais juristas pátrios é no que se refere ao termo “herança”. De acordo com a doutrina, herança pode ser definida como “o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*”⁵², assim explica Gustavo Tepedino que a herança, como a porção não testada, bem como as demais normas sobre a sucessão da legítima faz abstração do exercício da liberdade de testar, e assim, havendo testamento, o que nele não estiver compreendido tocará ao companheiro, conforme art. 1788⁵³.

Outrossim, leciona Washington de Barros Monteiro que no direito pátrio, porém, o direito do Estado filia-se ao *jus successionis*: na ausência de outras pessoas sucessíveis, por lei ou por testamento, herda o Município em reconhecimento da colaboração prestada ao indivíduo na aquisição e conservação da riqueza.⁵⁴

De fato, o Código Civil foi obscuro, o legislador refere-se tanto a “bens adquiridos durante a vigência da união estável”, quanto à “herança”, fazendo com que seja essencial esta diferenciação, eis que decorrente dos efeitos da distinção dos termos, não podem ser interpretados como sinônimos. Majoritariamente o posicionamento é em favor dos companheiros ao direito à herança e não somente a concorrência nos bens comuns, lembrando que outra interpretação é verdadeiro retrocesso, pois na legislação anterior o companheiro sobrevivente tinha assegurado a qualidade de herdeiro único, conforme artigo 2º, inciso III da Lei 8.971/94, condição esta que não perdura tendo em vista que agora apenas terá direito à totalidade da herança na ausência de parentes sucessíveis.

Assim sendo, imprescindível lembrar-se da posição limitada na ordem de vocação hereditária, pois no caso de inexistência de bens adquiridos na constância da união estável o

⁵² SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. vol. VI. Direito das Sucessões. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 142.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 541.

⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. vol. 2. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100.

companheiro sobrevivente estará excluído da sucessão, e ainda que haja bens particulares correm o risco de um eventual desamparo. Desta forma, conclui Gustavo Tepedino:

(...) para evitar resultado indesejado na sucessão dos companheiros, deve-se interpretar a expressão “herança”, constante nos incisos III e IV do art. 1.790, em seu sentido próprio, mais abrangente do que “bens adquiridos na constância da união estável” (caput).⁵⁵

Altamente controversos tais incisos do referido artigo 1.790, alguns tribunais, vêm decidindo pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, como foi o exemplo do Tribunal do Rio Grande do Sul, o que suscitou a interposição de um recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (grifo nosso)⁵⁶

Embora fundamentado em questões pertinentes que poderiam levar o magistrado a afastar a aplicação do art. 1.790, seguindo um raciocínio jurídico, o recurso foi improvido, por não se tratar de competência do tribunal, eis que proibido de declarar ainda que tacitamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Tantas as decisões controversas pelos tribunais brasileiros e discussões doutrinárias que levaram à arguição de inconstitucionalidade do referido artigo, e fizeram com que o Ministro Luiz Felipe Salomão comentasse:

Não é possível adotar-se a interpretação conforme a Constituição Federal para que os bens adquiridos por título oneroso na vigência da união estável, aos quais faz alusão o caput do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, sejam exatamente os bens particulares do falecido, visando equacionar a situação do companheiro à do cônjuge supérstite. Isso porque a interpretação conforme à Constituição encontra limites tanto na literalidade da lei quanto no seu espírito, e, por isso, é apenas admissível, se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 547

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.952/RS, Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 24 de junho de 2009.

radical da própria concepção original do legislador, o que ocorreria no caso tela. Assim, dada a discrepância legislativa entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável e não sendo possível, no caso, proceder a uma interpretação conforme à Constituição, impõe-se a arguição de inconstitucionalidade do caput do referido dispositivo legal.⁵⁷

Em posicionamento diverso, há aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que não está em discordância com os preceitos constitucionais, visto que em nenhum momento o legislador contemplou a igualdade entre o tratamento do companheiro e o cônjuge, argumentando que a Constituição, em seu art. 5º, inciso XXX, da CF/88, assegura somente o direito de herança. E este, em se tratando de união estável, está disposto no art. 1.790. Tendo em vista que casamento e união estável são institutos diferentes, parece correto que sejam destinatários de tratamento desigual. A este respeito:

INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINOU QUANTO AO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA A APLICAÇÃO DA REGRA DISPOSTA NO ART. 1.790, II, DO CÓDIGO CIVIL. INSUURGÊNCIA DA AGRAVANTE. PRETENSÃO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. Em razão do falecimento do companheiro, ajuizou-se ação de inventário para partilha de bens, requerendo a agravante o reconhecimento do seu direito sucessório em concorrência com os descendentes do de cujus no tocante aos bens adquiridos a título gratuito, afastada a aplicação do art. 1.790, II, do CC. 2. A constitucionalidade do art. 1.790 do CC já foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo e deve prevalecer. Em razão da cláusula constitucional de reserva e da súmula vinculante nesse sentido, somente o Tribunal Pleno pode declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência, de modo que, já decidido em sentido contrário pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, não se admite solução diferente, cumprindo ao órgão de jurisdição fracionário de segundo grau aplicar a norma declarada constitucional. 3. Portanto, tendo o de cujus deixado herdeiros (descendentes), cabe à agravante apenas metade da herança que couber a cada um deles no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, além do direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Decisão mantida. Recurso não provido.⁵⁸

O Supremo Tribunal Federal em princípio firmava um posicionamento para o não conhecimento de recursos extraordinários que abordassem o tema da inconstitucionalidade do

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1.291.636/DF (2011/0266816-9). Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Brasília, 11 de junho de 2013.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2161694-56.2014.8.26.0000 SP. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 28 de outubro de 2014.

artigo 1.790, por se tratarem de normas infraconstitucionais, particularmente no que diz respeito ao regime de bens, conforme pode ser visto a seguir:

INSTRUMENTO. DIREITO DE HERANÇA. MEAÇÃO. COMPANHEIRA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS DEFINITIVOS. AGRAVO IMPROVIDO. I – O acórdão recorrido decidiu a questão com base em normas infraconstitucionais, no caso, o Código Civil. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - Com a negativa de provimento ao recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, os fundamentos infraconstitucionais que amparam o acórdão recorrido tornaram-se definitivos. III - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 699.561, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 07.04.2011).⁵⁹

Porém, conforme mencionado anteriormente (STF - RE: 597952), bem como agora, com o julgamento do RE nº 646.721 RG, o posicionamento ganha uma nova vertente eis que foi reconhecida sua repercussão geral:

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.⁶⁰

O STJ, por seu turno, *a priori* rejeitou a matéria em sua Corte Especial na AI no REsp nº 1.135.354/PB, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, sob o fundamento de que faltaria ao Tribunal da Cidadania competência para discutir tese constitucional estranha à sua competência uniformizadora. Porém, admitiu recentemente novo incidente, a AI no REsp 1.291.636/ DF, também da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, do qual se espera uma consolidação sobre a constitucionalidade do art. 1.790, do CC.⁶¹

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 699.561. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. Brasília, 07 de abril de 2011.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721 RG. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de novembro de 2011.

⁶¹ OLIVEIRA. Marques Gabriel. A controvérsia em torno da inconstitucionalidade da sucessão do companheiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33913/a-controversia-em-torno-da-sucessao-do-companheiro#ixzz3sW8xyqNW>>. Acesso em: 24 nov 2015.

CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, provou-se que a Constituição Federal de 1988 em seu §3º do artigo 226 inseriu a união estável como espécie de entidade familiar, garantindo, assim a proteção dos conviventes pelo Estado. Porém, não trouxe uma regulamentação em matéria sucessória, fazendo emergir a necessidade de uma legislação. Assim surgiram as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96 para tratar mais especificamente sobre a sucessão na união estável, entre outros assuntos.

A primeira trazia requisitos para a configuração da união estável, eis que os conviventes deveriam ter o convívio por mais de cinco anos ou filhos comuns e ainda que os parceiros fossem solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados, o que se excluía a possibilidade da separação de fato, garantindo o direito sucessório do cônjuge supérstite se a morte do consorte ocorresse na vigência da união estável. Além da meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, a lei assegurava ao companheiro sobrevivente a qualidade de herdeiro único na falta de descendentes e ascendentes, portanto, o incluía na terceira classe de herdeiro, da mesma maneira que o cônjuge. E ainda, uma vez existindo descendentes, o companheiro possuía direito de usufruto, aquele em que o companheiro, de forma inalienável e impenhorável, poderia usufruir da coisa alheia como se fosse sua, contanto que zelasse pela integridade e conservação do bem, sobre um quarto da herança; concorrendo com ascendentes o usufruto aumentava para a metade dos bens.

Já a Lei 9.278/96, trazia consigo o questionamento sobre a revogação da lei anterior. Tratou-se de uma revogação tácita implícita, observa-se que a lei de 1994 criou o direito sucessório de usufruto para o companheiro, a lei de 1996 não se referiu a este respeito. Bem como, não repetiu a exigência de um lapso temporal de duração mínima de cinco anos para a existência da união estável, ou ainda a necessidade de prole. A caracterização do instituto seria feita com os outros requisitos, tal como a união duradoura (entretanto sem o prazo de cinco anos), o *animus* de constituir família, entre outros que foram estudados no capítulo anterior. O companheiro, ainda, tornou-se meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na convivência, já que nada dispondo os companheiros em relação aos bens móveis e imóveis adquiridos pelo esforço comum, presumir-se-iam adquiridos conjuntamente. A grande inovação de Lei 9.278/96 foi a criação do direito real de habitação para o companheiro supérstite sobre o imóvel residencial.

Assim, imaginava-se que com a vigência do novo Código Civil de 2002, os companheiros teriam respeitados os seus direitos patrimoniais, bem como os sucessórios, na medida em que contavam com a proteção constitucional de família.

Todavia, o Código Civil de 2002 decepcionou neste sentido. Apresenta o direito à meação e alimentos aos contraentes da união estável. Mas, no que tange ao direito à sucessão hereditária, apresenta um retrocesso à situação trazida pelas leis anteriores, bem como uma descabida desigualdade no âmbito sucessório entre companheiro e cônjuge.

Percebe-se notório tropeço legislativo ao considerar que o companheiro não passou a integrar o rol dos herdeiros necessários. Assim, o artigo 1.790 do Código Civil, apenas assegurou a sua participação na sucessão. Apenas quando não houver parentes sucessíveis é que a herança caberá integralmente ao companheiro supérstite, segundo interpretação de corrente doutrinária majoritária, conforme estudado.

Porém o ordenamento jurídico pátrio deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, que objetiva o respeito aos indivíduos bem como a proteção da família. Desta forma, independente do tipo de convivência, casamento ou união estável, ambas devem ser protegidas e reconhecidas de maneira igualitária, digna e justa, erradicando assim, qualquer tipo de discriminação e protótipo de maneira de constituição de família em âmbito ideal.

REFERÊNCIA

AZEVEDO. Álvaro Villaça. Estatuto da Família de fato. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960/2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em 23/ nov. 2015.

_____. Lei nº 10.406 (Código Civil). Brasília-DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Lei nº 9.278. Brasília-DF, 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1.291.636/DF (2011/0266816-9). Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Brasília, 11 de junho de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.203.144/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Brasília, 27 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.329.993/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Brasília, 17 de dezembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 887.990/PE 2006/0116550-5. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Brasília, 24 de maio de 2011. 06 de novembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 275.839/SP. Relator: Min. Ari Pargendler. Rel. p/Acordão: Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Brasília 02 de outubro de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.090.722. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 3ª Turma. Brasília, 22 de junho de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721 RG. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de novembro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 699.561. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. Brasília, 07 de abril de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.952/RS, Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 24 de junho de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.02.652700-2/001. Relator: Des. Eduardo Guimarães Andrade. 1ª Câmara Cível, Belo Horizonte, 16 de agosto de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 570.520/4, Relator: Des. Rebouças de Carvalho. 9ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 04 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2161694-56.2014.8.26.0000 SP. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 28 de outubro de 2014.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados Aprovados: I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da União Estável no Novo Código. Disponível em: <<http://www.politano.com.br/userfiles/file/DA%20UNIAO%20ESTAVEL%20NO%20NOVO%20CODIGO%20CIVIL.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

ENGELS, Friedrich. A origem da família da propriedade privada e do Estado. Tradução por Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. v. 2. 2ª ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d].

FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. Revista dos Tribunais, n. 686, p. 56, dez 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolzer; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. Direito de família. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. vol. 06. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e Cidadania. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. vol. 2. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NAMUR, Samir. A desconstrução da preponderância do discurso do casamento do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Marques Gabriel. A controvérsia em torno da inconstitucionalidade da sucessão do companheiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33913/a-controversia-em-torno-da-sucessao-do-companheiro#ixzz3sW8xyqNW>>. Acesso em: 24 nov 2015.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Comentários ao novo Código Civil. Volume XX: da união estável, da tutela e da curatela. Colaboradores e equipe de pesquisa: Ana Carolina Brochado Teixeira e Cláudia Maria Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Caio Mário Pereira da. Instituições de Direito Civil. vol. VI. Direito das Sucessões. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380 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.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável a caracterização do concubinato.”

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. volume único. 4ª ed., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Temas do Direito Civil. São Paulo: Editora Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

THERBORN, Goran. Sexo e Poder: a família no mundo 1900-2000. Tradução de Elisabete Doria Bilac. São Paulo: Editora Contexto, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das sucessões. v. 7. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 134.

WALD, Aroldo. O novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002. p 251.