

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO

FERNANDA AURÉLIA DE LIMA E SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS  
COMPANHEIROS**

Rubiataba-Goiás

2015

FERNANDA AURÉLIA DE LIMA E SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS  
COMPANHEIROS**

Projeto de pesquisa apresentado para obtenção de nota na disciplina de Monografia II do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, como exigência parcial para a aprovação, sob a orientação do Professor Especialista Luiz Fernando Alves Chaves.

De acordo recomendado para a banca

---

Prof. Esp. Luiz Fernando Alves Chaves

Rubiataba-Goiás

2015

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

FERNANDA AURÉLIA DE LIMA E SILVA

### **A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade Evangélica de Rubiataba, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Especialista Luiz Fernando Alves Chaves.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ do ano de 2015.

#### **BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
Prof. Esp. Luiz Fernando Alves Chaves

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Ms. Gloriete Marques Alves Hilário

\_\_\_\_\_  
Prof. Esp. Edilson Rodrigues

RUBIATABA/GO

2015

Dedico este trabalho primeiramente a Deus;  
aos meus pais Adair e Rozilda; aos meus  
irmãos que amo muito, que são tudo na minha  
vida, tudo o que faço é por vocês.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que me concedeu a oportunidade de fazer esta graduação, que esteve comigo todos os dias, nas aulas, nas provas, trabalhos, em tudo. Agradeço aos meus amados pais Adair (in memoriam) e Rozilda, pelo amor, carinho, por sempre acreditarem em mim e por sonhar comigo os meus sonhos e não me abandonar nos momentos mais difíceis que passei; Ao meu querido pai agradeço tudo que fez por mim e meus irmãos, sempre nos incentivando a nunca desistir dos estudos foi de grande valia seus conselhos serei eternamente grata à Deus por você ter feito parte da nossa vida.

Aos meus queridos irmãos Fabiana, Franciele, Ricardo e Renan que têm uma grande parcela de contribuição em todas as minhas conquistas. Aos meus queridos avôs maternos Sebastião e Teresinha (in memoriam), e a toda minha família pela compreensão, e por sempre me incentivarem a seguir em frente e não desistir. As minhas colegas que dividiram comigo essa jornada e momentos de aflições sempre ao meu lado.

Enfim, a todos meus estimados professores, que sempre estiveram na difícil tarefa de transmitir ensino a todos nós, e em nome da Faculdade Evangélica de Rubiataba – Goiás, pela importância na minha formação. A todos os meus sinceros agradecimentos, obrigada!

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Rui Barbosa

**RESUMO:** O tema proposto da monografia em questão tem como objetivo principal analisar o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil ao cônjuge e companheiro no âmbito do Direito Sucessório, a fim de analisar as polêmicas acerca da inconstitucionalidade, pois fere os princípios constitucionais. O presente trabalho faz uma breve abordagem acerca do Direito Sucessório, e seus princípios norteadores dando ênfase ao princípio da isonomia que é o pilar de um Estado democrático de direito. Com vistas a compreender a importância de um tratamento isonômico na regulamentação dos bens (*post mortem*). Faz-se também uma análise da visão doutrinária sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, e seus incisos. Busca-se fazer uma comparação quanto às regras do direito sucessório, estabelecendo assim as principais diferenças trazidas na redação do Código Civil onde os companheiros foram tratados de forma equivocada quando confrontado ao tratamento dado aos dos cônjuges, a fim de demonstrar a falha cometida pelo legislador civilista onde deixou o companheiro numa posição desfavorável, por fim cabe destacar o posicionamento de alguns doutrinadores acerca da inconstitucionalidade do Direito Sucessório dos companheiros e o cenário jurisprudencial apresentando posicionamentos divergentes acerca do tema, finaliza destacando que embora alguns Tribunais não reconheçam a inconstitucionalidade no texto da lei, ela se faz presente, tendo o STF manifestando-se acerca da repercussão geral do tema.

**Palavras-Chave:** Companheiro; Cônjuge; Direito Sucessório; Inconstitucionalidade; União Estável.

**ABSTRACT:** The proposed theme of the monograph in question has as main objective to analyze the differential treatment given by the Civil Code to the spouse and companion in the Inheritance Law, in order to analyze the controversies about inconstitucionalidade it hurts constitutional principles. This paper makes a brief overview about the Inheritance Law and its guiding principles emphasizing the principle of isonomia which is the pillar of a democratic state of law. In order to understand the importance of equal treatment in the regulation of goods (post mortem). It also makes an analysis of the doctrinal vision of inconstitucionalidade Article 1790 of the Civil Code, and its incisos. The aim is to make a comparison as the rules of inheritance law, establishing the main differences brought in drafting the Civil Code where the companions were treated wrongly when confronted the treatment of the spouse in order to demonstrate the fault committed by the legislature civilian where he left his companion in an unfavorable position, finally we highlight the positioning of some scholars the unconstitutionality of Succession Law of the companions and the legal scenario presenting divergent positions on the subject concludes noting that although some courts do not recognize the unconstitutionality in the law she is present, and the Supreme Court was expressed about the overall impact of the theme.

**Keywords:** Succession Law; Stable Union; Unconstitutional; Spouse; Companion

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CF – Constituição Federal

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CC – Código Civil

TJ – Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS.....	12
1.1 Direito sucessório: noções gerais.....	12
1.2 Princípios norteadores do direito sucessório.....	13
1.3 Princípio da isonomia.....	16
1.4 Direito sucessório dos companheiros.....	18
1.4.1 Noções gerais.....	18
2 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE DO ARTIGO 1.790.....	22
2.1 Direito de concorrência.....	23
2.2 Concorrência do companheiro com filhos comuns.....	25
2.3 Concorrência do companheiro com descendentes só do autor da herança.....	26
2.4 Concorrência do companheiro com filiação híbrida.....	27
2.5 Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis.....	29
2.6 Direito do companheiro à totalidade da herança quando não há parentes sucessíveis.....	31
3 CÔNJUGE VERSUS COMPANHEIRO – DIREITO DAS SUCESSÕES.....	34
3.1 Divisão dos bens.....	34
3.2 Direito real de habitação.....	39
4 UMA ABORDAGEM ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS.....	42
4.1 Posicionamento doutrinário.....	42
4.2 Posicionamento jurisprudencial.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53





## INTRODUÇÃO

A união estável até pouco tempo atrás, era vista com extrema dureza e reserva, não possuía nenhum prestígio somente as famílias oriundas do casamento tinham amparo. Entretanto, com a presença cada vez mais acentuada de uniões constituídas no companheirismo, surgiu a necessidade de uma proteção mais específica do Estado. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, estendendo a união estável a devida proteção e reconhecimento.

O Código Civil em seu artigo 1723 estabelece que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Desta maneira, nota-se que o objetivo da união estável é o de constituir família o mesmo objetivo em que são pautado as uniões formadas pelo matrimônio, sendo assim o tratamento conferido pelo Código civil em relação ao Direito Sucessório deixou a desejar já que trata-se de institutos semelhantes.

De modo a se fazer cumprir o que está disposto na Constituição Federal é que esse tema foi proposto, com vistas a preservação dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e vedação ao retrocesso, pois os companheiros devem ser tratados, em direito, de forma igualitária e não discriminatória, sendo que qualquer discriminação é considerado uma afronta aos princípios em comento.

Assim, utilizar-se á dos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso, preceituados na Constituição Federal, posições doutrinárias e jurisprudenciais de modo a embasar os argumentos que posteriormente serão apresentados de forma a equiparar os companheiros aos cônjuges no tratamento sucessório.

As diferenças são nítidas em relação ao Direito Sucessório dos companheiros quando comparados aos direitos dos cônjuges. E sendo essa a problemática, far-se-á uma análise sobre o artigo 1790 do CC, que trata da sucessão do companheiro(a) fazendo comparações com tratamento conferido ao cônjuge, elencando as principais divergências, abordando-os sobre o prisma doutrinário, buscando uma solução plausível ao assunto.

Entretanto, é necessário que busque resguardar possíveis direitos com base no tratamento isonômico entre companheiros e cônjuges, principalmente no plano sucessório onde é nesse momento que o legislador deixou a desejar, pois se trata de uma situação que qualquer cidadão necessita de amparo legal, já que se encontra desamparado afetivamente pela morte de parceiro.

Diante da omissão da lei para com os companheiros é que se faz necessária a apresentação deste, pois essa lacuna, atualmente, está sendo sanada por uma interpretação mais benéfica, porém desrespeita os princípios constitucionais assegurados pela Constituição Federal de 1988. A partir dessa premissa torna-se de valorosa importância analisar esse tema sob o prisma social, de forma a atender os anseios dos companheiros. Tem-se por objetivo principal a equiparação dos companheiros aos cônjuges, para que venham ter os mesmos direitos sucessórios.

No Capítulo 1 analisar-se-á de um modo geral o direito sucessório e seus princípios norteadores dando ênfase ao princípio da isonomia, bem como será analisado o Direito Sucessório dos companheiros.

No Capítulo 2 será analisado a sucessão do companheiro à luz do Código Civil, fazendo uma análise do artigo 1790, direito a meação dos companheiros, destacando as principais críticas a respeito artigo por parte da doutrina.

No Capítulo 3 será discutido o ponto principal do trabalho, fazendo uma análise crítica da posição desfavorável que o companheiro foi submetido quando confrontado com o status sucessório do cônjuge, direito real de habitação também será discutido destacando assim as principais diferenças entre ambas entidades.

No Capítulo 4 será analisado os posicionamentos de alguns doutrinadores, bem como posicionamento de alguns tribunais acerca do tema.

Surgiram, ante o assunto, algumas correntes doutrinárias. Buscando dispor sobre o tema diante desse contexto a pesquisa será fundamentada em trabalhos já publicados. Em busca de satisfazer a problemática, a metodologia utilizada foi pesquisas bibliográficas, sites, na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e análises jurisprudências dos TJs, STJ e STF, Pois a matéria em questão ainda é palco de várias divergências. A matéria já encontra-se no Supremo Tribunal Federal embora não tenha sido apreciada, tendo só reconhecida a repercussão geral do tema.

## 1 DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS

Este capítulo inicia-se fazendo uma breve reflexão acerca do Direito Sucessório e seus princípios norteadores dando ênfase ao princípio da isonomia, posteriormente será analisado a sucessão do companheiro no Código Civil de 2002, para ser comparado posteriormente com o tratamento dado ao cônjuge.

### 1.1 Direito sucessório: noções gerais

O ponto principal a ser tratado pelo direito sucessório é a transmissão do patrimônio do *de Cujus* a seus sucessores. Para ser mais exato significa a transmissão do patrimônio por causa da morte de alguém, ou seja, uma forma de aquisição de propriedade.

Desta forma, o Direito das Sucessões, visa assegurar a continuidade do patrimônio deixado pelo de *cujus*, transferindo assim direitos e obrigações aos sucessores que ficaram com a responsabilidade de administrar os bens. Segundo Venosa (2007, p. 19) “disciplina, portanto, a transmissão de projeções jurídicas existentes, no momento da morte, a seus sucessores”.

O fundamento para sucessão encontra-se na ideia de propriedade, na sua função social e na dignidade humana, cabendo destacar os arts. 1º, III; 3º, I e 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Direito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I Soberania
- II Cidadania
- III Dignidade da Pessoa Humana
- IV Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
- V Pluralismo político

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (EC nº 95/2004)

- XXII É garantido o direito de propriedade
- XXIII A propriedade atenderá a sua função social.

A Constituição Federal de 1988 nos assegura direitos primordiais para nossa existência. Para que se possa cada vez mais alcançar um Estado pleno e democrático. Além

dos fundamentos constitucionais o direito sucessório também tem esteio na ideia de continuidade da família, considerando-se as futuras gerações.

O patrimônio acumulado, podendo ser de créditos, débitos, direitos, bens e obrigações, que eram de titularidade do *de Cujus* ou seja do falecido recebe o nome de herança, a qual será transmitida aos herdeiros ou legatários. Leciona Nogueira (2007, p. 17) “Herdeiros são aqueles que por força da lei ou ato de última vontade, recebem a totalidade do patrimônio ou fração do patrimônio, sem individualização dos bens”. A legislação utiliza diversas nomenclaturas, sendo que herdeiros legítimos são os que possuem o direito de herdar de acordo com a lei. Já os herdeiros necessários, têm previsão no artigo 1845, do CC/02 “São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge”.

Assevera Nogueira (2007, p. 118) que ainda há duas outras formas de herdar sendo uma por disposição de última vontade, ou seja, o autor da herança define como será partilhado a parcela que lhe cabe, a outra forma o herdeiro recebe um bem específico. “Herdeiro testamentário – sua herança será definida por meio de testamento. Herdeiro legatário – sucessor a título singular, ou seja, recebe um bem específico”. Quanto à sucessão dos companheiros, esta por um período não foi regulamentada por se considerar situações à margem da lei. As demandas dessas relações eram resolvidas no Direito das Obrigações o que já colocava o companheiro numa situação diferente dos cônjuges. O CC/2002 regulamentou a situação dos companheiros agora as demandas são tratadas no Direito das Sucessões, embora a matéria foi tratada de forma bastante reduzida.

Atualmente, os companheiros possuem amparo no Código Civil de 2002, contudo o tratamento dado é alvo de inúmeros questionamentos. Existem divergências de posicionamentos acerca da constitucionalidade ou não do direito sucessório dos companheiros. Embora grande parte defenda a inconstitucionalidade pela redução em que o direito sucessório foi tratado e os prejuízos que ocasionou aos companheiros.

## **1.2 Princípios norteadores do direito sucessório**

A análise de alguns princípios se faz necessária, pois estruturam o direito sucessório, dando base para um tratamento digno e justo, a própria Constituição Federal traz em seu texto os princípios como o fundamento principal para um Estado democrático. Desta forma não pode simplesmente o legislador civilista ignorar criando normas que afrontam tais princípios.

Acerca do princípio da dignidade que aparece regulamentado no artigo 1º, inciso III, é um valor moral inerentes à pessoa sendo assim todo ser humano é dotado desse preceito, e

tal se constitui como princípio supremo, assegurando a todos tratamento digno segundo Dias (2013, p. 65), “a ordem constitucional elevou a dignidade como fundamento da ordem jurídica, houve a consequência de escolha da pessoa, relacionando todos os institutos a realização de sua personalidade”.

A dignidade da pessoa humana é fundamento para um Estado democrático, trata-se de um princípio maior, já que trata-se de um valor inerente à pessoa, está relacionado com a ideia de direitos humanos e mais ainda, justiça social.

Sobre o tema leciona Barroso (2013, p. 11) que a dignidade da pessoa humana é o esteio da Constituição Federal, pois se trata de um valor moral que se viu convertido em princípio.

A dignidade humana então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico da estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Nota-se que o princípio da dignidade humana é a base para uma sociedade justa e democrática pautada no respeito. Segundo Guerra (2013, p. 26) o princípio da dignidade humana vem assegurar e proteger a pessoa humana garantindo assim um tratamento digno a todos. “Ele impõe um dever de abstenção e de condutas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeito, proteção que viabilizem a vida com dignidade”.

Sendo assim, a dúvida que paira é se o Código Civil, ao diferenciar as entidades familiares, estaria violando esse princípio considerado um dos mais importantes pela CF que é a dignidade humana, desrespeitando assim o que a Constituição Federal assegura. Conforme Dias (2011, p. 67) A Constituição Federal ampliou o conceito de família estendendo assim proteção as demais, ou seja, a união estável encontra-se amparada pelo texto constitucional. “Com a ampliação do conceito de família, numa ótica em que o direito é entendido como fenômeno social, passou-se a dar maior relevância ao sentimento dos membros da família que propriamente a ela”. O legislador civilista ao estabelecer diferenças agiu de forma equivocada, pois priorizou as famílias que optaram pelo casamento, na hora de suceder dando privilégio aos cônjuges em detrimento dos companheiros.

Leciona Farias (2010, p.15) que o tratamento adotado pelo Código Civil feriu a dignidade humana, pois não levou em consideração o fundamento em que se baseia a Constituição Federal. “Assim, ao fazer diferenciação entre os modelos de família meramente

por questões de formalidade, estar-se-á indo contra os próprios indivíduos, priorizando o instrumento, e não o fim, portanto, indo contra a dignidade humana”. Desta forma, chega-se a conclusão que a dignidade humana encontra-se na igualdade entre as famílias já que é na família que a dignidade encontra lugar apropriado para ser desenvolvido, é no núcleo familiar que serão aflorados e definidos a forma como agir perante a sociedade, tendo como ponto primordial o respeito às diferenças.

Quanto ao princípio da igualdade, destaca-se que não se está querendo defender que a situação da união estável é igual a do casamento. São situações jurídicas diferentes, já que o casamento tem todo um formalismo. No entanto, sua essência há uma igualdade afetiva em ambas relações, como consequência dessa igualdade deve ser a equiparação dos efeitos entre as duas espécies de entidades familiares. Como assevera Nevares (2006, p. 13) A sociedade vem sofrendo inúmeras transformações, sendo assim as normas devem ser feitas para adaptar a esse novo contexto social e não criar normas onde o formalismo impera. “o primado não é mais o formalismo, mas a situação fática da comunidade familiar formada”.

O princípio da igualdade está consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º determinando que todos são iguais perante a lei. Sendo assim, não basta somente a igualdade formal, mas deve-se buscar a igualdade material. Menciona Moraes (2012, p. 36) que o legislador não pode criar normas que vão em desencontro ao texto constitucional e aos princípios. “Salienta-se que o legislador, na atribuição de sua função constitucional, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de inconstitucionalidade”.

Atentando-se para o Código Civil mais especificamente o artigo 1790 percebe-se que o legislador coloca o companheiro em situação de desigualdade se comparada à do cônjuge, esquecendo-se dos direitos antes conquistados.

Menciona Dias (2008, p. 66), sobre o tema, explicando que o maior problema, estabelecido pelo Código Civil foi colocar o cônjuge como herdeiro necessário e não fazer referência aos companheiros:

A mais saliente afronta cometida pela lei é ao princípio da igualdade, ao promover o cônjuge a 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 primo sequer.

O legislador ao fazer distinções quanto ao direito sucessório dos companheiros em relação ao cônjuge, violou princípios constitucionais, sem nenhuma razão criou normas que

coloca os companheiros em desvantagens, não existem motivos para tais diferenciações já que são institutos tão semelhantes.

Por fim, um princípio que merece respaldo, e que tem um destaque importantíssimo para se entender as inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil de 2002, é o princípio da vedação ao retrocesso.

O princípio trata da ideia de que os direitos sociais e econômicos, uma vez alcançados, estes passam a ser uma garantia institucional, não podendo assim serem ignorados pelo legislador ao elaborar uma lei.

Nesse sentido, Sarlet (2007, p.135) descreve que direitos antes assegurados não podem simplesmente serem ignorados, o legislador tem que atentar-se para não cometer equívocos. “A depender da perspectiva adotada pelo intérprete, o referido princípio poderia ser considerado como fundamento de normas constitucionais que protegem o cidadão contra atos retroativos do Estado”.

O aplicador do Direito não pode massacrar os direitos já conquistados. Sendo assim, o princípio da vedação do retrocesso irá atuar sempre como uma força contrária à revogação ou modificação das leis que importem na suspensão dos direitos já adquiridos uma vez que a alteração desses direitos prejudicaria a quem deles necessitem. Conforme Hironaka (2009, p. 56) diz que tal norma é inconstitucional por estar em desconformidade com um artigo da Constituição Federal, caracterizando, ademais um verdadeiro retrocesso social. “O Código Civil de 2002, num retrocesso social diminuiu a amplitude dos direitos sucessórios de companheiros”. Nota-se que o legislador civilista não agiu em conformidade com os princípios constitucionais, criando normas onde estabelece diferenças e o pior esquecendo-se do que já havia sido conquistado.

### **1.3 Princípio da isonomia**

O princípio da isonomia tem sido bastante comentado nos últimos tempos e no que concerne a igualdade entre pessoas, seja elas casadas ou não, entre pessoas do mesmo sexo, entre filhos havidos no casamento ou fora dele. O que se busca alcançar com o princípio da isonomia é puramente a igualdade respeitando as características de cada relação sem estabelecer diferenças.

Destarte, que com o advento do Código Civil 2002, a união estável foi reconhecida como instituição familiar passando a ter, o companheiro direitos assegurados no que compete ao Direito de Família. Já na parte das sucessões o legislador deixou o companheiro numa

posição desfavorável em relação do cônjuge. Nesse ponto é que entra o princípio da isonomia para tentar corrigir um equívoco cometido pelo legislador.

Menciona Dias (2009, p. 67) destacando um ponto importante quanto à falha do legislador, diante do tratamento diferenciando e a ofensa ao princípio da isonomia, defendendo assim que os magistrados deixem de aplicar normas com preceitos discriminatórios. A respeito desse tema diz que:

Todas as omissões da lei, deixando de nominar a união estável quando assegura algum privilégio ao casamento, devem ser tidas por inexistente. Quando a lei não fala na união estável, é necessário que intérprete supra esta lacuna. Assim, onde se lê cônjuge, necessário passar-se a ler cônjuge ou companheiro. E, quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tal referência como não escrita.

A Constituição Federal de 1988 traz esse princípio como sendo sua base, dessa forma não pode o legislador ignorar e estabelecer diferenças, retirando assim um direito fundamental. Torna-se inconstitucional o dispositivo legal que estabelece desvantagens e diferenças aos companheiros.

Leciona Veloso (2006, p. 236) o artigo 1.790 do Código Civil merece crítica, pois é falho tratando-se de um verdadeiro equívoco diante do reconhecimento dado pela Constituição Federal de 1988. Diante do que foi exposto diz que:

O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente um verdadeiro equívoco alega que, diante da equiparação dada pela Constituição Federal entre o casamento e a união estável, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional, pois tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito de família, que veda o retrocesso assim o legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico, garantido na constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências.

Se a união estável é reconhecida como entidade familiar, não há motivo para tal injustiça e desigualdade, torna-se uma afronta aos princípios constitucionais principalmente da isonomia, que é o pilar de sustentação de qualquer estado democrático de direito.

Segundo Dias (2010, p. 28) defende que os juízes reconheça a inconstitucionalidade do referido dispositivo deixando assim os magistrados de aplicar normas de cunho discriminatório, só assim será possível evitar tal equívoco legal:

O tratamento diferenciado inegável desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até seja corrigido esse equívoco pela reformulação da lei, cabe o 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 merece especial proteção do Estado. Ainda bem que a jurisprudência vem se inclinando nesse sentido.

Percebe-se que o Direito de Família tem a função de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Diante desse contexto, como pode o legislador civilista estabelecer diferenças é o mesmo que admitir a superioridade do casamento colocando-o assim num patamar mais elevado, priorizando a proteção de alguns em detrimento dos outros, e na realidade são famílias com os mesmos propósitos e fundamentos o que muda é somente os direitos.

Menciona Moraes (2008, p. 65) que a Constituição Federal adotou o princípio da isonomia, a fim de estabelecer um tratamento idêntico a todos sem qualquer distinção. Nesse sentido destaca que: “A Constituição Federal vigente adotou o princípio da isonomia ou igualdade de direitos, antecipando a igualdade de aptidão, uma igualdade de tratamento idêntico pela lei, de acordo com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”.

Dessa forma, é uma discriminação legal o tratamento privilegiado dado ao casamento em detrimento da união estável, chocando-se contra o que estabelece o texto constitucional que preveem a igualdade de direitos entre ambas entidades familiares.

## **1.4 Direito sucessório dos companheiros**

### **1.4.1 Noções gerais**

O Código Civil de 2002, no que tange ao Direito Sucessório dos conviventes, deixou muito a desejar, observa-se que o legislador não fez as devidas adaptações necessárias, tendo em vista os direitos antes conquistados pelas Leis 8.971/99 e 9.278/96, ficando assim os conviventes numa situação inferior, quando comparado com os cônjuges. Assevera Candil (2012, p.80) que o Direito Sucessório dos companheiros foi tratado de forma breve, sendo que a matéria exige um tratamento mais específico. “O que se pode observar é que o direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002 foi inserido no capítulo anterior que trata da sucessão de forma geral, e a matéria nada tem a ver com disposições gerais”. O tratamento adotado pelo legislador civilista não solucionou os problemas dos companheiros, pelo contrario criou-se um obstáculo tremendo já que seus direitos estão assegurados em um único artigo de forma bastante superficial deixando o companheiro em total desvantagem.

Segundo Dias (2005, p. 242), O artigo 1790 não conseguiu suprir todas as necessidades dos companheiros, pois tratou de forma bastante superficial e reduzida, gerando assim vários transtornos a quem vivencia essa situação. “O Direito Sucessório dos Companheiros foi tratado e muito mal tratado em um único dispositivo” (art. 1.790 CC/02).

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 foi 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 da um terço a totalidade da herança.

Ao dispositivo em questão, foram feitas inúmeras críticas por parte de vários doutrinadores. O caput do dispositivo legal estabelece que a sucessão dos companheiros limita-se aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável o que não se é exigido aos cônjuges.

Assevera Rodrigues (2007, p. 118) fazendo a seguinte análise acerca dos bens adquiridos durante a vigência da união estável, e chega à conclusão que se durante a união estável dos conviventes “não houver aquisição a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de Cujus* tenha deixado inestimável patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável”. O referido dispositivo é totalmente injusto, já que deixa desamparado os companheiros sobreviventes, se não houve aquisição a título oneroso estes não possui direitos é flagrantemente discriminatório, passando assim a sucessão aos outros parentes dos quais a lei define pela ordem de vocação hereditária.

Outra importante crítica sobre o tema é a de Veloso (2005, p. 243), que diz que limitar os bens adquiridos somente aos onerosamente não tem nem um sentido, pois gera grandes injustiças:

Restringir a incidência do direito do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de Cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma razão e quebra todo o sistema. Podendo gerar consequências extremamente injustas: não herdará coisa alguma se este não adquiriu outros bens durante o tempo de convivência. O problema se mostra mais grave e delicado se considerarmos que o novo Código Civil nem fala no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, ao regular a sucessão entre companheiros, deixando de prever, em outro retrocesso, o benefício já estabelecido no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96.

Nesse contexto, impõe-se uma análise em relação à constitucionalidade do dispositivo em questão que colocam os companheiros em desvantagens em relação aos cônjuges, estabelecendo diferenças entre os integrantes da família, sobretudo os filhos, em função da gênese da união estável é uma discriminação absurda, que precisa com urgência ser corrigida.

Sobre o tema, Nogueira (2007, p. 177) assevera que os conviventes, de forma discriminatória e desigual não foram tratados da mesma forma que o cônjuge, as diferenças são nítidas, como pode-se observar “não integram a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil. Tampouco os direitos sucessórios concedidos no art. 1.790 são idênticos aos conferidos ao cônjuge. As entidades familiares foram tratadas diferenciadamente”.

Art. 1.829 do CC/02

A sucessão legítima difere-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 da separação obrigatória de bens (art. 1.640), parágrafo único, ou se, no regime de 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.

Entende-se que ditas normas padecem de vício, pelas razões descritas nos artigos em questão. O artigo acima eleva a figura do cônjuge a de herdeiro necessário, não podendo, assim, ser excluído da sucessão, já o companheiro não teve o mesmo privilégio, tendo seus direitos totalmente reduzidos em um único dispositivo. Para se ter uma ideia do retrocesso social cometido pelo legislador, menciona Rodrigues (2007, p. 119) que o Código civil não acompanhou as transformações sociais, esquecendo-se do reconhecimento dado pela Constituição Federal à união estável:

O Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em complexo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

Nota-se que o companheiro é simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário. Podendo ser motivadamente excluído da sucessão, já que não está inserido no rol estabelecido pelo artigo 1829 que estabelece quem são herdeiros necessários, conforme o

disposto no artigo 1.850 do Código Civil, o companheiro corre o risco de não participar da sucessão, bastando que o testador disponha do seu patrimônio sem beneficiá-lo. Sobre o tema Diniz (2013, p. 170) explica que mesmo o companheiro não sendo herdeiro necessário, participa da sucessão na qualidade de herdeiro regular, sendo sucessor quanto a meação:

Pelo art. 1.790, I a IV, o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de Cujus* na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro “su generis”, pois é sucessor somente quanto à meação do falecido, relativo aos bens adquiridos onerosamente na vigência do estado convencional.

Vale salientar que tal posição ainda que majoritária, não é a única sobre o tema. Há doutrinadores que defendem posicionamentos contrários, entendem que o companheiro é herdeiro necessário pela interpretação sistemática e detalhada do ordenamento jurídico. A título de exemplo pela própria redação dada ao artigo 1.790 do Código Civil que dispõe acerca da participação do companheiro em caráter de certeza.

Menciona Junior (2005, p. 593) dizendo que o companheiro é herdeiro necessário da mesma forma que o cônjuge é por força de interpretação mais aprofundada do artigo chega-se a conclusão que ao dizer cônjuge o legislador também faz referência ao companheiro:

Em nossa opinião, portanto, o companheiro é herdeiro necessário da mesma forma que o cônjuge também o é, pouco importando se tal condução se chega em virtude da interpretação gramatical, vale dizer, considerando-se os verbos utilizados no artigo 1.790, ou se tal se atinge através também da possível interpretação extensiva do artigo 1.845, entendendo-se que o tema cônjuge usado pelo legislador, também está abrangendo o companheiro. Aliás, veja-se que o legislador, ao referir a exclusão dos herdeiros através do testamento, apenas mencionou a possibilidade de exclusão dos colaterais (art. 1.850), nada dizendo em relação ao companheiro.

Embora essa segunda posição seja minoritária, goza de prestígio dentre alguns doutrinadores. Que consideram o companheiro como herdeiro necessário, fazendo assim uma interpretação mais benéfica e justa suprindo as lacunas estabelecidas pelo Código Civil, que não os considera como tal, e muito menos estão inseridos no rol.

## 2 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE DO ARTIGO 1.790

Neste capítulo será abordada a sucessão do companheiro a luz do Código Civil, fazendo uma análise do artigo 1790, direito a meação dos companheiros, destacando as principais críticas a respeito do referido artigo por parte da doutrina.

O novo Código Civil conseguiu ser perfeitamente incongruente ao tratar do direito sucessório dos companheiros. A matéria foi tratada em um único dispositivo, ou seja, 1790, de forma insignificante, entre as disposições gerais da sucessão, ao invés de ser abordado na parte em que trata a sucessão legítima, onde encontra resguardados os direitos dos cônjuges. Ficando assim escancarado a discriminação legal cometida pelo legislador civilista.

Sobre o tema, Venosa (2007, p. 132), a impressão que o dispositivo legal 1790 do Código Civil transmite é de que o legislador teve dificuldades em classificar os companheiros como herdeiros, procurando evitar maiores críticas, não os colocando definitivamente na ordem de vocação hereditária, o efeito dessa inércia do legislador foi contrário e alvo de duras críticas, gerando várias discussões, pois a sociedade não é a mesma de anos atrás. Deste modo, afirma que o consorte da união estável “participará da sucessão, como se pudesse haver um meio termo entre herdeiro e mero participante da herança”.

Outro grande questionamento que se faz é o fato de que o companheiro sobrevivente não faz parte do rol do artigo 1829 CC onde estabelece a ordem de vocação hereditária. De acordo com o artigo 1.829 Código Civil:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I. Aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1641, parágrafo único) ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.
- II. Aos descendentes em concorrência com o cônjuge.
- III. Ao cônjuge sobrevivente
- IV. Aos colaterais.

Diante do exposto é inegável a desigualdade conferida aos companheiros em relação ao tratamento dado ao cônjuge. O cônjuge em certos casos é herdeiro necessário, podendo concorrer com descendentes ou ascendentes do falecido. Já o companheiro, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído por testamento da herança do *de cujus* recolhendo apenas sua meação relativa aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Conforme Dias (2008, p. 69) sustenta que doutrina tem suavizado estas divergências, considerando o companheiro herdeiro necessário especial ou *su generis*, sobre o fundamento

de que a lei reservou-lhe uma fração de bem adquiridos onerosamente durante a união, “razão pelo qual o testador não pode suprir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro como herdeiro necessário”.

Nota-se que há entendimentos de que o companheiro é herdeiro necessário, sendo por meio de uma interpretação mais aprofundada do artigo que cita apenas o cônjuge, chegando a conclusão de que ao dizer cônjuge o legislador estendeu os direitos também aos companheiros, posicionamento este que não foi aceito por grande parte da doutrina que defende que o legislador não estendeu os direitos aos companheiros, cometendo assim um equívoco legal.

Para Nogueira (2007, p. 132) não é caso de inconstitucionalidade, uma vez que o próprio texto constitucional de 1988 deixa claro que não houve equiparação entre o casamento e a união estável. “Diante da regra expressa acerca do estímulo que a lei deve propiciar para que as uniões fundadas no companheirismo se convertam em uniões baseadas no casamento”.

Não sendo o companheiro inserido no rol de herdeiros necessários, e na vocação hereditária ocupar o último lugar, nos leva a chegar à conclusão que a lei proporciona nas vantagens a quem é casado do quem vive em união estável. Isso porque o cônjuge tem preferência sucessória o que não ocorre com o companheiro na hora de herdar. Gerando assim um grande retrocesso social. O resultado do referido dispositivo legal é totalmente absurdo, pois gera enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro.

O Código Civil em seu artigo 1845 ao dispor quem são herdeiros acaba discriminando a união estável, se a família, base da sociedade tem especial proteção do Estado e se a união estável é reconhecida como tal, a dessemelhança entre a posição sucessória do cônjuge ou companheiro, além de contrariar as aspirações sociais fere os princípios e fundamentos constitucionais.

Conforme o artigo 1845 do Código Civil “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. E até que tal equívoco seja corrigido pela reformulação do dispositivo legal, cabe ao magistrado deixar de aplicar normas carregadas de preceitos discriminatórios, reconhecendo assim sua inconstitucionalidade.

## **2.1 Direito de concorrência**

Com a morte de um dos companheiros, todo seu patrimônio será inventariado. Nesse sentido, quando se pensa na divisão da herança, é necessário que se exclua a meação do companheiro sobrevivente, que se constitui da metade dos bens adquiridos onerosamente na

constância da união. A outra parcela dos bens será acervo hereditário destinado a partilha com os possíveis herdeiros conforme estabelecido pela lei.

Desta forma, o companheiro retira sua meação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o restante do patrimônio será partilhado da seguinte maneira: bens adquiridos durante a vigência da vida em comum, lembrando que só os bens que foram adquiridos onerosamente, o companheiro deverá concorrer com descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau, e quanto aos demais bens, adquiridos antes da convivência, por herança, doação ou recebidos a título gratuito, serão partilhados apenas aos seus herdeiros, os companheiros serão excluídos seguindo a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil.

Sobre o tema Diniz (2007, p. 144), O Código Civil estabelece alguns critérios quanto à sucessão dos companheiros, essas exigências acabam colocando o companheiro em desvantagens perante aos demais herdeiros necessários “se não houver bens comuns amealhados durante a convivência, o companheiro supérstite nada receberá, por não ser herdeiro necessário, razão pela qual mesmo que o *de cujus* não tenha deixado descendentes ou ascendentes, sua herança será deferida aos colaterais até o quarto grau”.

O Código Civil em seu artigo 1790, ao dispor sobre a concorrência do convivente com os descendentes do falecido, não faz nenhuma menção quanto ao regime de bens adotados na união estável, cabe salientar que o regime de bens é fator decisivo para admissão dos direitos de concorrência do cônjuge sobrevivente, trazendo aqui maiores benefícios aos companheiros, se for analisar por este lado o referido dispositivo foi mal elaborado, pecando em vários pontos.

O Código Civil em seu artigo 1725 estabelece que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais no que couber o regime da comunhão parcial de bens”.

Assevera Dias (2008, p. 68) ensina que o companheiro sobrevivente tem direito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Desta maneira a outra metade, juntamente com os bens particulares do falecido e os recebidos por doação ou herança, tudo isso é chamado de acervo hereditário:

Quando do falecimento de um deles, o outro tem direito à meação dos bens comuns, chamados de aquestos. Ainda que a meação não integre o acervo hereditário, necessariamente acaba arrolada no inventário, pois a separação dos bens do parceiro sobrevivente ocorre quando da partilha (CPC 1023 II).

Quando se pensa na divisão da herança, é necessário antes excluir a meação do companheiro sobrevivente, que se constitui da metade dos bens adquiridos

onerosamente no período de convivência. A outra é acervo hereditário, integrado pela meação do falecido, seus bens particulares e os recebidos por doação ou herança. Aos herdeiros necessários é reservada a legítima, que corresponde à metade do patrimônio. A outra metade é a parte disponível que seu titular pode dispor por meio de testamento. Como o companheiro não é herdeiro necessário – por injustificadamente não ter sido inserido na ordem de vocação hereditária não tem direito à legítima.

É irrelevante o regime de bens para os companheiros no plano sucessório, uma vez que o diferencial está unicamente, na origem dos bens havidos pelo autor da herança. A única exigência que se faz é que tenham sido adquiridos onerosamente durante a vigência para que se dê o direito em favor do convivente. Assim se durante a constância da união estável houve a aquisição onerosa de bens é preciso assegurar ao companheiro o direito à metade do patrimônio.

## **2.2 Concorrência do companheiro com filhos comuns**

O artigo 1790, inciso I, do Código Civil estabelece que, concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito a uma quota equivalente (mesma quota) atribuída aos filhos. Verifica-se que o valor atribuído ao companheiro na concorrência com descendentes é bem diferente daquele atribuindo ao cônjuge.

Leciona Venosa (2007, p. 129) que o valor cabível ao companheiro na concorrência com descendentes é bem diverso daquele estipulado com relação ao cônjuge, o legislador pecou ao estabelecer diferenças a institutos tão similares. “As diferenças são significativas pelo seu conteúdo patrimonial, mas de todo injustificáveis quando se preconiza o princípio da proteção legal à família, seja ela formada pelo casamento ou pela união estável”.

Na sucessão do companheiro em concorrência com os filhos comuns, observa-se que o legislador civil pretendeu atribuir-lhes tratamento diferenciado, impondo cálculos matemáticos distintos. Portanto, herdando a mesma porção deferida aos filhos comuns e metade da porção cabível aos descendentes exclusivos. Observa-se que a opção tomada pelo legislador foi dar tratamento preferencial aos companheiros, quando estes concorrer com filhos comuns.

Assevera Dias (2008, p. 175) que a herança é dividida de forma igual se todos os filhos forem do casal, tendo assim o companheiro direito a mesma quota deferida aos filhos e esclarece que a herança é dividida por cabeça:

Se todos os herdeiros forem filhos do casal, a fração que recebe o companheiro é igual a de seus filhos, uma vez que a herança é dividida por cabeça entre todos. Conta-se como se fosse mais um filho. Portanto, se há um só filho, a herança é dividida por dois. A divisão é sempre igual entre filhos e o seu genitor.

Para melhor compreensão: um casal adquiriu onerosamente na constância da união estável um patrimônio equivalente a R\$ 500.000,00. O casal possui 2 (dois) filhos. Um dos companheiros faleceu. O sobrevivente irá concorrer com os filhos comuns. Sendo assim receberá como meeiro R\$ 250.000,00. Os outros R\$ 250.000,00 será dividido em 3 partes iguais (entre companheiro sobrevivente e os dois filhos). Então cada filho herdará a importância de R\$ 83.333,00 e o sobrevivente receberá então R\$ 250.000,00 como meeiro + R\$ 83.333,00 como herdeiro.

### **2.3 Concorrência do companheiro com descendentes só do autor da herança**

O artigo 1790 do Código Civil, inciso II, estabelece que, concorrendo o companheiro sobrevivente com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. Verificando assim mais um prejuízo ao companheiro, pois enquanto o viúvo recebe a parcela igual a dos enteados, o companheiro tem direito apenas a metade.

Menciona Leite (2004, p. 62) acerca do tema que na sociedade atual não é incomum a união de companheiros advindos de relacionamentos anteriores, em sua maioria com prole constituída é uma situação frequente:

Atendo a isto, o legislador nitidamente pretendeu tratar distintamente a sucessão concorrente, aplicando-se distintas imposições matemáticas se os descendentes fossem filhos do convivente supérstite e do convivente falecido, ou se, por outro lado, fosse descendente exclusivo do autor da herança.

Comparando a sucessão dos companheiros a dos cônjuges, aqui verifica-se mais um prejuízo ao convivente, pois enquanto a viúva recebe parcela igual à dos filhos do autor da herança, o quinhão do convivente sobrevivente é exatamente a metade.

Leciona Dias (2008, p. 175) que sendo os filhos somente do autor da herança, eles irão receber o dobro, ficando assim o companheiro com metade da quota deferida a cada enteado:

Quando os herdeiros são filhos somente do autor da herança, eles recebem o dobro do companheiro sobrevivente. Ou seja, ele faz jus a metade do que recebe cada um dos enteados. Para proceder à partilha, o jeito é multiplicar por dois o número de filhos e somar mais um, que é a fração do parceiro.

Para melhor compreensão: um casal adquiriu onerosamente na vigência da união um patrimônio de R\$ 480.000,00. O companheiro tem dois filhos de outra união. O casal não possui filhos em comum. O companheiro falece. O sobrevivente irá receber como meeiro o valor de R\$ 240.000,00. Os outros R\$ 240.000,00 vão para o inventário do autor da herança. Como o sobrevivente concorre com descendentes só do autor da herança este terá metade do que couber a cada um deles.

Então sendo assim o sobrevivente tem X, o filho 1 tem 2X, a filha 2 também tem 2X. A soma ficará  $X+2X+2X=240.000$ . Então  $5X=240.000,00$ .  $X=48.000,00$ . Sendo assim cada um dos filhos ficará com o patrimônio de R\$ 96.000,00, ou seja,  $2 \times 48.000,00$ . Já o sobrevivente receberá R\$ 240.000,00 como meeiro e R\$ 48.000,00 como herdeiro. Desta forma, se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos só do companheiro falecido, terá ele direito à metade do que couber a cada um deles.

#### **2.4 Concorrência do companheiro com filiação híbrida**

O artigo 1790 do Código Civil não contempla a hipótese em que o companheiro concorra com os filhos comuns e exclusivos do *de cuius*, ou seja, o autor da herança. O Código Civil foi omissivo quanto à concorrência do companheiro com filiação híbrida, ou seja, quando o companheiro concorre ao mesmo tempo com descendentes comuns e com descendentes do autor da herança.

Para Calmon (2007, p. 47-48) deve-se buscar solucionar esse problema fazendo uma interpretação do inciso II do referido artigo 1790, só assim o companheiro terá seus direitos assegurados:

É perfeitamente possível interpretar o dispositivo e solucionar a questão, diante da inserção do advérbio. Só no inciso II. Desse modo, o companheiro tem direito à quota equivalente a que por lei for atribuída a cada filho do falecido ainda que alguns deles sejam apenas do ex-companheiro, havendo a redução a quota do companheiro a metade da quota de cada filho. Somente se o falecido deixou apenas filhos próprios dele.

Na doutrina há divergências de opiniões, porém, grande parte dos autores entende que se deve aplicar a regra do inciso I, do artigo 1790 do Código Civil. Assevera Cahali (2007, p. 184) ocorrendo esta situação híbrida, ela não cabe no inciso II, pois este expressamente se refere a disputa com descendentes só do autor da herança. “Mas se encaixa

no inciso I, em razão desta regra não restringir a concorrência só com filhos comuns. Ocorrendo essa situação, enquadra-se a vocação na concorrência com filhos comuns pela razão acima exposta”.

Esta proposta considera todos os filhos do autor da herança como comuns, aplicando-se exclusivamente o inciso I do artigo 1790, dando ao companheiro supérstite quota equivalente a deles. Menciona Diniz (2007, p. 147-148). “A segunda proposta leva em conta todos os descendentes como exclusivos do autor da herança, aplicando-se neste caso, apenas o inciso II de 1790 do referido dispositivo, conferindo ao companheiro supérstite a metade do que caberia a cada um deles”.

Observa-se que esta proposta prejudicaria os filhos exclusivos do *de cujus* que nenhum laço de parentesco consanguíneo possui com o companheiro sobrevivente sendo assim dando privilegio aos companheiros.

Assevera Veloso (2005, p. 245) que ocorrendo o caso acima apontado, o inciso II deve ser aplicado, cabendo ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada descendente do autor da herança. “Ao admitir essa proposta não estaria respeitando o espírito do legislador, tendo em vista a inobservância da diferença que ele quis dar às hipóteses de concorrência do convivente com os descendentes do *de cujus* de um ou de outro grupo”. Outra possível solução, propõe uma composição entre duas hipóteses legais para melhor solucionar o problema já que a divergências por parte da doutrina, a terceira posição propõe uma junção das duas propostas criando uma formula para solucionar a questão.

Conforme Dias (2005, p. 246), A melhor maneira para solucionar o problema é aplicando a fórmula tusa que aumenta a participação do companheiro na medida que aumenta o número de filhos, trata-se de uma solução justa. “Trata-se da aplicação de uma equação chamada de ‘fórmula Tusa’ que é a média ponderada que aumenta a participação do convivente na medida em que é maior o número de filhos exclusivo do *de cujus*”.

Para melhor compreensão: um casal adquiriu onerosamente na vigência da união estável um patrimônio de R\$ 120.000,00. O companheiro tem dois filhos de outra união. O referido casal possui dois filhos juntos. O companheiro morreu. O sobrevivente irá receber como meeiro o valor de R\$ 60.000,00.

A outra metade equivalente a R\$ 60.000,00 vão para o inventário do *de cujus*, ou seja, o autor da herança. Como o sobrevivente concorre com a filiação híbrida (filhos somente do *de cujus* + filho em comum a companheira terá direito à cota igual ou cota equivalente, segundo o entendimento majoritário. Então os R\$ 60.000,00 do inventário serão divididos por 5 (que são o número de filhos + o sobrevivente). Assim, cada um deles receberá importância

de R\$ 12.000,00. Sendo assim, o companheiro sobrevivente receberá R\$ 72.000,00, sendo R\$ 60.000,00 meeiro + R\$ 12.000,00 como herdeiro. A posição majoritária a qual se aplica a regra do artigo 1790, inciso I, é a mais adequada nesta situação, pois não cria enormes diferenças em relação aos herdeiros.

## **2.5 Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis**

Houve um retrocesso enorme por parte do Código Civil, uma vez que na vigência da Lei 8971/94, inciso III, o companheiro herdava a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes. O novo dispositivo legal, caso o falecido deixe colaterais e companheiro sobrevivente, um terço da herança será destinado à este e o restante àquele.

Menciona Dias (2008, p. 181) sobre a concorrência com ascendentes estes terão direito a integralidade dos bens particulares e o companheiro terá direito a terça parte dos aquestos tendo ainda que concorrer com ascendentes mais distantes:

Quando a concorrência se dá com ambos os genitores do falecido, cada um deles recebe 1/3 e mais a integralidade dos bens particulares do filho falecido. Na concorrência com só um dos pais, este fica 2/3 e o companheiro permanece somente com a terça parte dos aquestos. Mesmo quando os ascendentes forem de pais mais distantes (avós e bisavós do falecido) permanece igual o direito do companheiro, independente do número de ascendentes.

Não havendo ascendentes, o companheiro sobrevivente continuará a concorrer, desta vez com os colaterais até 4º grau de parentesco. Sobre o tema, Cahali (2008, p. 135) ensina que não havendo descendentes e ascendentes estes irão concorrer com parentes até 4º grau o que é uma grande injustiça com os companheiros, pois:

Caso constatado não haver descendentes e ascendentes, seja por inexistência, morte ou renúncia, ou até exclusão por indignidade e deserção, ainda assim o companheiro continuará a concorrer em sua limitada herança com os colaterais, estes considerados até 4º grau de parentesco (irmãos, tios ou até primos do falecido). Com a exclusão dos mais remotos pelos mais próximos.

As diferenças em relação à sucessão começam a se evidenciar, quando o legislador civilista coloca o companheiro sobrevivente numa posição desfavorável concorrendo com outros parentes sucessíveis.

Menciona Rodrigues (2007, p. 119) não vê razão também para que o companheiro sobrevivente concorra com outros parentes sucessíveis e defende que colocar o companheiro nessa situação é uma injustiça: “Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa

posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente constituindo uma família que merece tanto respeito e reconhecimento quanto a família fundada no casamento”.

Essa solução proposta pelo legislador não é a mais justa e não condiz com a realidade atual, onde a própria Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, diante deste contexto privilegiar vínculos biológicos ao extremo, ainda que por mais remotos que sejam, em detrimento dos vínculos afetivos e de amor não pode ser considerado uma boa opção, pois desmerece tudo que foi construído ao longo da união.

Leciona Veloso (2007, p. 119) também faz críticas nesse sentido e diz que o Código Civil ao estabelecer diferenças e critérios para a sucessão não observou o contexto social em que vivemos:

Sem dúvida, nesse ponto, o Código não foi feliz. A lei não está imitando a vida nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo animus de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra que não segue os ditames do seu tempo, que não obedece às indicações da história e da civilização.

Além do desmerecimento da união estável em relação a sucessão e concorrência com outros parentes sucessíveis, estabelecidos pela lei, vale destacar que cônjuge não precisa dividir a herança com os parentes colaterais, já o companheiro sim, gerando um enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento dos companheiros sobreviventes.

Conforme Dias (2008, p. 70) o companheiro só terá direito a integralidade da herança se não houver nenhum herdeiro legítimo e ainda faz uma crítica em relação ao companheiro ter que concorrer com outros parentes sucessíveis:

O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo (CC, artigo 1790, IV). Basta a existência, por exemplo, de um único primo para que a herança seja 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, 1790, III). O resultado dessa aplicação é totalmente absurdo, pois gera enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro.

A jurisprudência vem suprindo as lacunas estabelecidas pelo Código Civil deferindo a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente, afastando os colaterais da disputa

sucessória. Cabe citar um julgado do TJRS de 08/03/2007 AC 70017169335, rel Des. José Ataídes Siqueira Trindade, 8ª C Cível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. **Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.** Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007.)

Trata-se de um Agravo de instrumento o julgado em questão, o qual foi desprovido por maioria dos votos. Cabe ainda citar outro julgado do TJRS de 12/09/2007 AI 70020389284, relator Ricardo Raupp nesse sentido, afastando a concorrência do companheiro sobrevivente com o colateral.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. **Caso concreto, em que merece afastada a sucessão do irmão, não incidindo a regra prevista no 1.790, III, do CC,** que confere tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge. Observância do princípio da equidade. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, **em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.** Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido. (Agravo de instrumento n. 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 12/09/2007.)

O julgado em questão trata-se de Agravo de instrumento interposto pelo companheiro sobrevivente contra decisão que deferiu a habilitação do irmão da falecida, nos autos do inventário dos bens deixados pela *de cujus*.

## **2.6 Direito do companheiro à totalidade da herança quando não há parentes sucessíveis**

O inciso IV do artigo 1790. Não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança. O questionamento que se faz é se o inciso IV está relacionado diretamente ao “caput” onde estabelece que o companheiro terá direito apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Pois se estiver relacionado ao caput o companheiro não terá direito ao patrimônio se for de bens particulares. O legislador civilista não foi claro na dissertação do dispositivo deixando lacunas na lei.

Menciona Veloso (2005, p. 245) que o companheiro terá direito quanto aos bens adquiridos onerosamente como estabelece o caput do artigo 1790 do Código Civil o referido artigo nada diz sobre os bens particulares. “Que a totalidade da herança mencionada no inciso IV do art. 1790 do CC é aquela que o consorte está autorizado a receber, ou seja, tão somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Grande parte da doutrina entende que não há concorrência do companheiro com o poder público, não faz sentido é uma crueldade com quem partilhou uma vida juntos. Assevera Diniz (2007, p. 144) acerca do tema que não havendo parentes sucessíveis ou renúncia por parte destes, o companheiro terá direito a totalidade da herança e não faz sentido ter que concorrer com o poder público:

Daí o nosso entendimento de que não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto, os bens do *de cuius*, que não irão ao município, Distrito Federal ou à união, por força do dispositivo no art. 1844, 1ª parte do Código, que é uma norma especial (relativa à herança vacante) sobrepondo-se ao artigo 1790, IV (norma geral sobre sucessão do companheiro).

De outro lado há doutrinadores que defendem que se o *de cuius* possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, ou depois, a título gratuito não podendo esses bens integrar a herança do companheiro poderá concorrer então com o poder público. Conforme Cahali (2007, p. 182-183) se os bens não foram adquiridos onerosamente o companheiro não terá direitos quanto aos bens particulares, sendo deferido ao poder público:

Não havendo parentes sucessíveis, agora sim, o companheiro sobrevivente recebe a integralidade da herança (art. 1790, IV). Porém, mesmo nesta situação poderá haver concorrência na sucessão do falecido. É que a totalidade da herança a que se refere o inciso é aquela prevista no caput, ou seja, limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Assim, sendo maior o patrimônio do falecido, aqueles bens não contemplados no caput serão tidos como herança jacente. Daí falar-se em “concorrência” do companheiro até mesmo com o poder público.

Fazendo uma análise mais crítica da sucessão do companheiro, no art. 1790 do Código Civil, nota-se que a jurisprudência vem suprindo essas lacunas estabelecidas por algumas regras, em face dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia dando um tratamento mais adequado a cada situação já que o Código Civil foi bastante omissivo nesse ponto deixando os companheiros em situações de desigualdade quando comparado ao tratamento que o cônjuge possui, sendo que a própria Constituição Federal em seu artigo 226 3º§.

### 3 CÔNJUGE VERSUS COMPANHEIRO – DIREITO DAS SUCESSÕES

Neste capítulo será discutido o ponto central deste trabalho, fazendo uma análise crítica da posição desfavorável que o companheiro foi submetido quando confrontado com o status sucessório do cônjuge, destacando as principais diferenças entre ambas entidades.

#### 3.1 Divisão dos bens

O direito sucessório possui alguns artigos dedicados à sucessão dos companheiros, com regras bastante diferentes das previstas ao cônjuge. A primeira grande distinção está nas condições estabelecidas para que participem da sucessão. Enquanto o companheiro participa da divisão dos bens comuns, ou seja, aqueles adquiridos onerosamente na constância da união (art. 1790) o cônjuge participa somente em relação aos bens particulares do autor da herança, art. 1829 sendo devidamente inserido no rol de vocação hereditária, o que não aconteceu com os companheiros.

Art. 1829. A sucessão legítima difere-se na ordem seguinte:

- I. aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 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.

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I. Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente a quem por lei for atribuída ao filho;
- II. Se concorrer com descendentes só do outro de 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 a totalidade da herança.

O cônjuge possui o quinhão igual ao dos demais descendentes, reservando-lhes, no entanto, a quarta parte dos bens particulares quando concorrer apenas com filhos comuns do casal. Art. 1832 do Código Civil.

Quanto ao companheiro não tem relação aos filhos comuns a reserva legal da quarta parte, recebendo sempre quinhão igual ao deles e se houver apenas descendentes do *de cujus*,

ou seja, do autor da herança o companheiro terá direito apenas a metade do que couber a cada um deles.

Art. 1832. Em concorrência com os ascendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior a quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

No caso de concorrência com ascendente não haverá diferenciação do regime de bem quanto a cônjuge. Em relação ao companheiro, no entanto há diferenciação.

Portanto, o companheiro, mesmo quando concorre com ascendentes continua a participar da herança apenas quanto aos bens comuns, além de ter o mínimo garantido de um terço, em contrapartida, a metade que é garantida ao cônjuge. “Art. 1837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Para a lei, o cônjuge não precisa dividir a herança com parentes colaterais (tios e sobrinhos). Já o companheiro, sim. Gerando assim um total desconforto, como já citado no capítulo anterior, essa diferenciação entre união estável e casamento é discriminatória, já que a Constituição Federal em seu artigo 5º diz: “Todos são iguais perante a lei”. O Código Civil ao estabelecer diferenças contraria o que a Constituição assegura. Vale destacar ainda que a própria Constituição em seu artigo 226 deu especial proteção à união estável. “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”.

O Código Civil ao estabelecer as diferenciações lamentavelmente distanciou-se dos valores constitucionais já estabelecidos, diminuiu a proteção constitucional dada às famílias onde a união estável teve seu significado constitucional ignorado, estabelecendo assim algumas situações, onde o companheiro é tratado como alguém inferior ao cônjuge.

Vale destacar algumas dessas críticas feitas pelo autor Gonçalves (2009, p. 172-173) pertinentes à posição do companheiro no direito sucessório se comparado com cônjuge, note:

Embora o tratamento dispór da sucessão do companheiro de opção do legislador e não ofenda os cânones constitucionais, merece críticas que lhe são endereçadas: a) casamento; b) por repetir no caso de concorrência com os descendentes, a indébita distinção entre descendentes exclusivos, só do auto da herança e descendentes comuns, havidos da união entre o autor da herança e o companheiro; e c) por estabelecer a concorrência com os colaterais.

Compreender a limitação do direito sucessório quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, torna-se muito difícil, pois considera-se que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, isso por conta da comunhão parcial prevista no art. 1725 do Código Civil. O que deveria de fato acontecer seria o companheiro beneficiar-se da herança, em relação aos bens particulares e não somente aos adquiridos onerosamente como estabelecido pelo caput do artigo 1790 do CC, o artigo 1829 do Código Civil faz menção apenas ao cônjuge. De acordo com o Código Civil a concorrência se dá quanto aos bens dos quais o companheiro é meeiro. Caso o autor da herança não tenha adquirido nenhum bem na constância da união, o companheiro sobrevivente não herdará.

Assevera Gonçalves (2009, p. 173) a título de exemplo cita a seguinte situação que os bens não forem adquiridos onerosamente a integralidade da herança para o filho conforme ele demonstra:

No sistema estabelecido, se o autor da herança, por exemplo, deixa um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Caso contrário, não havendo bem adquiridos onerosamente, a companheira nada herdaria ficando a totalidade da herança para o filho.

Vale destacar caso o autor da herança tenha deixado somente bens particulares, poderá por força do artigo 1844 do Código Civil, ocorrer uma situação lastimável. Conforme assevera Neto (2007, p. 85) Que o companheiro terá direito somente aqueles bens adquiridos onerosamente os outros serão considerados vacantes por força do dispositivo legal citado acima. “Não tendo o *de cuius* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública”.

Art. 1844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao município ou ao Distrito Federal, se localiza nas respectivas circunscrições, ou à União quando situada em território federal.

Acerca do assunto Júnior (2004, p. 183) defende que a herança em sua totalidade deve ser atribuída ao companheiro sobrevivente, uma vez que não está claro na lei. O brilhante jurista ainda destaca que:

O CC 1790, caput sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre

bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790, caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida à Fazenda. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cujus* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorrer com parente sucessível; a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito a totalidade da herança (CC 1790, IV), fugindo do comando do caput ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura da herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e apesar de não constar no rol do CC 1829, a qualidade sucessora do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

O Código Civil traz ainda mais uma distinção entre cônjuge e companheiro, ao incluir apenas o primeiro como herdeiro necessário (art. 1895). Ficando assim apenas o cônjuge com o direito a legítima, que corresponde à metade dos bens da herança. Podendo o companheiro ser excluído da herança, já que não são herdeiros necessários por meio de testamento conforme artigo 1846 do CC:

Art. 1845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito à metade dos bens da herança constituindo a legítima.

As novas regras do Código Civil retrocedeu em relação aos direitos antes estabelecidos pelas Leis 8.971/94 e 927/96 e pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 3º§, pois ambas leis deram tratamento similar ao companheiro e cônjuge, não podendo o legislador ignorar os direitos anteriores à vigência do Código Civil criando assim leis que os coloque em desigualdades. Cabe ressaltar a citação do autor Oliveira (2005, p. 154-155), onde destaca a proteção que união estável tem no texto constitucional e faz uma crítica ao tratamento conferido ao companheiro que afronta os princípios constitucionais:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, se a união estável é reconhecida como entidade familiar, se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito os fundamentos constitucionais.

Diante do exposto fica evidente que os artigos supracitados do CC são ofensivos ao texto constitucional, pois fere a proteção que a lei confere as mais diversas espécies de entidade familiar. Não podendo o casamento se sobrepor as demais. Assim como também não seria aceitável a união estável possuir mais privilégios que o casamento e vice-versa.

Menciona Gonçalves (2009, p. 171) em linhas gerais, o referido dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável:

Faz distinção entre a concorrência do companheiro com os filhos comuns ou só do falecido, prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido, não beneficiar o companheiro com o quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem inclui no rol dos herdeiros necessários, ocorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversa, com exclusividade.

Nota-se que a maioria dos doutrinadores faz críticas ao tratamento dado aos companheiros no novo diploma, no que se refere ao direito sucessório, não foram feitas as devidas adaptações e consertos, já que colocou os partícipes da união estável, na sucessão hereditária, numa posição desfavorável se comparado com o tratamento dado ao cônjuge.

Menciona Nogueira (2007, p. 26) que o dispositivo legal é falho não atende as necessidades dos companheiros, fere os princípios constitucionais criando vários obstáculos para a sucessão destes. “referente ao artigo 1790 do vigente Código Civil. O artigo 1790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância significa um verdadeiro equívoco.” O referido dispositivo é alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina, pois limitou o direito sucessório dos companheiros a um único artigo que não consegue de forma clara satisfazer todas as necessidades na hora em que se mais precisa, o que o torna totalmente injusto se comparado ao direito assegurado aos cônjuges.

Vale destacar as palavras do autor Oliveira (2005, p. 51) quanto ao referido artigo 1790 do CC o doutrinador ainda faz mais uma crítica ao dispositivo que coloca o companheiro em posição desfavorável:

O Código Civil coloca os partícipes da união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges.

O caput é a unidade básica da disposição, o método do artigo, contendo a substância da norma a regra geral, o princípio a respeito do assunto tratado. Os parágrafos, incisos e alíneas são os desdobramentos do caput, divisões do artigo, que desenvolvem, restringem, explicitam a regra, da qual, obviamente dependem. E o caput do art. 1790 edita claramente, que a sucessão dos companheiros só é admitida quanto aos bens que foram adquiridos onerosamente durante o tempo de convivência. Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houver aquisição, a título oneroso de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cuius* tenha deixado valioso patrimônio que foi formado antes de constituir união estável.

Fazendo uma análise dos artigos supracitados (1790 e 1829 do Código Civil), não há motivo justificável para que o artigo 1790 do Código Civil seja tratado em dispositivo isolado, totalmente dissociado do Capítulo I, do Título II, Livro V. O artigo 1829 do Código Civil, que trata da ordem de vocação hereditária não faz menção ao companheiro. O correto seria ter incluído o companheiro no artigo 1829, CC, e não criar mais um dispositivo ao texto legal.

Assevera Calmom (2007, p. 26) que ainda existe um preconceito com as pessoas que optaram em viver em união estável e ficou mais nítido ainda no Código Civil onde o legislador não se manifestou de forma precisa sobre o tema: “o que aparenta, é que ainda há preconceito no tratamento das uniões fundadas no companheirismo, a despeito da norma constitucional que considera tais uniões como famílias jurídicas, há problemas de suma gravidade, beirando as raias da inconstitucionalidade.

Pode-se concluir que o referido dispositivo legal 1790 CC é flagrantemente discriminatório se comparado com o posicionamento reservado ao cônjuge. Pois nada justifica tal distinção adotada pelo legislador quanto aos Direitos Sucessórios dos companheiros, já que a Constituição Federal 1988 assegura proteção jurídica à união estável.

### **3.2 Direito real de habitação**

A lei n. 9278/96 estabelece no seu artigo 7º, parágrafo único, que: 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 a residência da família. Houve um retrocesso enorme já que a lei 9278/96 garantia tal direito aos companheiros, portanto o Código Civil ao deixar de mencionar o companheiro no artigo 1831 agiu de forma discriminatória foi omissivo quando não estendeu aos companheiros o que foi assegurado aos cônjuges.

Menciona Venosa (2007, p. 135) acerca do tema defende a sobrevivência do parágrafo único, art. 7º, da Lei 9278/96 para não prejudicar os companheiros, assim como é entendimento majoritário: “Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código Civil de 2002”.

O direito real de habitação dos companheiros quando confrontado ao dos cônjuges torna-se mais grave, pois percebe que no casamento tal direito está previsto independentemente do regime de bens, sendo uma grande discriminação quanto aos membros

da união estável e o pior ainda é o retrocesso já que existe uma lei anterior que assegura o direito real de habitação aos companheiros. Nota-se que para o cônjuge não há limitação para tal direito, já o companheiro, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, a limitação se dá enquanto o companheiro não constituir nova união. São exigências que coloca em total desvantagens os companheiros.

Assevera Dias (2008, p. 72) defende o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente para ela a omissão do Código Civil não significa que o direito antes assegurado foi revogado para ela dois fundamentos que autorizam a concessão do direito real de habitação ao companheiro:

Dois fundamentos autorizam a sua concessão. O primeiro é de ordem constitucional. Reconhecidos o casamento e a união estável como entidades familiares merecedora da especial proteção do Estado, não se justifica o tratamento diferenciado em sede infraconstitucional (CF 2268, 3º). Descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz fora isso, a lei que regulou a união estável expressamente assegurou o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente (Lei 9278/96, art. 7º).

A posição que defende o direito real de habitação para o companheiro, devendo prevalecer o disposto na lei 9278/96 é a mais justa e adequada, pois está resguardando o direito já conquistado em face da omissão cometida pelo Código Civil.

Cabe lembrar ainda que antes da vigência do Novo Código Civil de 2002, o cônjuge esteve em desvantagem perante o companheiro, pois só tinha a referida garantia se o regime de bens fosse o da comunhão universal de bens. Essa distorção foi corrigida no Código Civil, embora tenham esquecido de mencionar o companheiro no referido dispositivo.

Importante destacar que outros autores também defendem o direito real de habitação para os companheiros sendo este posicionamento majoritário.

Leciona Diniz (2007, p. 148) acerca do tema que por analogia o companheiro também terá direito real de habitação já que existe uma lei anterior que assegura esse direito não pode simplesmente o magistrado ignorar:

Além disso, urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei nº 9278/96, art. 7º, parágrafo único e, analogicamente, pelo disposto nos artigos 1831 do CC e 6º da CFC, também terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente diante da omissão do Código Civil (norma geral) o art. 7º, parágrafo único daquela lei estaria vigente, no nosso entender, por ser norma especial.

Salienta-se que grande parte da doutrina faz uma crítica com relação ao direito real de habitação, previsto para os cônjuges. Percebe-se que para o cônjuge não há qualquer limitação para o direito real de habitação. Já o companheiro, nos termos da Lei 9278/96, artigo 7º, parágrafo único, terá seu direito assegurado enquanto não constituir nova união.

Menciona Gonçalves (2011, p. 189) faz uma crítica ao direito real de habitação dos companheiros juntamente com outros doutrinadores, pois os companheiros correm o risco de sofrer desocupação compulsória:

O não reconhecimento do direito real de habitação tem sido alvo de críticas, por sujeitá-lo a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com o parceiro, na hipótese de não ter este adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito. Nesses casos carece o companheiro do direito a meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso de imóvel residencial.

Diante do exposto negar o companheiro os mesmos direitos resguardados ao cônjuge, é cruel já que estamos falando da sua moradia, onde viveu com o seu parceiro, o maior fundamento justificador desse direito está na Constituição Federal, art. 6º, caput, que garante o direito fundamental, a moradia e os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia, que garantem aos companheiros o direito de continuar a residir no imóvel comum.

O direito real de habitação é um importante instrumento a ser utilizado, pois este garante o mínimo de dignidade ao sobrevivente da relação, seja ela formal ou não. Considerando o fim assistencial do direito real de habitação, não há outro caminho senão entender que, sobre o imóvel empregado como residência do casal, será objeto de direito real de habitação ao sobrevivente devido ao caráter de tal instituto e já que se trata de uma necessidade básica. Um amparo para com o sobrevivente que compartilhou sua vida ao lado do *de cuius*.

## 4 UMA ABORDAGEM ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS

Neste capítulo será analisado o posicionamento de alguns doutrinadores acerca do direito sucessório dos companheiros, bem como será analisado o posicionamento de alguns tribunais.

### 4.1 Posicionamento doutrinário

O Código Civil de 2002, mesmo com importantes mudanças trazidas, mostrou-se falho em relação ao direito sucessório dos companheiros ao diferenciar união estável do casamento na hora de partilhar os bens. Essa diferenciação é tida como inconstitucional por grande parte dos doutrinadores.

Assevera Dias (2008, p. 66) afirma ser inconstitucional o tratamento adotado pelo Código Civil que estabelece diferenças entre companheiros e cônjuges, em relação a sucessão dos companheiros:

O companheirismo nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em único artigo com quatro incisos CC 1790. Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional.

Essa diferenciação contraria o que foi assegurado pela Constituição que no seu artigo 226, § 3º, estabelece que a união estável possui especial proteção do Estado. A constituição não trouxe nem um elemento discriminatório entre as instituições do casamento e união estável, por isso se fala no retrocesso já que o Código Civil não deu a devida proteção ao companheiro, deixando de mencioná-lo devidamente junto com o cônjuge.

Conforme Veloso (2007, p. 66) O legislador civilista não foi feliz ao estabelecer critérios para sucessão dos companheiros, sendo assim não há outra maneira senão reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo legal. “o artigo 1790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”.

Diante da equiparação dada ao cônjuge e companheiro na Constituição Federal de 1988, não pode a lei simplesmente limitar os direitos já consagrados, pois tal atitude afronta

princípios constitucionais que proíbe o retrocesso social já que os companheiros tinham conquistados direitos em leis anteriores.

Conforme Veloso (2005, p. 249) A família tem especial proteção do Estado seja ela fundada no casamento ou no companheirismo, não pode o legislador civilista esquecer-se da proteção assegurada pela Constituição Federal:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Se a união estável é reconhecida como entidade familiar. Se estão praticamente equiparadas às famílias matrimonializadas e às famílias que se criam informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Vem sendo corrigido o equívoco causado pelo Código Civil felizmente. Cresce uma tendência, por grande parte da doutrina e até possível constatar algumas decisões no sentido de equiparar união estável ao casamento para os efeitos sucessórios.

Menciona Nevares (2006, p. 157) fazendo uma crítica aos doutrinadores que sustentam ser o casamento superior. Nesse sentido: “a concepção que preconiza uma hierarquia axiológica entre as entidades familiares é inconstitucional”.

Portanto, todos os mecanismos que constituem a família têm os mesmos fundamentos, que são os de promover o desenvolvimento de seus membros, não podendo assim serem ignorados pelo legislador.

Leciona Nevares (2006, p. 158) chega a seguinte conclusão que não tem razão nenhuma para colocar o cônjuge num patamar acima em detrimento dos companheiros, simplesmente por sua opção é desumano:

Dessa maneira, como é possível dizer que o casamento é entidade familiar superior se todos os organismos sociais que constituem a família tem a mesma função, qual seja promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros? Admitir a superioridade do casamento significa proteger ainda mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do até formal casamento.

Nesse sentido, embora o casamento e a união estável constituam situações diversas, ambas possuem o mesmo propósito que é a convivência harmônica e o Código Civil ao estabelecer a diferença entre ambas entidades não levou em consideração os vínculos de afeto.

Diante do exposto não há razão para que os estatutos hereditários de casamento e da união sejam diferentes e discrepantes, pois ambas são famílias.

Conforme Maia (2006, p. 165) defende que a lacuna estabelecida pelo dispositivo legal deverá ser suprida através de analogia, interpretações favoráveis aos companheiros de forma que repare o equívoco cometido pelo legislador:

Em vista da impossibilidade da tutela sucessória diferenciada entre cônjuge e companheiro que assim na aplicação da lei afasta-se a base de cálculo e o sistema de fixação de quotas da herança do art. 1790 do Código Civil de 2002 e a lacuna gerada será preenchida pela analogia com as disposições do cônjuge.

A Constituição não estabeleceu qualquer diferença entre as espécies de famílias, protegendo todas as espécies de entidades familiares, nesse sentido não se pode admitir que o legislador faça tal diferença, escolhendo proteger o casamento mais que a união estável. Não se pode admitir que essa diferenciação é injustificável e, portanto, inconstitucional.

Percebe-se que não há razão para que o cônjuge e companheiro tenha tratamento diferenciado, devendo, assim, os magistrados deixem de aplicar normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade.

Menciona Dias (2005, p. 242) nesse sentido afirma ser uma ofensa ao princípio da igualdade, pois a união estável e o casamento são instituições que possuem os mesmos fundamentos:

O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinção 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 nesse sentido.

Vale ressaltar que os membros das entidades familiares independentemente da forma em que se constituam, lembrando que o papel exercido pelo cônjuge dentro da família se iguala ao do companheiro. Diante desse contexto não há razão para tais distinções entre os efeitos jurídicos produzidos entre uma ou outra família, sendo esta fundada ou não no casamento, dentre eles estão os efeitos patrimoniais dos quais trata o direito sucessório.

Menciona Rodrigues (2007, p. 119) no sentido de que a sucessão do companheiro vai de encontro às aspirações sociais, já que o contexto social em que vivemos vem sofrendo grandes transformações, nesses termos:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento (...) Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento do nosso direito sobre a questão.

Assevera Rezende (2005, p. 138) conclui-se que o referido dispositivo legal o artigo 1790 ofende o texto constitucional e o princípio da isonomia já que não trata de forma igual os companheiros como assegura tal princípio:

Como se vê, portanto, a nós parece que o artigo 1790 é ofensivo ao texto constitucional, porque agride a igualdade da proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de famílias, uma vez que não aceitamos a alegada superioridade de qualquer das espécies familiares sobre as demais. No entanto, também para os que entendem que na Constituição Federal está assegurada a superioridade da família originada no casamento, parece-nos que haveria essa mesma inconstitucionalidade, uma vez que há hipóteses em que a lei coloca o companheiro em posição superior à do cônjuge.

Ainda há preconceito no tratamento das uniões fundadas na união estável. A Constituição Federal de 1988, reconheceu a união como família jurídica, posteriormente às leis 8.971/94, esta finalmente regulamentou o comando constitucional e recepcionou a união estável como entidade familiar, assegurando, assim, o direito a alimentos e à sucessão, em seguida a lei 9.278/96 veio complementar a lei anteriormente citada e não mais se exigiam os requisitos para caracterização da sociedade de fato, assegurando assim os companheiros o direito real de habitação. Diante dessas conquistas e o retrocesso cometido pelo legislador civilista não há como não chegar a conclusão de que o legislador agiu de forma preconceituosa e inconstitucional não equiparando as espécies de famílias, sejam elas vivendo em companheirismo ou não. O importante é reconhecer que o objetivo do direito em questão é amparar o sobrevivente da relação seja ele cônjuge ou companheiro deve-se prevalecer sempre a igualdade.

#### **4.2 Posicionamento jurisprudencial**

Diante do posicionamento constitucional de que a união estável se equipara ao casamento, o tratamento adotado pelo Código Civil de 2002 que faz distinção entre ambas entidades familiares, levaram os tribunais a discutir acerca da (in)constitucionalidade do direito sucessórios do companheiro.

Os tribunais passaram a se manifestar de acordo com cada caso específico, tendo alguns Tribunais reconhecendo a inconstitucionalidade e outros fazendo uma interpretação diferente estabelecendo não ser inconstitucional o dispositivo legal. São posicionamentos diversos, cada Estado via de regra, tem fixado um entendimento embora uma grande parcela reconheça a inconstitucionalidade do Direito Sucessório dos companheiros.

Cabendo assim citar alguns julgados com decisões divergentes para melhor compreensão acerca dos posicionamentos adotados por alguns dos tribunais. O julgado em questão trata-se de um julgado do TJ-PR8377964 (Acórdão), Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende, 11 Câmara Civil, julg 08/02/2012(online, 2015):

APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. ARTIGO 1790, II, DO CÓDIGO CIVIL. CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM O DESCENDENTE DA AUTORA DA HERANÇA. TRATAMENTO DESIGUAL EM RELAÇÃO AO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE. OFENSA AO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 7º, DA LEI Nº 9.278/96. 1. O art. 1790, II, do Código Civil é incompatível com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que promove tratamento desigual entre o direito sucessório do companheiro e o do cônjuge. 2. Afastada a incidência do art. 1790, II, do Código Civil em razão da incompatibilidade com a Constituição Federal, impõe-se a aplicação da regra destinada ao cônjuge sobrevivente, prevista no artigo 1829, inciso I, do Código Civil, excluindo-se o companheiro meeiro da divisão da legítima, porque, na hipótese dos autos, a autora da herança não deixou bens particulares. 2. Não havendo prova de que o convivente constituiu nova união estável, impõe-se a manutenção da sentença que lhe conferiu o direito real de habitação, com amparo no art. 7º, da Lei nº 9.278/96. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Julgado em questão declarou a inconstitucionalidade apenas do inciso II do art. 1790. Percebe-se, pela fundamentação exposta é que todo o dispositivo afronta o princípio da isonomia pois promove tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, decidindo assim pela aplicação do artigo 1829, inciso I, pois no caso em questão a autora da herança não deixou bens particulares, não havendo prova de quem o sobrevivente constituiu nova união estável, terá assegurado o direito real de habitação.

O TJSC também vem decidindo no sentido da igualdade do tratamento entre cônjuge e companheiro já que são entidades familiares com a mesma finalidade, não tem sentido serem tratadas de forma tão diferente, restringindo assim os direitos dos companheiros, desta forma cabe citar o julgado do TJSC, 4 C Dto Civil, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, AI nº2011.055247-9, julg. 08-03022012:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINA A CONFECÇÃO DE NOVO PLANO DE PARTILHA,

OBSERVANDO O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA DO DE *CUJUS*. ESBOÇO DE DIVISÃO DE BENS APRESENTADO PELA INVENTARIANTE QUE SE REVELA DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 1.790, INCISO II, DO CC. ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE JUSTIÇA, CONTUDO, NO SENTIDO DE QUE NÃO PODE HAVER DIFERENCIAÇÃO NO TRATAMENTO DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VEDAÇÃO DE QUALQUER FORMA DE DISCRIMINAÇÃO. MAGISTRADO QUE, NA FUNÇÃO DE PACIFICADOR SOCIAL, DEVE APLICAR A NORMA ATENDENDO AOS FINS SOCIAIS A QUE ELA SE DIRIGE E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. POSICIONAMENTO DO JUÍZO A QUO QUE ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JC-JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. MANUTENÇÃO DO JULGADO VERGASTADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Com a promulgação da Constituição de 1988 e a elevação da união estável à condição de entidade familiar para conferir-lhe maior proteção do Estado, pode-se falar que a família é gênero, de que são espécies o casamento e a união estável. A distinção aos direitos sucessórios dos companheiros - inciso III do art. 1.790 do Código Civil - viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não somente para a cônjuge, mas também para a companheira, colocando-as em posição de igualdade na sucessão." (Apelação Cível nº 2006.022719-2, de Cunha Porã. Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 14.12.2010). (TJSC, 4ª C. Dto Civil, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, AI nº 2011.055247-9, julg. 08.03.2012)

Posicionamento diferente tomou o TJMG ao deixar de declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil. Em julgamento realizado o Órgão Especial do Tribunal, por maioria de votos, deixou de declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do CC em acórdão assim ementado e transitado em julgado pelo TJMG, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, Arg Inconstitucionalidade nº1.0512.06.032213-2/002, julg.09.11.2011:

"Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família. União Estável. Sucessão. Companheiro sobrevivente. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o art. 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns." (TJMG, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, Arg Inconstitucionalidade nº 1.0512.06.032213-2/002, julg. 09.11.2011)

O julgado em questão não declarou a inconstitucionalidade do artigo 1790, III. A conclusão que o referido Tribunal chegou foi que o tratamento distinto entre cônjuge e companheiro não é inconstitucional haja vista que no âmbito do Direito sucessório, a Constituição apenas definiu que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento. Sendo assim tal dispositivo não pode ser considerado inconstitucional.

O TJGO tem posicionamento parecido ao do TJMG e tem se preservado no sentido de dar aplicação integral ao artigo 1790 do Código Civil por entender que a diferenciação trazida pela lei não fere os princípios constitucionais. Cabe citar um julgado do TJGO, 4ª C.Cível, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira autos ED n.372352-08.2010.8.09.0000, julg.03.03.2011.

"INVENTÁRIO. SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS NÃO AFASTAMENTO DAS REGRAS DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO DECISUM. INOCORRÊNCIA. OBJETIVO DE VER DECLINADO FUNDAMENTO LEGAL PARA FIM DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS NÃO DEMONSTRADOS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. I - Não há, em princípio, inconstitucionalidade na regra do art. 1.790 do CC/02 pela mera constatação de que, numa hipótese pontal, essa norma confere mais vantagem à companheira que conferiria à esposa casada pelo regime da comunhão parcial. A solução da controvérsia requer a interpretação sistemática dos arts. 1.725, 1.790 e 1.829, I, do Código Civil e não a interpretação gramatical do art. 1.790 como fez a julgadora. II - Os embargos declaratórios, ainda que para fins prequestionatórios, só podem ser usados com a finalidade de esclarecer obscuridade e contradição ou sanar omissão existente no julgado, exatamente como determinou o legislador no art. 535 do CPC. III - Ao Tribunal, e ao Juiz, não compete detalhar os dispositivos legais aplicados no julgamento da causa. Incumbe-lhes apenas julgar de acordo com o seu convencimento e com a sua consciência, optando pelo posicionamento que lhe parecer mais adequado ao enfrentamento da questão colocada ao seu poder-dever de decisão, pois não estão adstritos aos fundamentos de direito trazidos pelas partes, nem estão obrigados a se manifestar expressamente sobre todos eles quando, salienta-se, solucionam a lide sob motivação diversa da esposada pelas partes. IV - Somente quando demonstrado objetivamente o ponto omissivo, obscuro ou contraditório da decisão embargada é que tem o Superior Tribunal de Justiça admitindo o prequestionamento de dispositivos legais por meio de embargos de declaração. Embargos Rejeitados."(TJGO, 4ª C.Cível, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira autos ED nº 372352-08.2010.8.09.0000, julg. 03.03.2011)

O julgado em questão decidiu pelo não afastamento das regras do inciso III do artigo 1790, pela mera constatação de que, essa norma confere mais vantagem a companheira que a esposa casada pelo regime de bens. Cabe destacar que a posição majoritária adotada pelo TJGO é pelo reconhecimento da inconstitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) apesar de não ter ainda uma decisão final sobre o tema, posicionou-se sobre a questão da isonomia de tratamento entre cônjuge e companheiro, cabendo assim aos magistrados a aplicação da lei de forma isonômica a ambos, sem distinções fazendo uma análise de cada caso, para não colocar os companheiros numa situação injusta. O Ministro Luís Felipe Salomão suscitou incidente de inconstitucionalidade do art. 1790, III e IV, do CC, em junho de 2011, processo número AI no Resp 1135354, em acórdão assim emendado:

"INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, III E IV, DO CC/02. 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." (AI no Resp. 1135354/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24.05.2011, DJe 02.06.2011)

A arguição, que ainda aguarda julgamento final, segue com o seguinte resultado parcial: O Ministro Relator votou pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade; em 16.05.2012 o Ministro César Asfor Rocha votou pela improcedência da arguição de inconstitucionalidade; em 06.06.2012 o Ministro Teori Albino Zavascki votou pelo não conhecimento da arguição, em preliminar, ocasião em que o Ministro Felix Fischer pediu vista dos autos. Os autos foram para julgamento no dia 05.09.2012, mas o resultado ainda não foi disponibilizado.

Sendo assim, há de se aguardar quais os caminhos que serão trilhados pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema, já que se trata de um assunto de grande relevância para a sociedade, nota-se que o STJ vem se posicionando acerca de um tratamento isonômico aos companheiros sem distinções dando uma solução equânime a cada caso.

Cabe ainda citar uma notícia que o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) (online, 2015) destacou:

Na última quarta-feira (17), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) começou a discutir a forma de sucessão ou herança em casos de união estável. Atualmente, o companheiro herda menos do que o cônjuge, legalmente casado. O Ministério Público (MP) arguiu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que trata das regras de direito sucessório aplicáveis à união estável.

Em análise de recurso especial apresentado pelo MP, a Quarta Turma resolveu remeter a questão à Corte Especial porque só o órgão julgador máximo do STJ pode declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal. Assim, a eventual declaração de inconstitucionalidade afasta a aplicação do dispositivo questionado no processo em julgamento, com efeito apenas para as partes. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 vem sendo apontada com frequência por alguns doutrinadores e magistrados. No STJ, esse entendimento já foi sustentado anteriormente pelo ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso em discussão no momento.

Para a jurista Giselda Hironaka, diretora nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o histórico do artigo 1.790 já induz ao entendimento de que ele carrega consigo inúmeros problemas, eis que só foi inserido no texto do Projeto de Código Civil através da Emenda nº 358, apresentada pelo senador Nelson Carneiro. Segundo ela, antes dele, nada constava a respeito da sucessão do companheiro, e a escolha do habitat legislativo para a sua inserção foi extremamente desastrosa, uma vez que não foi acolhido pelo dispositivo que abrigou a ordem de vocação hereditária, mas restou instalado fora do título destinado à Sucessão Legítima, lá no título destinado à Sucessão em Geral, no Capítulo das Disposições Gerais. "O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável", argumenta.

**Decisão do STJ** - De acordo com Giselda Hironaka, o julgamento foi suspenso pelo fato de a ministra Nancy Andrighi ter pedido vista, por conta da divergência que havia se estabelecido entre os ministros durante a discussão, sobre se o STJ deveria

julgar ou se deveria esperar o julgamento do STF, dado o fato da repercussão geral que o tema suscitava na Magna Corte. “É como ansiosamente tenho pensado, ao longo deste período de mais de uma década de vigência do Código Civil de 2002. Aguardemos a retomada do julgamento com o voto da ministra Nancy Andrighi, pois a discussão e a decisão pacificarão o entendimento sobre o tema na Segunda Seção do STJ, que julga questões de Direito Privado”, expõe.

Por se tratar de um tema bastante polêmico, ainda há muito o que ser discutido, embora os passos dados já demonstram que a caminhada está quase chegando ao fim, será corrigido um equívoco legal cometido legislador civilista e resgatados os direitos antes conquistados como citado anteriormente, as leis devem ser criadas para assegurar os direitos e deveres à todos e não estabelecer diferenças e obstáculos a quem delas necessitem.

O Supremo Tribunal Federal (STF) irá manifestar-se sobre a constitucionalidade ou não a regra do Código Civil que prevê regimes diferentes para o cônjuge e companheiro. O tema em questão teve repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Plenário Virtual da Corte e será analisado no Recurso Extraordinário (RE) 878694, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

Cabe citar a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, (online, 2015):

O ministro Barroso observou que, além do caráter constitucional, a controvérsia possui relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Segundo o ministro, a natureza constitucional reside no debate sobre a validade dos dispositivos do Código Civil que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, distinguindo a família proveniente do casamento e da união estável, especialmente à luz do princípio da isonomia e do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito da proteção do Estado.

O relator destacou que, do ponto de vista social, a discussão também tem relevância por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), podendo resultar numa situação de desamparo emocional e financeiro. Verificou também a repercussão no âmbito jurídico porque relacionado à especial proteção conferida pelo Estado à família, como prevê o artigo 226, *caput*, da Constituição de 1988.

“Por fim, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação do Judiciário em casos semelhantes. A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa”, frisou o relator em manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral, entendimento que foi seguido por unanimidade em deliberação do Plenário Virtual da Corte.

Diante das críticas apresentadas advindas das discrepâncias em que o Código Civil de 2002 tratou o Direito Sucessório dos companheiros, a solução mais eficaz e isonômica é a reformulação do artigo 1790 do Código Civil, buscando assim ajustar um equívoco cometido pelo legislador civilista. Portanto em face das críticas da doutrina e jurisprudências o referido dispositivo tende a sofrer consideráveis e justas mudanças. Assim, nota-se que há uma grande tendência e anseio da sociedade por mudanças no ordenamento jurídico, já que o referido

artigo 1790 não encontra respaldo com o que estabelece o texto Constitucional, pois não leva em consideração os princípios constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto sobre os principais aspectos do Direito Sucessório dos companheiros, nota-se que a união estável com passar dos anos teve seu reconhecimento assegurado pela Constituição Federal de 1988, pois antes só era considerado entidade familiar as famílias constituídas pelo matrimônio ou seja formadas pelo casamento.

A partir daí, passou a existir conflitos em relação ao Direito Sucessório dos companheiros já que o Código Civil de 2002, não tratou de forma isonômica os companheiros quando comparado com o tratamento dado aos cônjuges ignorando o reconhecimento dado pela Constituição Federal de 1988. Existem várias críticas por parte da doutrina e jurisprudências, o entendimento majoritário de ambos é pelo reconhecimento do equívoco cometido pelo legislador civilista que atribuiu diferenças a institutos tão semelhantes.

A melhor opção para solução desse problema é o reconhecimento da inconstitucionalidade do Direito Sucessório dos companheiros que foi tratado em um único dispositivo de maneira excêntrica e superficial, deixando lacunas no texto da lei. O Direito Sucessório tem como parâmetro os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e o da Vedação ao Retrocesso. No entanto, as jurisprudências ainda não são pacíficas em relação a esse assunto, têm-se julgados reconhecendo a constitucionalidade do Direito Sucessório dos companheiros.

Discutido os mais diversos posicionamentos acerca do tema, há de se concluir que o não reconhecimento da inconstitucionalidade do direito sucessório dos companheiros representa um retrocesso com todos os direitos antes conquistados, voltando a dar hierarquização a família matrimonializada, já que está possui mais vantagens no Código Civil, podendo causar danos à pessoa que desse direito necessitar e ir de encontro aos princípios contidos na Constituição Federal de 1988.

Com esse novo conceito de família que a sociedade moderna propõe há de se destacar que juntamente com ele passarão a ter validade todos os efeitos jurídicos que advir com seu reconhecimento e deverão agir de forma a não beneficiar uma família em detrimento da outra prevalecendo assim o tratamento isonômico.

Diante de todo o exposto, é importante ressaltar que a união estável sempre existiu e seu reconhecimento é apenas uma consequência da realidade atual, logo, o ordenamento jurídico deve se adaptar a nova realidade social, tendo o direito sucessório dos companheiros o devido respaldo constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.1/92 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/ 94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014.

CAHALI, Francisco José. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Coordenação: CAMBLER, Everaldo Augusto. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. V.6. São Paulo. Editora Revista Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. V.6. São Paulo. Editora Revista Tribunais, 2008.

CANDIL, Thatiana de Area Leão. **A união estável e o Direito Sucessório**. São Paulo, 2012.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Concorrência Sucessória do Companheiro Sobrevivo**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 7, n 29, abr/ maio 2005.

\_\_\_\_\_. **Concorrência Sucessória do Companheiro**. n° 29, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de Famílias**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. Série Fundamentos Jurídicos. 2.ed. São Paulo: Atlas 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. V.4. São Paulo: Saraiva, 2009

\_\_\_\_\_. **Direito das Sucessões**. V.4. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões. V.21. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NETO, Inacio de Carvalho. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Os Direitos Sucessórios do cônjuge e companheiro no Código Civil de 2002**. Revista Brasileira de Família. Porto Alegre, vol. 8, nº 36, 2006.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. 3ª ed., 2007.

OLIVEIRA, Euclides da Cunha. **Direito de Herança**. São Paulo. Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros. In Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do Direito Sucessório dos Companheiros. In Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do Direito Sucessório dos Companheiros. In Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VADE MECUM. 20. ed. Atual.e ampl. São Paulo, 2015

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas 2007.

### **Endereços Eletrônicos**

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debates públicos. Mimeografado, dezembro/2010. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf)>. Acesso em: 20 de fev. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Manifestação**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 19 de jul. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_casamento\\_-\\_nem\\_direitos\\_nem\\_deveres,\\_s%F3\\_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_casamento_-_nem_direitos_nem_deveres,_s%F3_afeto.pdf)>. Acesso em: 21 de fev. 2015.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em 26 de fev. 2015.

HIRONAKA, Giselda. **STJ Inicia discussão sobre a constitucionalidade da Sucessão em casos de união estável**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440>>. Acesso em: 19 de jul. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Inconstitucionalidade**. Ministro Luís Felipe Salomão.n. AI Resp 1135354 em acórdão emendado. Da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça de Brasília, DF, 06 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>> Acesso em: 15 de jul. 15.

Tribunal de Justiça de Goiás. **Autos Embargos de Declaração n.372352-082010.8.09.0000**. 4ª Câmara Cível. Relator Des. Amaral Wilson de Oliveira. Julgado em: 03 de mar. 2011.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Corte Superior. **Arguição de inconstitucionalidade n. 1.0512.06.03.2213-2/002**. Relator Des. Paulo César Dias. Julgado em: 09/11/2011. Disponível em: <<https://portal.tjmg.jus.br/jurisprudencial/j/ARG.IN/>>. Acesso em: 12 de jun. 2015.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento. n. 2011.055247-9**. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Fernando Boller. Julgado em 08/03/ 2012. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/jurisprudencial/j/AI/>>. Acesso em: 26 de mai. 15.

Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível. N.8377964**. 11ª Câmara Cível. Relator Des. Vilma Régia Ramos Rezende. Julgado em 08/02/2012. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencial/j/128400/AC/>. Acesso em: 14 de fev. 2015

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.70017169335**. 8ª Câmara Cível. Relator Des. José Ataídes Siqueira, julgado em 08/03/02. Disponível em: <https://portal.tjrs.jus.br/jurisprudencial/j/118440/AI/>. Acesso em: 26de mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n.70020389284**. 7ª Câmara Cível. Relator Des. Ricardo Raupp, julgado em 12/09/2007 Disponível em: <https://portal.tjrs.jus.br/jurisprudencial/j/118440/AI/>. Acesso em: 14 de fev. 2015.