

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

EDUARDO ESCÓRCIO XAVIER

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: UMA ANÁLISE SOB O
ENFOQUE CONSTITUCIONAL**

Aracaju

2015

EDUARDO ESCÓRCIO XAVIER

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: UMA ANÁLISE SOB O
ENFOQUE CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito, na área de concentração de Direito Civil.

PROF. MARCELO DE MACEDO SCHIMMELPFENG

Aracaju

2015

EDUARDO ESCÓRCIO XAVIER

**O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: UMA ANÁLISE SOB O
ENFOQUE CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, na área de concentração de Direito Civil, à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Marcelo de Macedo Schimmelpfeng

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Rodrigo Costa Mendes

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Alessandro Buarque Couto

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

À minha filha e à minha noiva

AGRADECIMENTOS

A Deus e a minha família

À Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Ao curso de Direito, na pessoa de seu coordenador Pedro Durão

Ao orientador Prof. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng

E a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a concretização do presente projeto.

Aquele que quer mover o mundo, primeiro mova a si mesmo.

Sócrates

RESUMO

A pesquisa objetiva aprofundar o estudo sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro de forma a demonstrar que há discriminação entre cônjuge e companheiro no Código Civil em vigor, significando, efetivamente um retrocesso dos direitos alcançados pelos companheiros com as leis nº 8.971/94 e a nº 9.278/96, sendo feita essa análise à luz da Constituição Federal de 1988. Trata do direito sucessório dos companheiros comparativamente ao dos cônjuges. Em relação aos conviventes, debate a constituição federal, o art. 1.790 do Código Civil de 2002, os princípios violados pelo mencionado artigo e o posicionamento da doutrina, jurisprudência e dos Tribunais Superiores. Conclui que, em relação ao companheiro, o Código Civil vigente fez uma injusta distinção entre a sucessão do companheiro e do cônjuge, ferindo assim o princípio basilar da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: união estável cônjuge companheiro sucessão do companheiro sucessão do cônjuge.

ABSTRACT

The objective search deepens Study on the Succession of spouse and partner in order to demonstrate That there is discrimination among spouse and companion no force in the Civil Code, meaning, effectively kicking whose Rights achieved those fellows with as Laws No. 8,971 / 94 ea No. 9,278 / 96, Being Made that analysis in the light of the Constitution of 1988. This Law of Succession of the Companions compared of spouses . In relation to those who living together , discuss the federal Constitution , art. 1790 of the Civil Code of 2002 , The Principles violated have mentioned Article of positioning of Doctrine , Jurisprudence of the Superior Courts and . CONCLUDES That, in relation to mate, the current Civil Code did unjust A distinction between the Succession companion and spouse , injuring the basic principle of Equality .

KEYWORDS spouse partner succession companion

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CAPÍTULO 1: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
3	CAPÍTULO 2: A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E O CÓDIGO CIVIL	16
4	2.1 A sucessão do companheiro e o Código Civil de 1916	16
5	2.2 A Aplicação dos Novos Paradigmas do Direito de Família na Sucessão Legítima	18
6	2.3 O Vínculo Conjugal no Modelo do Casamento e da União Estável	21
7	2.4 A sucessão do cônjuge	25
8	2.5 A sucessão do companheiro e o Código Civil de 2002	28
9	CAPÍTULO 3: A ANÁLISE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	34
10	3.1 Entendimento Jurisprudencial atual	41
11	CONCLUSÃO	45
12	REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Em 1988 Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar, consagrando a igualdade como um dos pilares do ordenamento brasileiro.

Noutro passo o tratamento trazido pelo Código Civil em seu artigo 1790, que restringiu o direito sucessório do companheiro deixando em situação de inferioridade quando comparado ao cônjuge, restou por implicar em injustificável discriminação ao companheirismo, importando em ignorar a realidade da maioria do povo brasileiro, e indo de encontro ao princípio constitucional na isonomia.

A presente pesquisa então tem por objetivo principal, analisar o Direito Sucessório da Companheira em face da Carta Magna de 1988, sob o enfoque da constitucionalidade ou não dada pela doutrina acerca do tratamento diferenciado entre o cônjuge e a companheira supérstite.

Deste modo, a relevância do presente estudo se dá entre os operadores de Direito Civil, sejam advogados, juízes, promotores e defensores, na medida em que ajuda a fundamentar e embasar a interpretação da lei de modo a igualar a sucessão do companheiro à do cônjuge, bem como a população em geral esclarecendo e dando um norte sobre os direitos pertinentes à sucessão do companheiro (como será visto a união estável está presente na maioria das famílias brasileiras).

Nessa linha, o objetivo é analisar como proceder diante de casos concretos que podem assegurar à parentes de 4º grau colateral, por exemplo, maior direito a herança, do que ao companheiro que dividiu intimamente a vida com o *de cujus*, descrever quais são os princípios constitucionais violados, informar como vem se posicionando a jurisprudência atual, expor o posicionamento dos doutrinadores diante dessa norma e pesquisar se já houve posicionamento dos tribunais superiores e em qual sentido.

Através da revisão literária, pelo método dedutivo, será feita uma análise da Constituição Federal e do art. 1790 do Código Civil bem como dos os princípios que estariam sendo violados.

CAPÍTULO 1: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 passou a tutelar as relações duradouras entre homens e mulheres que não constituíssem casamento, denominando-as de união estável. A Carta Magna equiparou a união estável à entidade familiar, o que suscitou diversas dúvidas com relação à extensão das proteções do casamento ao novo instituto.

Gustavo Tepedino escreve a respeito do advento da nova ordem constitucional:

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve à base do sistema. Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade de seus ¹filhos.

A Constituição Federal deixa de observar a família apenas como um vínculo formal, passando a olhar o aspecto funcional de cada um, bem como a dignidade de cada ente pertencente à família.

Tal concepção derivou da proteção Constitucional à dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III do Texto Magno, o que orienta todas as alterações das relações pessoais, bem como as garantias legais aos companheiros. É o Estado protegendo o que antes não detinha amparo legal.

¹ 11TEPENDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. p. 01.

A grande crítica à comparação da união estável à entidade familiar teve como pilar a ideia de que, com tal iniciativa, o Estado estaria desprestigiando o instituto do matrimônio.

Acontece que, como bem observa Venosa² a família é um fenômeno anterior ao próprio ordenamento jurídico, é um fenômeno natural preexistente ao casamento, é um fato social. A sociedade é que em um momento específico institui o matrimônio como regra de conduta. Surgindo a partir daí a “problemática” da união conjugal sem casamento.

Pois, nossos legisladores viram durante muito tempo na sociedade conjugal (casamento) a única forma de constituição familiar, negando à união de fato, à união livre, qualquer efeito jurídico.

Essa visão dogmática que predominou durante tantas décadas, que ao nosso ver, é inconcebível em um país onde a grande maioria da população é historicamente formada de uniões sem casamento, se deu, razão da poderosa influência que a Igreja Católica exercia.

Assim, coube à doutrina e à jurisprudência, principalmente a partir da segunda metade do séc. XX, tecer posições no sentido de garantir os direitos dos concubinos. (VENOSA, 2013). Merecendo destaque que fora também a doutrina e à jurisprudência que, ante a conotação pejorativa, começou a denomina-los companheiros e não mais concubinos.

Nesse sentido, esclarece Bittencourt: Companheira é a designação mais elevada que se dá a mulher por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem os laços do casamento civil, é concubina³.

A assimilação legal da união estável pelo Ordenamento Jurídico brasileiro foi paulatina. Fora a jurisprudência, conforme dito acima, que de início assegurou os

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 13ª ed., vol. 6. São Paulo: Atlas, 2013, p.34.

³ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3. Ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1985.

direitos desse tipo de entidade familiar, reconhecendo de início, os direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre os companheiros, do patrimônio adquirido pelo comum esforço.

Quando assim não era possível, a fim de que evitar o desamparo a então concubina, os tribunais concediam a ela, uma indenização por *serviços domésticos*. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, grifava que esses direitos decorriam da relação obrigacional criada pelo casal, e não em decorrência do Direito de Família.⁴

Ainda no que é pertinente à indenização pelos *serviços domésticos*, é interessante mencionar o voto do Min. Rel. Eduardo Ribeiro, em recente voto que tratava de relação concubinária anterior à Constituição Cidadã:

É mais que conhecido o paciente labor pretoriano em relação ao tratamento jurídico a ser emprestado às ligações decorrentes de concubinato, notadamente se duradouras. Orientou-o o evidente propósito de não se permitir que, após vida em comum, às vezes por décadas, pudesse a mulher ser simplesmente despedida, ficando ao desamparo. Havendo a formação de patrimônio, que se pudesse reputar fruto do esforço comum, a partilha daquele, não necessariamente em partes iguais. Isso, entretanto, nem sempre era possível, pois o rendimento auferido poderia não ensejar poupança. Entretanto, percebendo o varão renda de trabalho, continuaria a manter-se, enquanto a mulher ficava em situação de carência. Teve-se em conta que, segundo os costumes brasileiros, a ela cabia arcar com os cuidados do lar, enquanto o homem dedicava-se a misteres profissionais, o que lhe proporcionaria sustento, nada importando persistisse ou não a vida em comum. Considerou-se, então, que aqueles trabalhos domésticos mereceriam ser remunerados.⁵

Contudo, significativo avanço, foi dado somente pela atual Constituição Federal que, ao proclamar, no art. 226, §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 a sua conversão em casamento”, deu novo *status* às relações

⁴ Súmula 380: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

⁵ STJ- REsp. nº 132.826. 6-12-99. Rel. Eduardo Ribeiro.

nascidas fora do casamento, convertendo-as agora em uniões estáveis e dando a estas novo patamar em nosso Ordenamento Jurídico.

Com a Constituição Federal de 1988, a análise do direito sucessório tanto do cônjuge quanto do companheiro passou a orientar-se pelos princípios de liberdade, igualdade, e principalmente da dignidade da pessoa humana⁶.

A nova Carta Magna na verdade, como bem assevera Dirley da Cunha Jr., consagrou uma pluralidade de modelos de entidades familiares, falando explicitamente da entidade familiar constituída por pessoas casadas, pelo homem e pela mulher em união estável e por qualquer de seus descendentes (famílias *monoparentais*).⁷

Frisando que, tal rol não é taxativo, na medida em que podemos considerar, à luz dos novos valores normatizados pelo Texto Magno, que são entidades familiares todo núcleo humano baseado na afetividade, estabilidade, seriedade, publicidade e no propósito de constituir família.⁸

O Texto Constitucional agregou a família um caráter de patrimonialidade, o que gerou efeitos reflexos no que é pertinente ao direito sucessório. Com efeito, o constituinte concedeu maior efetividade às relações de direito de família, bem como valorizou eqüitativamente as diversas modalidades de entidade familiar.

A promulgação da Constituição Federal iniciou o fenômeno chamado de constitucionalização do direito civil.⁹

⁶Constituição Federal, verbis: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (...)”.

⁷ JÚNIOR. Dirley, da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Bahia: 2013, Editora JusPodivm, 2013.

⁸ JÚNIOR. Dirley da Cunha. Op. Cit. p. 1282

⁹ Acerca da chamada constitucionalização do direito civil, escreve Gustavo Tepedino que “o Código Civil, perde assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da Propriedade, os limites das atividades econômicas, a organização da família. Matérias típicas de direito privado passam a integrar a ordem constitucional. Essa mudança, portanto, impõe uma nova leitura dos institutos do Direito Civil a luz da Constituição”. (IN. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para Constitucionalização do*

Verifica-se com isso que os princípios constitucionais são grandes colaboradores para a evolução do direito sucessório, tanto para o cônjuge quanto para o companheiro, pois, ao constitucionalizar o Direito Civil, afastou-se a concepção individualista, tradicional e conservadora do Código de 1916.

Portanto qualquer norma jurídica do direito das sucessões deve estar em plena consonância com as normas e princípios constitucionais.

A Constituição Federal enuncia os seguintes princípios como basilares na proteção das entidades familiares no âmbito sucessório: a) O princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III); b) o princípio da tutela especial à família independentemente da espécie (art. 226, caput); c) o princípio e o fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie da família (art. 1º, inciso V); d) o princípio e o objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar (art.3º, inciso IV).

Assim, conclui-se que o constituinte buscou, por meio de inserção na matéria constitucional, preencher o vácuo legislativo atinente à questão da união estável, garantindo-lhe desta forma a aplicação dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, equiparando-a à entidade familiar.¹⁰

Direito Civil. p. 07).

¹⁰ Segundo Gustavo Tepedino, há uma ressalva dentro da doutrina majoritária que prega um “entendimento diverso, segundo o qual a entidade familiar formada mediante união estável encontra-se em nível inferior em relação àquela formada pelo matrimônio, razão pela qual os benefícios concedidos aos companheiros não podem jamais ser de ordem superior àqueles deferidos aos cônjuges”. (IN.TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.p. 01).

CAPÍTULO 2: A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E O CÓDIGO CIVIL

2.1 A sucessão do companheiro e o Código Civil de 1916

No Código Civil de 1916, diante da falta de previsão legal, o companheiro, não detinha qualquer direito sucessório, uma vez que este era limitado àquele indicado no referido Diploma, ou seja, ao cônjuge.

Na verdade, consoante explanado no capítulo anterior, a denominação para esse tipo de relação era *concubinato puro*, sendo a palavra concubina (o) utilizada em seu sentido mais pejorativo.

Isto porque, o Código Civil de 1916, por ter a intenção de proteger inteiramente a instituição do casamento, influenciado principalmente pela Igreja Católica, fazia, através de seus dispositivos, várias restrições a esse tipo de convivência.

Como exemplo, temos a proibição de doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina¹¹ ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Contrariando a regra, a única exceção da época, era o reconhecimento do filho concebido ao tempo em que os pais estavam em regime de concubinato.¹² Tal filho mais tarde, através da súmula 447 do Supremo Tribunal Federal, pôde, participar da sucessão, desde que testamentária.

Com a edição da Lei nº 6.216, a companheira foi autorizada a utilizar o sobrenome de seu companheiro, desde que possuísem convivência mínima de 05

¹¹ Código Civil de 1916, *in verbis*: “Art. 1719- Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: I-a pessoa que, a rogo, escrevendo testamento (art.1638,I,1656 e 1667), nem seu cônjuge, ou seus ascendentes, e irmãos; II- as testemunhas do testamento; III- a concubina do testador casado; IV- o oficial público, civil ou militar, nem o comandante, ou escrivão, perante quem fizer, ou aprovar o testamento”.

¹² Código Civil de 1916, *in verbis*: “Artigo 363, inciso I, “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art.1183,I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I se ao tempo da concepção a mãe estava concubina pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.

(cinco) anos, ou que os companheiros tivessem filhos juntos e não possuísem nenhum impedimento legal para o casamento.

Segundo preleciona Washington de Barros, em 1975, Miguel Reale encaminhou ao Congresso Nacional, o seu projeto, que versava sobre a segurança dos direitos sucessórios da companheira.

O então senador Nelson Carneiro, tomando por base esse projeto, bem como o de Orlando Gomes, elaborou a Emenda nº 358, que trazia a seguinte redação:

“(..) a companheira do homem solteiro desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte ou de que tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes: I- se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei é atribuída ao filho; II- se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles; III- se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito á metade da herança; IV- não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança”.¹³

A retro mencionada Emenda, que tinha por finalidade, estender os benefícios da companheira, garantia além das benesses dos incisos I e II do art. 1790 do Código Civil de 1916, o direito à metade da herança se concorresse com outros parentes, e o direito a dois terços da herança na falta de herdeiros sucessíveis.

Em 1994, veio a lei nº 8.971, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e a lei nº 9.278/96, que regulamentou o art. 226, §3º da Nossa Lei Maior, reconhecendo a união estável como entidade familiar, asseguraram aos companheiros, dentre outros direitos, o direito de herdar¹⁴.

Após a entrada em vigor da lei nº 9.278/96, era reconhecida como união estável, a entidade familiar com convivência duradoura, pública e contínua, de um

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 37ª ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 3ª ed., vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2009.

homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Ou seja, para a caracterização da sociedade de fato, bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio.¹⁵

2.2 A Aplicação dos Novos Paradigmas do Direito de Família na Sucessão Legítima

Segundo artigo publicado pelo IBDFAM¹⁶, o fundamento do Direito das Sucessões é variável conforme o momento histórico em que se vive, passando da ordem religiosa para as outras mais diversas correntes de pensamento, algumas vezes eminentemente filosóficas, como a de Carlos Maximiliano, que consagra a continuidade da vida humana como o preceito maior.

Diante da legislação ora vigente, sobressai a garantia do direito à propriedade privada, prevista no art. 5º caput XXII e XXIII da CF/88. Nos dizeres Inocência Galvão Telles :

O instituto sucessório é absolutamente indispensável desde que se reconheça a propriedade individual. Uma vez que os indivíduos podem ser proprietários no sentido geral ou amplo da palavra, isto é, podem ter um patrimônio maior ou menor, podem ter bens e dívidas, podem ser titulares de direitos sobre coisas, de créditos, de débitos, etc. É forçoso que alguém lhes substitua nessas posições quando falecem, que tenham um ou mais sucessores, tomando o termo com a amplitude que atrás ficou definida para este efeito. Do contrário, dar-se-ia uma ruptura injustificada da vida jurídica, com perturbação da ordem e frustração de legítimas expectativas. As coisas imóveis ficariam sem dono e pergunta-se qual seria o destino.¹⁷

Inobstante esse reconhecimento, há que se ter em vista que o interesse à propriedade privada não se deve sobrepor ao fim último da norma constitucional, qual seja, proteção à família. Esse posicionamento está justificado no próprio texto

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 169.

¹⁶ REVISTA DE DIREITO DA FAMÍLIA E SUCESSÕES. Porto Alegre; Belo Horizonte: IBDFAM, *O Cônjuge e o Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro e a Violação ao Princípio da Equidade*.

¹⁷ TELLES, Inocência Galvão apud Rizzardo, 2007, p. 13.

maior, que a conceitua como a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado – art. 226 caput.

O Renomado Instituto preleciona que na realidade essa premissa é anterior mesmo à própria Constituição Federal, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, já garantia o direito de constituir família, núcleo natural e fundamental a ser protegido pela sociedade e pelo Estado.

Em decorrência disso, o interesse geral deve prevalecer à vontade do autor da herança, tanto que parte do seu patrimônio deixado é indisponível, constituindo-se legítima dos herdeiros necessários.

A doutrina é prevalecente no reconhecimento desse norte constitucional. Segundo Carlos Roberto Gonçalves: "Os defensores do princípio da legítima invocam o arbítrio que poderia representar a exclusão dos familiares e argumentam com a necessidade de se proteger a família".¹⁸

Dessa forma, percebe-se com facilidade que o Direito das Sucessões está inevitavelmente ligado ao Direito Constitucional, que traz arraigada a ideia de permanência, supremacia e segurança a todo o sistema.

O artigo 226 do texto maior, do qual se extrai o conceito de família hoje vigente, é alargado em seu entendimento para além do casamento, compreendendo também a união estável e a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nessa senda, o conceito de instituição sagrada passa a dar lugar a um sentimento maior que une as pessoas, o afeto, verdadeira mola propulsora de valores éticos e culturais. De fato, os sentimentos de carinho e ternura consagram o Princípio da Afetividade como norte da sucessão hereditária no âmbito familiar.

¹⁸GONÇALVES, op. cit., p. 186.

O Direito de Família se apresenta, então, como esteio do Direito das Sucessões, disciplinando os critérios para a escolha dos sucessores legítimos, sejam necessários ou facultativos.

Assim, a partir do Capítulo II do Título II do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, é possível analisar a ordem atual de vocação hereditária dos herdeiros necessários, estando ali previstos os descendentes, ascendentes e o cônjuge, os quais não podem ficar privados da quota indisponível do patrimônio do de cujus.

Nota-se, já de início, que a disposição do cônjuge como herdeiro necessário denota a imprescindibilidade da união conjugal entre homem e mulher para que haja a reserva de quota indisponível da herança construída pelos casais.

Essa disposição não atende àqueles objetivos primordiais de proteção dos laços de afeto, mormente quando condiciona ao regime de bens a concorrência do cônjuge com os descendentes. Além disso, relega o companheiro à figura de herdeiro facultativo, podendo ser privado da herança do autor, inobstante a sua equiparação constitucional e fática.

A legislação atual fere princípios constitucionais, impondo, segundo Maria Berenice Dias¹⁹, “o perfil da família do início do século, uma instituição matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual”. Os vínculos afetivos e o sentimento de amor nos relacionamentos estão sendo desprezados pela legislação.

Assim, apesar da reconhecida evolução histórica do Direito Sucessório, as regras vigentes não estão atendendo de forma plena àquele preceito maior previsto na Constituição, de respeito ao Princípio da Igualdade, distanciando-se do paradigma principiológico do Direito de Família, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. Disponível em: <<http://www.paisseparados.com/noticiasler.asp?id=485>>. Acesso em 03.02.2015

Oportuno, por isso, analisar a evolução histórica do conceito de família até chegar-se à configuração atual das relações familiares em nossa sociedade. Em momento posterior serão tecidas considerações acerca do tratamento discriminatório conferido pela legislação em relação ao Direito Sucessório dos cônjuges e dos companheiros.

2.3 O Vínculo Conjugal no Modelo do Casamento e da União Estável

Segundo artigo já mencionado publicado pelo IBDFAM, as relações de família, na prática, talvez sejam as que mais sofrem mutações. Os fatores exógenos que as cercam formam o contexto para profundas modificações, muitas delas em curto espaço de tempo.

Segundo lá dispõe, para fazer o retrato da família do Código de 1916, pode-se utilizar da alusão a um bloco de concreto, indissolúvel. O casamento era a única forma de constituição do núcleo familiar, aglomerado de pessoas hierarquicamente organizadas. A sociedade fundiária e patriarcal da época não deixava espaço para a atenção aos indivíduos em si, sendo mais importante o grupo fortemente estruturado, à componentes dignamente reconhecidos.

É amplamente conhecida a antiga condição da mulher em nossa sociedade, sendo considerada relativamente incapaz para a prática de quaisquer atos da vida civil e submetida ao poder patriarcal. O marido era o controlador absoluto e detentor do pátrio poder. A prole, por sua vez, era formada apenas por filhos legítimos, seguindo-se assim a família, indissociavelmente.

O Direito Sucessório de então não fugia à regra, uma vez que privilegiava a consanguinidade. Em razão desse apego à estrutura familiar tradicional e em obediência à Lei 4.121/62, o cônjuge também era afastado da ordem de vocação hereditária quando existentes descendentes e ascendentes, não importando o regime de bens adotado. No entanto, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro dos Santos Guerra :

com as mudanças sociais advindas no decorrer do século XX, tal visão estaria fadada a mudar. A longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, tudo isso atingiu fortemente a configuração familiar.²⁰

Com o passar dos anos e das profundas injustiças sofridas nas relações familiares, percebeu-se a necessidade de uma maior proteção ao cônjuge supérstite, atribuindo-se a ele o usufruto vidual e o direito real de habitação a depender do regime de bens adotado, enquanto mantida a viuvez.

Assim, o Direito de Família passa a transformar-se juntamente com a evolução social. Nesse sentido, o Princípio da Afetividade, que antes era absolutamente relegado a segundo plano, dando lugar à manutenção do patrimônio dentro do mesmo seio familiar, veio a ser reconhecido pela Constituição de 1988.

Para tal Instituto, a família passou a ser compreendida como pessoas em grau de igualdade que formam um núcleo e não mais como um bloco formado por pessoas sem rosto. Nesse sentido menciona que obtempera Rolf Madaleno:

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como estão presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.²¹

Explica que a consagração do Princípio da Afetividade veio como corolário lógico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com base nesse princípio,

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. Função Social da Família. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 154-169, Dez./Jan., 2007, p. 155.

²¹ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

amplia-se o conceito de família, percebendo-se simplória a concepção baseada somente no casamento.

O Direito como fenômeno social, histórico e cultural, passa a admitir a união estável e a monoparentalidade como formas de constituição familiar, dispensando maior relevância ao sentimento dos seus membros.

Ressalta que nesse diapasão, desenvolveu-se a consciência da importância da figura do cônjuge na família nuclear sendo considerado herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária. Essa mudança teve por objetivo valorizar a figura de quem possui a tendência de manter-se junto ao seu consorte, comportamento este que muitas vezes é avesso ao dos filhos, os quais almejam a constituição de suas próprias famílias.

Com isso, seguindo-se uma tendência dos povos ocidentais, tais como a Argentina, Suíça, Espanha e Portugal, uma vez que o cônjuge, que antes era rebaixado na sucessão legítima, passa a concorrer com os descendentes e ascendentes, mesmo que com certas limitações baseadas no regime de bens e filiação.

O reconhecimento do seu importante papel é um avanço no sentido de estimular um tratamento equânime entre marido e esposa. No entanto, o atendimento aos princípios constitucionais ainda não é pleno, visto que o companheiro, apesar de adicionar ao casamento o sentimento do afeto, não possui o mesmo reconhecimento que a figura do cônjuge, ocupando hoje, posição significativa e inexplicavelmente inferior à deste.

É cediço, como já se explanou outrora, que é o princípio da afetividade que rege as relações humanas; e, sendo a união de duas pessoas a consagração do encontro, não há motivos para que se priorize o vínculo matrimonial em detrimento à união estável. Nas duas formas, o cônjuge e companheiro têm a mesma função de esteio familiar juntamente com o outro consorte, respeitando os deveres de lealdade, respeito, assistência, coabitação (hoje já relativizado) e assistência imaterial para a plena comunhão da vida – conforme dispõe art. 1511 do CC.

Ainda mencionado o artigo publicado pelo já mencionado Instituto, o casamento, por ter rito formal e minuciosamente previsto no Código Civil, traz maior segurança para as relações com terceiros.

De acordo com Ana Luiza Maia Nevares²², esse é o fundamento da facilitação da conversão das uniões em matrimônio e a aceitação de efeitos civis emanados de casamento religioso; o que não significa, todavia, que haja uma supremacia axiológica das entidades.

Assevera que não se está querendo defender, importante que se diga, que a situação fática da união estável é igual ao formalismo do casamento. É evidente que o formalismo exigido em atos e efeitos derivados de uma relação matrimonial não se aplicam de forma análoga à união estável pela sua própria natureza.

Nesse sentido, segundo a mesma autora, a segurança jurídica da outorga uxória para a venda de bem imóvel e a emancipação proveniente do casamento. Apesar da convivência pública, não há como esperar que terceiros estranhos ao relacionamento ou até mesmo ao próprio casal possam ter o conhecimento da união estável formada, quando não há registro do fato em Cartório próprio.

Apesar, então, de não se defender que casamento e união estável sejam institutos iguais, porque derivam de situações jurídicas diferentes, o que se quer é a igualdade da relação afetiva existente em ambos e por consequência a equiparação dos efeitos que disso advém. Bem diferencia a relação familiar do ato jurídico formal, Gustavo Tepedino²³, valendo a transcrição:

como se sabe, o casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ele criada. Diz-se, por exemplo, que Tício se casou em certo dia do ano, para referir-se a tal solenidade. Ao revés, a afirmação de que Caio está casado há 20 anos alude à entidade

²² NEVARES, Ana Luiza Maia. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil de 2002: Uma Abordagem à Luz do Direito Civil-Constitucional. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 139-69, Jun/Jul., 2006, p. 144.

²³ TEPEDINO apud Nevares, p. 160.

familiar por ele constituída, como relação jurídica que engloba o conjunto de efeitos próprios da convivência familiar, a qual, no caso de Caio, tem origem no casamento.

A partir disso, percebe-se que o primado não é mais o formalismo, mas a situação fática da comunidade familiar formada.

2.4 A sucessão do cônjuge

Andou muito bem o legislador ao erigir o cônjuge ao status de herdeiro necessário. Isso está explícito no art. 1.845 do Código Civil, lei que o coloca exclusivo na terceira classe de vocação hereditária – art. 1829 III.

No entanto, segundo o art. 1830, o cônjuge é herdeiro necessário, desde que no tempo da morte do outro, não estivessem separados judicialmente ou de fato há mais de dois anos. Esse interregno é desprezado se provado que a impossibilidade de convivência se deu inobstante ausência de culpa do sobrevivente.

Essa passagem é muito criticada pelos doutrinadores, que a indicam como um verdadeiro retrocesso, examinando culpa para efeitos sucessórios depois mesmo da morte do consorte.

Pois bem, o cônjuge supérstite via de regra concorre com os descendentes herdeiros, exceto quando era casado com o de cujus sob o regime de comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens e comunhão parcial de bens, quando o falecido não deixar bens particulares – art. 1829.

O objetivo principal dessa disparidade entre os regimes é a proteção ao sobrevivente, que quando meeiro não deveria ser também herdeiro. Em muitas situações, todavia, o cônjuge pode ficar ao desamparo cabendo à jurisprudência a readequação do direito ao caso concreto, como forma de ir ao encontro do fundamento legislativo inicial.

Mesmo se assim não fosse, ainda prevaleceria situação desconforme a realidade pelo condicionamento de concorrência na herança, pelos motivos que se passa a explicar.

O primeiro deles é o fundamento mesmo do regime de bens adotado pelo casal quando do matrimônio. Ora, o objetivo da escolha é a regência da vida, até mesmo porque sabem previamente das consequências de cada um. Pensar que o regime de bens pode refletir para depois da morte de um dos consortes, determinando a concorrência com os descendentes é no mínimo ignorar a escolha das partes e se ater ao formalismo, tão distanciado da realidade.

Além disso, porque a sucessão legítima tem hoje fundamento instrumental, em que as pessoas com maior vínculo de afetividade com o hereditando são merecedores de maior proteção. Na família nuclear, o cônjuge que permaneceu com o autor da herança até seus últimos momentos é o único componente estável e essencial, como já se disse.

O absoluto privilégio da filiação, preterindo-se a figura do cônjuge, era explicável pela baixa expectativa de vida dos ascendentes que, no início do século XX, faleciam em torno dos 40 ou 50 anos, deixando muitas vezes descendentes de tenra idade, o que justifica a grande incidência da figura da tutela no início do século passado.

Hoje a realidade é outra. A expectativa de vida para ambos os sexos, segundo dados do IBGE, é de 73,1 anos, sendo 67,3 para homens e 74,9 para mulheres. Assim, a regra geral é que no momento do falecimento dos pais, os filhos já tenham seu próprio patrimônio ou meio de sustento.

No entanto, se ainda dependentes financeiramente, existem outros meios de que podem ser beneficiados, como direitos previdenciários ou seguro de vida. Contudo, não se está querendo excluir os descendentes da ordem de vocação hereditária, somente fazer com que o cônjuge, nas condições do art. 1830 do CC, com eles concorra independente do regime de bens.

Diante da legislação atual, na referida concorrência é resguardado no mínimo um quarto da herança para o cônjuge, quando ascendente dos descendentes do de cujus – art. 1832.

A polêmica surge quando a descendência é híbrida, ou seja, oriunda do sobrevivente e de terceiro estranho ao relacionamento familiar. Nesse ponto, a doutrina se divide, remanescendo incertezas e inseguranças.

Sem descendentes, são chamados os ascendentes de primeiro grau. A concorrência com o cônjuge é diversa, sendo-lhe resguardado um terço da herança independente do regime de bens adotado – art. 1837. Sendo apenas um ascendente de primeiro grau ou ascendentes de grau superior, cabe ao sobrevivente a metade da herança, sendo a outra metade dividida por linha de ascendência dentro de um mesmo grau – art. 1836 §2º.

Na falta de descendentes e ascendentes, a consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade faz-se presente, quando a totalidade da herança passa para o cônjuge – art. 1838.

De acordo com Nevares, no Código Civil de 1916, aquela figura podia ser absolutamente afastada pelo testamento, ato em que o de cujus podia dispor da totalidade dos seus bens. Erigido a herdeiro necessário, salvo casos de indignidade e deserção, a parte indisponível da herança, cinquenta por cento, pertence-lhe de pleno direito.

O Código de 2002 avançou também no que diz respeito ao direito real de habitação. Havendo apenas um imóvel residencial no monte mor e independente do regime de bens e participação da herança, o consorte faz jus de pleno direito à habitação vitalícia, não mais condicionada à sua eterna viuvez – art. 1831.

Registre-se, portanto, que quanto ao cônjuge muito foi alterado e o direito de família e sucessões caminha lado a lado dos preceitos constitucionais vigentes, indo ao encontro da realidade de dignidade almejada pela Carta da República em diversos aspectos.

2.5 A sucessão do companheiro e o Código Civil de 2002

Apesar de o grande avanço do Direito Sucessório do companheiro, consoante dito alhures ter advindo da promulgação da atual Constituição Federal, que conferiu novo *status* à sociedade de fato, o Código Civil de 2002, trouxe em seu bojo inovações importantes relacionadas à matéria.

O novo diploma tratou, nos dispositivos (1.723 a 1.727 e art. 1.964), dos aspectos processuais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões, o efeito patrimonial sucessório (art. 1970).

Nesse novo Estatuto, não foi feita nenhuma referência ao direito real de habitação do companheiro sobrevivente, que era antes previsto no art. 7º da lei nº 9.278/96.²⁴

O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro de continuar residindo no imóvel único e de natureza residencial transmitido e que lhe servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva. Sendo assim, um direito real sobre coisa alheia, vitalício.²⁵

Cristiano Chaves, repetindo Maria Berenice Dias menciona que, apesar do silêncio do novo Estatuto sobre tal direito, entende-se que é de se concluir pela sua existência no caso de companheiro sobrevivente. Isto porque, a doutrina brasileira majoritariamente entende que o art. 7º da lei nº 9.278/96, que o expressamente previa, não fora revogado.²⁶

Nessa linha, destaca Carlos Roberto Gonçalves o Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 171.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson: Curso de Direito Civil: Família. 5ª ed., vol.6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 577.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.577.

previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação análoga do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.”²⁷

Assevera Chaves e Rosenvald que de fato não se pode cogitar a existência do direito real de habitação do cônjuge e negar-lhe ao companheiro, sob pena de afronta ao Texto Constitucional.²⁸

A maior parte dos doutrinadores entende que o parágrafo único do art. 7º da lei n.º 9278/96, pelo fato de não ser tratado pelo novo Código Civil de 2002, ocasionou a manutenção do Direito real de habitação para o companheiro, pois se somente aqueles unidos pelo matrimônio tivessem tal direito, o Novo Código Civil violaria o princípio constitucional da isonomia.

Maria Helena Diniz quanto à matéria ensina que:

Além disso, urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da lei 9278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos arts. 1831 do CC, e 6º da CF (Enunciado n.º 117 do STJ, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002), 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, o art. 7º, parágrafo único daquela lei estaria vigente por ser norma especial.²⁹

Com relação às duas leis especiais, consideradas entre si, o entendimento majoritário é de que não há que se falar em ab-rogação e muito menos derrogação da lei n.º 8971/94 pela lei n.º 9278/96.

As duas leis podem coexistir perfeitamente, pois estabelecem o mesmo direito, só que com enfoques diferentes: uma trata do direito ao usufruto legal ou a propriedade plena dos bens do de cujus ao companheiro sobrevivente, outra concede o direito real de habitação, só que relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 171

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.578.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. p. 117

Para José Luiz Gavião de Almeida, o art. 11 da Lei nº 9278/96 revogou as disposições em contrário contidas na Lei nº 8971/94, mas quanto às demais disposições de direito sucessório, em que não há contrariedade entre o texto legal das duas leis, pressupõe-se que houve derrogação.³⁰

Álvaro Villaça acredita que houve revogação, ainda que parcial, da lei de 94 pela lei de 96 se deu no tocante ao direito do companheiro a mútua assistência marital (alimentos), pois, foi tratada pela lei de 96.³¹

O Código Civil de 2002 não menciona tal direito ao companheiro e muito menos declara expressamente sua revogação. Entretanto, a doutrina majoritária entende que o Código Civil de 2002 revogou tacitamente o direito real de habitação do companheiro, em virtude de ter silenciado.³²

Para que os companheiros sejam beneficiados com o direito real de habitação, muitos autores defendem a manutenção do artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.279/96, afastando assim o tratamento discriminatório previsto no art. 1831 do Código Civil de 2002.

Gustavo Tepedino, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Ana Luiza Maia Nevares, defensores da manutenção do direito real de habitação do companheiro, propuseram o Enunciado nº 117 com a seguinte redação: Art. 1831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro. Seja por não ter sido revogada a

³⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito das Sucessões Sucessão em Geral. Sucessão Legítima*. p.68.

³¹ VILLAÇA, Álvaro. apud CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos* p. 225.

³² Sobre a revogação tácita, ensina Maria Helena Diniz que, “quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a lei antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que ela não conste a expressão ‘revogam-se as disposições em contrário, por ser supérflua. (...) sendo duvidosa a incompatibilidade, as duas leis deverão ser interpretadas por modo a fazer cessar a antinomia, pois leis, em regra, não se revogam por presunção. Assim, havendo dúvida, dever-se-á entender que as leis ‘conflitantes’ são incompatíveis, uma vez que a revogação tácita não se presume. A incompatibilidade deverá se formal, de tal modo que a execução da lei nova seja impossível sem destruir a antiga. (IN. DINIZ, Maria Helena *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. p. 117).

previsão da Lei nº 9278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831 do Código Civil de 2002, informado pelo art. 6º, caput, da CF /88.³³

De acordo com o alegado, não se pode simplesmente excluir do mundo jurídico conteúdo das Leis n.º 8971/94 e 9278/96, em matéria sucessória, inclusive já tendo julgados que confirmam a permanência dos direitos sucessórios dos companheiros adquiridos pelas referidas leis.

Fazendo uma interpretação principiológica da situação que se põe, é forçoso admitir a continuidade da vigência daquela norma ao companheiro. Caso contrário, haveria flagrante afronta ao conhecido princípio da vedação ao retrocesso, constitucionalmente implícito.

Nesse sentido, os aspectos jurídicos da proibição são delineados por J. J. Gomes Canotilho :

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.³⁴

Não estando revogado, pois, o dispositivo referente ao direito real de habitação, tendo em vista a sua equiparação constitucional.

No que tange ao direito sucessório, preserva-se a meação, que não se confunde com herança, do companheiro sobrevivente, em razão do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725, do aludido diploma.³⁵

³³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade Constitucional.p.152-153.

³⁴ CANOTILHO apud Souza, 2009, p. 13.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 6ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 578.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, o art. 1.790 do Código Civil em comento, *inexplicavelmente* alocado nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões, e não no capítulo da vocação hereditária, preceitua que a herdeira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, recebendo tratamento diferenciado do cônjuge supérstite, que tem maior participação na herança, sendo inclusive herdeiro necessário.³⁶

O fato de a matéria não ter sido tratada no âmbito da ordem da vocação hereditária, mas dentro das disposições gerais da sucessão, o que distancia a sucessão do companheiro da do cônjuge, foi alvo de críticas pela doutrina.

Arnaldo Rizzardo escreve que “são procedentes as críticas que se fizeram sentir, pois inadmissível a inclusão da disciplina nas disposições gerais sobre a sucessão quando a matéria trata de disposição particular”.³⁷

Assim preceitua o art. 1.790 do Código Civil:

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

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

Em suma, o artigo citado 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 filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descendem somente do autor da herança.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 171.

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 199

Estabelece ainda um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também dos colaterais e só é chamado para receber a totalidade da herança na falta dos demais herdeiros.

Merece destaque, que o cônjuge, em contrapartida, prefere aos parentes do *de cujus*, da linha transversal (colaterais) com exclusividade.

Foi reconhecido, nos termos do art. 1.797, o direito à inventariança ao companheiro, desde que este convivesse com o extinto na época da abertura de sua sucessão. O que, preleciona Chaves e Rosenvald, o Superior Tribunal de Justiça há muito reconhecia a possibilidade de o companheiro exercer o múnus de inventariante.³⁸

Assim, o novo diploma, além de restringir o direito hereditário aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, impôs a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido. Além disso, restou por retirar o direito real de habitação e o usufruto vidual, previstos nas leis que anteriormente regulavam a convivência extramatrimonial.

Parte da doutrina critica a disciplina da união estável no novo diploma, no tocante ao direito sucessório, sublinhando que, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, acabou colocando os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges.³⁹

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.578.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 171

CAPÍTULO 3: A ANÁLISE DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme detalhado no capítulo anterior, o Código Civil de 2002 modificou sensivelmente as regras sucessórias entre os companheiros. Segundo Chaves e Rosenvald, essa mudança foi para *pior!*⁴⁰

Isto porque, ao contrário do que é conferido ao cônjuge, o direito sucessório do companheiro é restrito a uma cota igual à que for atribuída ao descendente do falecido, se estiver concorrendo com filhos comuns, ou à metade da cota, se estiver concorrendo com filhos apenas do autor da herança.

Dessa limitação decorre, um tratamento desigual que, na medida em que limita o direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a constância (chamados de aquestos) além de implicar em injustificável discriminação ao companheirismo (...) importa em ignorar a realidade da maioria do povo brasileiro.⁴¹

Asseveram os autores que a regra é tão grave que, admitindo a formação de uma entidade familiar estável entre um homem (que já possua vasto patrimônio, mas que, após o início da convivência, não mais adquira qualquer bem), que veio a falecer após dez ou quinze anos de relacionamento, percebe-se que a companheira sobrevivente ficará rigorosamente sem qualquer direito, pois não fará jus à meação (uma vez que nada foi adquirido) e tampouco à herança (cujo direito depende da existência de bens adquiridos a título oneroso).

Assim,

[...] É fácil perceber que, contrariando frontalmente o princípio da igualdade e evidenciando dantesco retrocesso em relação à legislação anterior, o Código Civil limita o direito de herança do companheiro aos bens *adquiridos onerosamente* na constância da união estável.⁴²

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.575.

⁴¹ Op. Cit. p.576.

⁴² Op. Cit. p.576.

Sendo considerada um verdadeiro retrocesso, estas alterações são fortemente criticadas por parte da doutrina, que sublinha que, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, acabou colocando os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges.

Euclides de Oliveira citado por Gonçalves exclama que não se compreende a :

limitação do direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando se considera que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1725 do Código Civil. Deveria beneficiar-se da herança, isto sim, apenas sobre os bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente (art. 1.829).⁴³

Segundo o IBDFAM, as regras sucessórias previstas para sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais, vez que a nova lei rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade.⁴⁴

De acordo com o renomado Instituto, é reprovável a aplicação de qualquer regra que traga o tratamento desigual entre cônjuges e companheiros. Devendo ser abolido, qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 173.

⁴⁴ REVISTA DE DIREITO DA FAMÍLIA E SUCESSÕES. Porto Alegre; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.v.0,(out/nov. 2007).

Há que ser mencionado como acertadamente assevera o mencionado Instituto, que, *primar pela aplicação literal da nova regra (...) além de afrontar o princípio da equidade, viola também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa(...).*⁴⁵

Nas palavras de Chaves e Rosenvald esse tratamento desigual contraria⁴⁶ frontalmente o princípio da igualdade e evidenciam *dantesco retrocesso* em relação à legislação anterior ao Código Civil de 2002.

Cite-se, por exemplo, o reconhecimento dos direitos sucessórios do companheiro. Porém, cumpre referir, como já mencionado, que a matéria não foi tratada no âmbito da ordem da vocação hereditária, mas dentro das disposições gerais da sucessão, o que distancia a sucessão do companheiro da do cônjuge.⁴⁷

Tal é a discrepância de tratamento, que se afirma que houve um equívoco do legislador, que confundiu a sucessão com o instituto da meação, ao afirmar em lei que: “a sucessão se limita a vigência da união estável”.

A crítica pertinente à disposição legal, como a feita por Silvio de Salvo Venosa, encontra-se na hipótese do falecido não deixar nenhum outro herdeiro, fazendo com que seu companheiro só herde aquilo que adquiriram durante a união estável. Por consequência, os demais bens serão considerados vacantes²⁵, passarão a integrar o patrimônio da Fazenda Pública.

Arnaldo Rizzardo comentando o tema enfatiza que:

é incompreensível a diferença referente ao casamento, onde cônjuge receberá o total da herança se não houver parente descendente ou ascendente (art.1838). Na

⁴⁵ Op. Cit. p. 122.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p.575.

⁴⁷ Neste sentido, escreve Arnaldo Rizzardo que “são procedentes as críticas que se fizeram sentir, pois inadmissível a inclusão da disciplina nas disposições gerais sobre a sucessão quando a matéria trata d e disposição particular”.(IN. RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p.199).

União Estável, têm prioridade os parentes em ordem inferior, significando a distinção frente ao casamento, à toda evidencia mais prestigiado.⁴⁸

O que só corrobora a tese de que o novo Código Civil Brasileiro favorece o casamento em detrimento da União Estável. Ressalte-se, por exemplo, que a nova lei não concedeu ao companheiro o direito a quarta parte da herança, como é deferido ao cônjuge.

Em outro exemplo, desta vez, trazido por Gonçalves, mostra um desabafo de Zeno Veloso :

Na sociedade contemporânea, já estão muito desgastadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro (...) resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cujus*. Temos de convir: isto é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do *caput* do artigo 1.790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas apenas, o que for adquirido na constância da união estável.⁴⁹

Somando-se à essas críticas Euclides de Oliveira enfoca:

“Demais disso, considere-se a hipótese de o falecido ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança. Então, o companheiro nada herdar, mesmo que não haja parentes sucessíveis, ficando a herança vacante para o ente público beneficiário (Município ou Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou União, quando situada em território federal.”⁵⁰

Assim, a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro. Nesse sentido, se o falecido não teve adquirido nenhum

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 200.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 579.

⁵⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União Estável: do concubinato ao casamento*. 6º ed. São Paulo: Método, 2003.

bem, na constância da sociedade de fato, conforme o exemplo anterior, ainda que tenha deixado vultoso patrimônio formado anteriormente, o companheiro sobrevivente nada herdará, sejam quais forem os herdeiros eventualmente existentes.⁵¹

De acordo com esse sistema, conforme leciona Gonçalves, se o autor da herança, por exemplo, deixa um único bem adquirido à título oneroso, durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, este receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho.

Continua o autor explicando que, o bem adquirido onerosamente com recursos provenientes da venda de um bem particular não integrará o acervo hereditário do companheiro sobrevivente, aplicando-se, neste caso, por analogia, o art. 1.659, I, do Código Civil de 2002.

Ao explicar a concorrência do companheiro com os descendentes, diz que no caso de concorrência com o filho comum, a participação do companheiro dará somente aos bens onerosamente adquiridos na consonância da união estável. Tendo ele assim, direito a uma cota equivalente a do filho comum sobre esses bens.

Ressalte-se que, de acordo com a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, aplica-se a hipótese descrita no inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, não apenas na concorrência com os filhos comuns.

Isto porque, observa-se ter havido um equívoco do legislador no emprego da palavra “filho”, quando na verdade a finalidade precípua da norma é regular a concorrência do companheiro com os “descendentes”.⁵²

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 173

⁵² Op. Cit. 174.

Quando comparada essa regra, com a estabelecida para o cônjuge supérstite, observa-se que o companheiro está em desvantagem, já que para ele não fora assegurado a reserva da quarta parte da herança como é assegurado àquele.

A nova regra repete a inconveniente distinção entre descendentes exclusivos e comuns, ao estabelecer, que nessas situações, ao companheiro caberá metade do que tocar a cada um daqueles. Fazendo então, a partilha na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e, a cada um dos descendentes, o dobro da que a ele couber.⁵³

No que é pertinente à concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis (art. 1.790, III) agiria melhor o legislador se atribuísse ao companheiro sobrevivente, metade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, e não apenas um terço, considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra, o regime da comunhão parcial de bens, bem como a circunstância dele ter vivido toda uma existência ao lado do extinto, enquanto outros parentes sucessíveis em nada contribuíram na formação do mencionado patrimônio.

O que se torna incompreensível, consoante já afirmado, é a sujeição, imposta pela disposição legal, do companheiro à concorrência com os demais parentes sucessíveis colaterais até o 4º grau.

Como bem assevera Zeno Veloso, citado por Carlos Roberto Gonçalves, “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 o reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.”⁵⁴

Nesse sentido, A Jornada de Direito Civil Coordenada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar posiciona-se pela inconstitucionalidade do art. 1790 do novo Código Civil afirmando que o artigo 1790 “desprotegeu a família fundada no

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. 174.

⁵⁴ Op. Cit. 177.

companheirismo no campo do Direito Sucessório, violando o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, notadamente diante do disposto no art. 2º, Inciso III, da LÊ nº 8971/94”.

Em que pese as críticas, outros estudiosos, afirmam, todavia, que o novo Código procura, com largueza de espírito, guindar a união estável ao patamar do casamento civil, sem incidir em excessos, não representando discriminação a disparidade de tratamento, mas o pleno atendimento ao mandamento constitucional.

Pois, em nenhum momento o tal fustigado artigo da Carta Magna equipara a união estável ao casamento. Determina somente o seu reconhecimento como entidade familiar, devendo ser facilitada a sua conversão em casamento.

Para Maria Helena Diniz, autora há visivelmente uma desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois ao contrário do cônjuge, o companheiro só tem direito à meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Assim, a relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente supérstite, não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiaria dos mesmos direitos sucessórios daquele, ficando em desvantagem.

Defendendo ainda que, não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais frequente entre nós. Ou seja, resta claro que, para a ilustre doutrinadora, o tratamento desigual acima descrito é totalmente constitucional.⁵⁵

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166-178.

3.1 Entendimento Jurisprudencial atual

Preleciona o IBDFAM, que inicialmente cabe verificarmos que o processo de construção do atual Código Civil de 2002 foi resultado de muitos anos de discussão e elaboração.

Tanto que grande parte da redação final teve por base o anteprojeto elaborado na década de 70. Segundo Hironaka⁵⁶, “o anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972, bem assim o Projeto apresentado para discussão em 1975 e aprovado na Câmara de Deputados em 1984, não previam qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas ligadas entre si apenas pelos laços do afeto.”

Assim, percebe-se que por possuir sua estrutura em uma proposição legislativa de mais de três décadas atrás, o atual Código Civil de 2002 não reflete as necessidades sociais demandadas pela configuração das relações familiares estabelecidas no século XXI.

Ocorre que o anteprojeto já foi elaborado com base em princípios diversos dos preconizados pela Constituição de 1988. O resultado dessa demora na aprovação do Código Civil e de algumas imperfeições na técnica legislativa é evidenciado a partir de uma grande desarmonia doutrinária em relação às interpretações relativas.

O IBDFAM informa que em pesquisa realizada e divulgada por Cahali⁵⁷, são apresentados os múltiplos entendimentos de autores e professores no âmbito da sucessão.

A partir desse estudo é possível perceber que o tratamento dado a um e a outro é bastante distinto no que concerne ao direito de sucessão decorrente do casamento e da união estável.

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda M. F. N. Concorrência do Companheiro e do Cônjuge na Sucessão dos Descendentes: destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da regra contida na previsão estampada na Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002. Disponível em: <http://flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_Concorrenci.doc>. Acesso em: 20 abril 2015.

⁵⁷ CAHALI, Francisco José. Direito das Sucessões. Francisco Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

Isso porque quando se trata da sucessão entre cônjuges a discussão reduz-se aos bens herdados no regime de comunhão parcial e aos casos de filiação híbrida.

Já no que diz com os companheiros, verificam-se posicionamentos diversos tanto com relação à concorrência deste com o Poder Público, como a ser devido ou não o direito real de habitação, existência de concorrência com netos comuns, filiação híbrida e ainda ordem de vocação hereditária.

Dessa forma, tendo em vista o panorama atual de divergências, árduo é o papel dos operadores do Direito encarregados de realizar a interpretação das atuais normas relativas à matéria.

Conforme já foi discutido, o tratamento desigual demanda constante posicionamento dos Tribunais e demais instâncias do judiciário acerca do assunto, que podem ser divergentes em vista das múltiplas interpretações possíveis.

Evidente que, havendo desrespeito à Constituição Federal e a Princípios como o da Igualdade, cabe aos julgadores utilizarem-se de recursos como a hermenêutica, bem como uma interpretação sistêmica da legislação para solução dos conflitos existentes sobre o tema.

O Egrégio Superior Tribunal Federal não teve ainda a oportunidade de analisar a constitucionalidade do artigo 1.790 do atual Código Civil. Não obstante, esta Corte, em voto do ilustrado Ministro Sepúlveda Pertence na ADIN 2.065-0/DF, analisou questão relativa ao princípio da vedação do retrocesso, entendido este em sua acepção genérica.

Em seu voto, afirmava o Ministro que:

pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude de eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas

não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.⁵⁸

Contudo, este voto é um bom paradigma de uma futura posição da Corte Constitucional quanto à vedação do retrocesso, que no voto acima exposto entendeu pela existência do princípio da vedação do retrocesso tão-somente no que tange à vedação genérica, negando, assim, a possibilidade de aplicação da vedação específica ao ordenamento jurídico brasileiro.

Mas essa atmosfera densa e cinzenta criada em torno da sucessão de cônjuges e companheiros tende a ser solucionada. Ao menos é o que indica a análise realizada a partir do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, proposto pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que busca questionar a inconstitucionalidade do art. 1790, III do Código Civil por contrariar disposição constitucional presente no art. 226, §3º, o qual prevê o reconhecimento da união estável como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento.

Sobre o Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, em parecer exarado em 3 de junho de 2009, a Procuradora Geral de Justiça, Ana Maria Schinestsck, afirma ser "indiscutível a inconstitucionalidade do artigo 1790, III, do Código Civil, uma vez que não há argumento jurídico consistente capaz de legitimar o tratamento desigual entre companheiro e cônjuge supérstite". Destaca, ainda, o desrespeito da legislação em face de princípios constitucionais como o da isonomia, da equidade e da dignidade da pessoa humana.

Em suma, mesmo com as mudanças na lei, no entanto, percebe-se que ainda não se atingiu o ponto ideal de equilíbrio nas relações hereditárias estabelecidas entre companheiros e cônjuges. Muitas impropriedades ainda permanecem, remanescendo diferenças que afrontam aos mais basilares princípios

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional brasileiro e a efetividade e suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. p.158-159.

constitucionais do Estado Democrático de Direito, como os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002 modificou sensivelmente as regras sucessórias entre os companheiros, alterando a legislação até então vigente. Essa previsão legal, além de ir de encontro à igualdade prescrita na Carta Magna e à proteção que a mesma deu à união estável (art. 226, §3º da CF), possibilita, em inúmeros casos, que aquele que conviveu em um relacionamento estável e duradouro com o intuito de constituir família com o *de cujus*, possa, a depender da situação, restar sem qualquer direito à herança.

Esse tratamento desigual, além de implicar em injustificável discriminação ao companheirismo, uma vez que aos cônjuges são atribuídos direitos muito mais significativos, importa em ignorar a realidade da maioria do povo brasileiro.

A alteração deixa em situação desfavorável o companheiro, se comparado ao cônjuge supérstite. Por conta disso, entendemos que foram violados alguns princípios constitucionais, já que a Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar. Assim, seria coerente com os princípios constitucionais um tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros, no que é pertinente ao direito sucessório.

Através da evolução histórica percebeu-se que os cônjuges subiram significativamente quanto à sua colocação na Ordem de Vocação Hereditária, visto que nos primórdios dos séculos anteriores ao surgimento de legislação própria brasileira, pegou-se emprestado regulamentos de outros países, onde o cônjuge herdava muito pouco ou nada.

Quanto à companheira, que nem assim era denominada pela legislação, era chamada de concubina, ou seja, 'a amante', que muitas vezes nada herdava.

Foi a Constituição federal de 1988, quem promoveu a maior alteração legislativa, colocando no centro do direito civil brasileiro o conceito de família equiparando as entidades familiares constituídas pelo casamento e aquelas formadas através de uma união estável. Esta equiparação não somente surtiu efeito

quanto à formação da família, mas, gerou discussão quanto à equiparação de direito sucessórios, art. 226, §3º da CF.

Sendo imprescindível para que surgissem leis especiais para aquisição dos companheiros a direitos equiparados aos dos cônjuges.

Se traçarmos um paralelo, veremos que O Cônjuge nada tem a reclamar, pois só aumentaram seus direitos sucessórios, inovação máxima o elevando a primeiro lugar na ordem da vocação hereditária direito nunca antes alcançado. O cônjuge realmente foi tratado com o respeito com o qual merecia, pois quem dedica sua vida à uma família tem direito de continuar a conservá-la, bem como o patrimônio construído através dela.

Ao companheiro, visto que havia conseguido se equiparar ao cônjuge, se esperava direito ao menos parecido. Contudo, ao invés disso, o legislador diminuiu significativamente seus direitos sucessórios e mais, não se manifestou sobre o direito real de habitação, antes adquirido por lei especial.

Esse tratamento desigual entre cônjuges e companheiros, torna-se, por assim dizer, afronta à Carta Magna, faz com que milhares de companheiros fiquem a mingua em diversos casos, não lhe sendo garantido nenhum direito patrimonial em situações nas quais os bens do *de cujus* forem adquiridos antes da convivência entre os companheiros.

Pois, na medida em que há essa regra totalmente desfavorável ao companheiro, torna-se possível, no caso concreto situações nas quais, o companheiro sobrevivente não tenha direito a absolutamente nada do patrimônio do *de cujus*. Como na hipótese de, durante a vigência da união estável não se tenha adquirido nenhum patrimônio, pelo esforço comum, ou seja, onerosamente.

E porque a união estável representa a maioria da situação das famílias brasileiras, este estudo é importante, já que nele abordaremos as mudanças, como os doutrinadores se posicionam, os tribunais e o que pode ser feito para garantir ao

companheiro um tratamento que não viole os direitos a igualdade, equidade e a vedação ao enriquecimento sem causa, todos garantidos pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. ***Direito das Sucessões Sucessão em Geral. Sucessão Legítima***. p.68.
- BARROSO, Luis Roberto. ***O direito constitucional brasileiro e a efetividade e suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira***. p.158-159.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. ***Concubinato***. 3. Ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1985
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson: ***Curso de Direito Civil: Família***. 5ª ed., vol.6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. Função Social da Família. ***Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre***, v. 8, n. 39, p. 154-169, Dez./Jan., 2007, p. 155.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. ***Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões***. 3ª ed., vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAHALI, Francisco José. Direito das Sucessões. Francisco Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. ***Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. Disponível*** em:<<http://www.paisseparados.com/noticiasler.asp?id=485>>. Acesso em 03.02.2015
- DINIZ, Maria Helena. ***Curso de Direito Civil Brasileiro***, volume 6: direito das sucessões. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166-178.
- HIRONAKA, Giselda M. F. N. ***Concorrência do Companheiro e do Cônjuge na Sucessão dos Descendentes: destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da regra contida na previsão estampada na Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002***. Disponível em:

<http://flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_Concorrencia.doc>. Acesso em: 20 abril 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o Período 1980-2050 – Revisão 2004. Metodologia e Resultados. Estimativas Anuais e Mensais da População do Brasil e das Unidades da Federação: 1980-2020. Metodologia. Estimativas das Populações Municipais. Metodologia.* Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/metodologia.pdf>. Acesso em: 21 ago 2009.

JÚNIOR. Dirley, da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Bahia: 2013, Editora JusPodivm, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. ***Curso de Direito Civil: Direito de Família***. Vol. II, 37º ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVARES, Ana Luiza Maia. ***Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil de 2002: Uma Abordagem à Luz do Direito Civil-Constitucional***. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 139-69, Jun/Jul., 2006, p. 144.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. ***União Estável: do concubinato ao casamento***. 6º ed. São Paulo: Método, 2003

TARTUCE, Flávio. ***Direito Civil: Direito de Família***. 9ª ed., vol. 5. São Paulo: Método, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. ***Direito de Família***. 8ªed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. ***Direito Civil: Direito de Família***. 13ª ed., vol. 6. São Paulo: Atlas, 2013.

REVISTA DE DIREITO DA FAMÍLIA E SUCESSÕES. Porto Alegre; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. v.0, p.118-122, (out/nov. 2007)

TASTCH, Fernanda Lemos. A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002. In: ***A evolução jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão: Uma análise legislativa do Código de 1916 ao Novo Código Civil***.

Disponível: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/fernanda_lemos.pdf> Acessado em: 21 ago. 2014