

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

KARLA GISELE CORREIA PEIXOTO

**SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: O RETROCESSO PÓS CÓDIGO CIVIL DE
2002**

**Aracaju/SE
10 de dezembro de 2015**

KARLA GISELE CORREIA PEIXOTO

**SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: O RETROCESSO PÓS CÓDIGO CIVIL DE
2002**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração de Negócios de Sergipe - FANESE
como pré-requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Esp. José Carlos Santos

Aracaju/SE

10 de dezembro de 2015

KARLA GISELE CORREIA PEIXOTO

**SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: O RETROCESSO PÓS CÓDIGO CIVIL DE
2002**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau bacharel em Direito, comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em 05/12/2015

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof^o Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof. Me. Kleidson Nascimento dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof^a. Esp. Gilda Diniz dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Dedico este trabalho ao meu filho, meu maior presente, meu maior incentivo; ao meu esposo, amigo de todas as horas que esteve sempre presente e junto nesta longa jornada; e, por fim, a três pessoas bem especiais, que sem elas não teria conseguido está aqui hoje, Mami, Papi e tia Deda.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por sempre está ao meu lado, dando força, paciência e coragem para suportar esta jornada tripla, quiçá quádrupla.

Ao meu filho, meu maior presente, meu propulsor, que por ele encontro forças que nem eu sei de onde. Obrigada meu filho pelo seu carinho, por seu olhar, pelo tempo partilhado para que eu pudesse subir mais um degrau da minha longa escadaria.

Ao meu esposo, meu amigo de faculdade, meu amigo de todas as horas, parceiro de uma vida, encorajador, terapeuta. Obrigada por toda a paciência a mim concedida!

Aos meus grandes incentivadores, do início ao fim, Mami, Papi e tia Deda. Obrigada por tudo, obrigada pelo incentivo, pela disposição e pela confiança. Sem vocês não conseguiria está aqui hoje, sem vocês teria trancado a faculdade, sem vocês não conseguiria ir em frente, pelo menos não agora! Obrigada por ter cuidado do meu filho, enquanto eu estudava, obrigada por ter ouvido minhas lamentações, obrigada por ouvir que eu estava cansada, mas que não desistiria. Enfim, obrigada por existirem em minha vida! Sei que vocês, longe ou perto, torcem por mim e que estarão, sempre, na primeira fila para me ver em qualquer lugar.

Ao meu orientador José Carlos, que em momento algum perdeu a paciência e a confiança em mim, que mesmo sem eu acreditar que conseguiria concluir a última etapa ele já me afirmava que eu conseguiria. Obrigada professor por tudo!

Você não sabe o quanto eu caminhei para chegar até aqui, percorri milhões de milhas antes de dormi, eu não cochilei! Os mais belos montes escalei, nas noites escuras de frio, chorei! (Cidade Negra)

RESUMO

O concubinato há muito existe na história, carregando com tal nomenclatura um efeito negativo, tendo sido reconhecido como entidade familiar apenas em 1988 com a Constituição Federal. A partir daí, e baseada nesta, surgiram legislações com o objetivo de regular e normatizar referido instituto, sendo as Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996 as mais importantes. Tais leis disciplinaram sobre alimentos, conceito de união estável, direito sucessório, direito real de habitação, dentre outros; ressaltando a sua importância frente aos direitos conquistados pelos companheiros. No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, o qual teria o condão de ratificar tais direitos e apenas normatizar os omissos, trouxe a surpresa e o descaso perante tal entidade. Disciplinou o direito sucessório no capítulo de disposições gerais, retirou do companheiro o título de herdeiro necessário, possibilitou a concorrência com colaterais até o quarto grau, deu tratamento desigual a filhos comuns e exclusivos, limitou a herança aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, omitiu a possibilidade do direito real de habitação, fora a má redação legislativa. Diante de tais importunos e violações claras a princípios constitucionais, faz-se necessário uma revisão legislativa quanto ao tema, o que apesar de não ter sido ideal, porém mais justa, já foi proposto um projeto de lei ao Congresso Nacional para alteração do artigo 1790 do Código Civil de 2002, mas até hoje não foi aceito. Logo, para demonstrar a real necessidade dessa alteração legislativa, o presente estudo adotou o método científico dialético, uma vez que, os fatos devem ser considerados dentro de um contexto social, mostrando que contradições devem ser rebatidas com novas contradições para assim chegar a soluções; bem como, os métodos auxiliares, histórico e comparativo, considerando-se, ainda, levantamentos bibliográficos para tal aferição.

Palavras-chave: União Estável. Direito Sucessório. Retrocesso. Revisão Legislativa.

ABSTRACT

Concubinage long exist in history, carrying with naming such a negative effect, having been recognized as a family unit only in 1988 with the Federal Constitution. From there, and based on this, there were laws in order to regulate and standardize the institute, and the Laws in 8971/1994 and 9278/1996 the most important. Such laws disciplined about food, concept of stable, inheritance law, real right to housing, among others; emphasizing its importance compared to the rights won by teammates. However, with the advent of the Civil Code of 2002, which would have the power to ratify such rights only regulate the missing, brought surprise and contempt against such entity. Disciplined the law of succession in the chapter on general provisions, withdrew fellow the required heir title, possible competition with relatives up to the fourth degree, gave unequal treatment to common and unique children, limited the inheritance of the property acquired onerously the constancy of stable union It omitted the possibility of real right to housing outside poor legislative drafting. Faced with such annoying and clear violations of constitutional principles, it is necessary to a legislative review on the subject, which although was not ideal, but fairer, already proposed a bill to Congress to amend Article 1790 the Civil Code of 2002, but to date has not been accepted. Therefore, to demonstrate the real need for this legislative change, this study adopted the dialectical scientific method, since the facts should be considered within a social context, showing that contradictions must be countered with new contradictions order to come up with solutions; and the helper methods, historical and comparative, considering also bibliographic surveys for such measurement.

Keywords: Stable Union. Succession Law. Retrogression. Legislative review.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. FAMÍLIA	12
2.1 Conceito	12
2.2 Evolução histórica	13
2.3 Princípios.....	14
2.4 Espécies.....	15
2.4.1 Casamento	15
2.4.2 União estável.....	16
2.4.3 Outras formas.....	17
3. DO DIREITO SUCESSÓRIO.....	19
3.1 Disposições gerais	19
3.2 Casamento	19
3.3 União estável.....	25
3.4 Comparativo de direitos entre casamento e união estável	33
4. DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL – O RETROCESSO.....	36

4.1 Projetos de lei para alteração do dispositivo	36
4.2 Jurisprudência nos Tribunais dos Estados	40
4.2.1 Jurisprudência no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe	42
4.3 Jurisprudência nos Tribunais Superiores	44
4.4 Da Inconstitucionalidade	45
5. CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo comparativo entre o direito sucessório do cônjuge e o do companheiro.

O problema enfrentado diz respeito à tamanha discrepância no direito sucessório do companheiro quando comparado ao cônjuge, embora ambos os institutos sejam entidades familiares, base da sociedade, proteção do Estado.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a necessidade de retificação do dispositivo legal pertinente aos direitos sucessórios dos companheiros no Código Civil de 2002, a fim de proporcionar um direito justo.

A referida pesquisa far-se-á através de levantamento bibliográfico, caracterizando-se, assim, sua natureza qualitativa.

Para o desenvolvimento dessa, o trabalho abordará o método científico dialético, uma vez que, os fatos devem ser considerados dentro de um contexto social, mostrando que contradições devem ser rebatidas com novas contradições para assim chegar a soluções. Faz-se essencial o uso de métodos auxiliares como o histórico e o comparativo, considerando que, a pesquisa almeja enfatizar o retrocesso dos direitos sucessórios do companheiro quando comparado ao cônjuge, nas diferentes legislações pertinentes.

A presente discussão, apesar de 12 anos de vigência do Código Civil, é pertinente, pois ainda existe muita discussão doutrinária e dissensos jurisprudenciais.

O segundo capítulo abordará o instituto família, seu conceito, sua evolução histórica e suas espécies. Provar-se-á que, após o advento da Constituição Federal de 1988 o conceito de família ficou mais amplo e não mais restrito ao casamento, conforme disciplinava o Código Civil de 1916.

O terceiro capítulo tratará do direito sucessório, suas disposições gerais, a evolução histórica do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, bem como um comparativo dessas duas entidades familiares, que, embora, consideradas família tem tratamento destoantes. Com a evolução histórica perceberá que o

companheiro chegou a se equiparar ao cônjuge com a vigência das leis nº 8971/1994 e 9278/1996; no entanto, com um total desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso social, o Código Civil de 2002 retrocedeu anos de luta de conquista do companheiro.

Por fim, no quarto capítulo, entrar-se-á no mérito da discussão, quanto a constitucionalidade ou não do referido dispositivo, mostrando os diversos projetos de lei que tentaram alterar o dispositivo, bem como as discussões jurisprudenciais no âmbito do Estado de Sergipe, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, onde, atualmente, encontra-se um Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, pendente de julgamento.

Desta forma, com toda a explanação do conteúdo feita, finaliza-se o trabalho com conclusões retiradas do estudo detalhado sobre o retrocesso do direito sucessório do companheiro pós Código Civil de 2002.

2. FAMÍLIA

2.1 Conceito

O conceito de família não foi definido expressamente na Constituição Federal de 1988 e nem no Código Civil, diante disso diversos juristas conceituam tal instituto de acordo com a seara sociológica, psicanalítica e jurídica, conforme citações abaixo.

Segundo DOWER (2010, p.24), “O termo família indica um conjunto de pessoas unidas por relação de parentesco (avós, pais, filhos, tios, primos)”.

Já para GONÇALVES (2014, p.285) família tem um sentido mais amplo, “o vocábulo família, sentido lato sensu, abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”.

Para FARIAS e ROSENVALD (2010, p.2),

(...) a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e globalizadas.

Diferente dos outros juristas que adotam um conceito uno para o termo família, Diniz (2006) caracteriza-a em três acepções jurídicas, sendo elas a amplíssima, lata e restrita. No sentido amplíssimo incluem todos os indivíduos ligados por laços de consaguinidade e de afinidade, bem como terceiros estranhos, conforme artigo 1412, §2º do Código Civil. No sentido lato, incluem os parentes em linha reta, o colateral, os afins e o cônjuge ou companheiro. E, por fim, na acepção restrita entende-se por família unicamente as pessoas unidas por laços matrimoniais e seus descendentes, bem como por entidade familiar as constituídas por casais ligados pela união estável e sua prole, bem como por qualquer dos pais e seus descendentes.

DINIZ (2006, p.13) conceitua família com bastante propriedade quando diz

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

Coaduna do mesmo pensamento DIAS (2003, p.7), quando identifica a família no seu sentido mais afetivo.

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo - é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Por fim, DOWER (2010, p.25) identifica em um trecho da sua obra o porquê da família ter a proteção do Estado, “o indivíduo nasce dentro de uma família e, aí se desenvolve até constituir sua própria família. Ela constitui a base de toda a estrutura da sociedade, motivo pelo qual o Estado tem interesse em protegê-la, e faz isso através do Direito de Família”.

2.2 Evolução histórica

Família é um instituto dinâmico, pois a sua formatação sofre influência do meio, bem como da época em que é constituída. Sendo assim, pode-se observar adiante a sua evolução histórica.

Segundo Gonçalves (2015), no direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade, em que o *pater familias* exercia o poder, bem como administrava o patrimônio familiar, só algum tempo depois que o patrimônio passou a ser individualizado.

Em matéria de casamento, os romanos entendiam que devia haver afeto antes e durante o matrimônio e na sua ausência tal sociedade deveria ser dissolvida, diferente do que pensava os canonistas que defendiam a ideia da indissolubilidade, por considerar o casamento um sacramento (Gonçalves, 2015).

Pode-se dizer que o direito brasileiro sofreu grande influência do direito romano e o canônico, mas devido as grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família brasileiro seguiu rumos próprios (Gonçalves, 2015).

Iniciando pelo Código Civil de 1916 que admitia como família, unicamente a advinda do casamento; anos se passaram e, timidamente começaram a reconhecer pequenos direitos às pessoas que viviam em união estável.

Finalmente, só com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se deu um real e mais sensato sentido ao conceito de família, família esta fundada no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade. (Farias e Rosenvald, 2010)

2.3 Princípios

Para GONÇALVES (2014), o direito de família tem seis princípios, são eles: princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, princípio da comunhão plena de vida e princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.

No entanto, para o presente estudo, iremos nos ater em apenas três deles: princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio da comunhão plena de vida e princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana em direito de família decorre do artigo 1º, III c/c artigo 226, § 7º da Constituição Federal. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira apud Carlos Roberto Gonçalves (2014), tal princípio provocou um declínio do patriarcalismo e possibilitou uma maior compreensão dos Direitos Humanos, garantindo assim o pleno desenvolvimento e realização de todos os membros integrantes.

O princípio da comunhão plena de vida está disposto no artigo 1511 do Código Civil e baseia-se na afeição entre os cônjuges ou conviventes, priorizando assim o aspecto espiritual e o companheirismo que deve existir, para Carlos Roberto Gonçalves (2014).

O princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar está disposto nos artigos 226, § 7º da Constituição Federal e 1513 do Código Civil, quando dispõe que não cabe a pessoa jurídica pública ou particular interferir na comunhão de vida do casal, exceto se para propiciar recursos educacionais ou científicos.

2.4 Espécies

2.4.1 Casamento

No Código Civil de 1916, a única forma de entidade familiar aceita era o casamento, chamando-se de família legítima, fora isso se considerava ilegítima, proibindo assim qualquer reconhecimento de direito a esta.

Após a Constituição Federal de 1988, esta passou a admitir um conceito de família pluralista, porém para Maria Helena Diniz (2006 - p.20) “o casamento, pelos seus efeitos, é o mais importante de todos. Embora existam relações familiares fora do casamento, ocupam estas plano secundário e ostentam menor importância social.”

O casamento é um ato solene e formal, formal porque precisa preencher certos requisitos e procedimentos para ser declarado como tal. Além dos requisitos gerais de validade dos contratos, por ser um contrato especial, é necessário o consentimento dos nubentes e a celebração na forma da lei (GONÇALVES, 2014).

Os nubentes devem requerer, pessoalmente ou por procurador especial, a habilitação do casamento, munidos dos documentos elencados no artigo 1525 do Código Civil, feito isso o oficial cartorário publicará o edital para dar publicidade ao possível enlace e propiciar a quem de interesse que impugne referida união.

Cumprida esta fase, o oficial gerará a certidão de habilitação, com prazo de 90 (noventa) dias, para que os nubentes marquem o dia da celebração do casamento.

Como se pode notar, o casamento é dotado de formalidade e da mesma formalidade que é constituído é dissolvido.

Conforme artigo 1571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.

Os impedimentos elencados no artigo 1521 do Código Civil sejam eles impedimentos resultantes do parentesco, de casamento anterior ou decorrente de crime geram o impedimento absoluto, ou seja, ausência de legitimação a casar com determinada pessoa (GONÇALVES, 2014). Diferente ocorre com as causas suspensivas que proporcionam uma anulação do casamento, produzindo, assim, efeitos *ex nunc* em vez de efeitos *ex tunc* existente no caso de nulidade.

2.4.2 União estável

A união estável sempre existiu, apesar de não ser aceita ou até mesmo rechaçada.

No Código Civil de 1916, era vedado qualquer tipo de benefício ou direito concedido a concubina, tais direitos começaram a ser reconhecidos com o Decreto-lei nº 7036/1944 que, concedia a companheira benefício em caso de acidente de trabalho do titular, contanto que, não houvesse cônjuge legítimo ou esse não fizesse jus.

Em 1960 com a Lei nº 3765/1960, que regula as pensões militares, o companheiro estava na mesma ordem de prioridade do cônjuge para se habilitar como beneficiário.

Diante de tantas injustiças em não ter seu direito reconhecido, o Supremo Tribunal Federal, em 1964, editou a súmula nº 380 com seguinte teor “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Percebe-se que, mesmo reconhecendo tal direito, o assunto ainda se mantém no direito obrigacional e não no direito de família.

Conseqüentemente a uma rotina de reconhecimento de direitos, a Lei nº 6216/1975 concede a companheira o direito de averbar o patronímico do companheiro ao seu nome.

Direito a direito foi conquistado arduamente e em tempos esparsos pelos companheiros, porém só com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a união estável foi reconhecida como entidade familiar. Faz necessário ressaltar que, apenas o que se conhece como concubinato puro tem essa proteção.

Segundo os ensinamentos do renomado jurista Gonçalves (2014), concubinato é gênero que decorre o puro e o impuro como espécies. O concubinato puro ou companheirismo é a convivência duradoura entre indivíduos sem impedimentos decorrentes de outra união. Enquanto que, o concubinato impuro decorre de um relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, também conhecido como concubinato adúltero.

Diferentemente do que ocorre com o casamento, a união estável é eivada de informalidades, bastando apenas que se cumpra os requisitos constantes no artigo 1723 do Código Civil que dispõe “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O Supremo Tribunal Federal em sua súmula nº 382 já se pronunciou quanto a coabitação ser dispensável para a configuração da união estável.

Da mesma forma que se é constituída é dissolvida. No entanto, se não houver uma dissolução amigável, faz-se necessário recorrer a via judicial para declarar a existência da união estável, bem como, conseqüentemente, a sua dissolução.

Por fim, com o intuito de regulamentar o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, foram editadas as leis nº 8971/1994 e a nº 9278/1996. Com isso, os direitos sucessórios dos companheiros passaram a ficar bem próximos dos concedidos aos cônjuges, numa ideia de equiparação.

2.4.3 Outras formas

Com o advento da Constituição Federal de 1988, além do reconhecimento da união estável como entidade familiar, foram estabelecidas outras formas de constituição de família, como as monoparentais, as substitutas e posteriormente as homoafetivas.

Segundo o artigo 226, § 4º da Constituição Federal, entende-se como família monoparental aquela comunidade constituída de qualquer dos pais e seus descendentes.

A família substituta está disposta no Estatuto da criança e do adolescente, no capítulo III que disciplina o princípio fundamental de convivência familiar e humanitária, previsto no art. 227, caput da Constituição Federal.

Este tipo de família acontece excepcionalmente, apenas quando não há possibilidade de inserção na família natural. Ocorre sob as modalidades de guarda, tutela e adoção.

Por fim, em 2011 os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

Faz-se relevante um trecho do voto do ministro Luiz Fux nas ações referidas acima (...)

O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

Contudo, percebe-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988 passou-se a adotar um conceito de família pluralista.

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO

3.1 Disposições gerais

Sucessão, segundo o Dicionário Aurélio, é a transmissão do patrimônio de um finado a seus herdeiros e legatários.

Para GONÇALVES (2014, p.813), “sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

Em sentido restrito, “implica a ideia de transferência de patrimônio deixado por alguém em razão do evento morte, ou em termos mais precisos, a denominada sucessão *causa mortis*”. (GAMA, 2007, p.3).

Ressalta-se que, o estudo tratará da sucessão *causa mortis*, uma vez que, também há a possibilidade da sucessão *inter vivos*.

Sob o mesmo ponto de vista, RODRIGUES (2003, p.3) entende que “direito das sucessões é um conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”, patrimônio por ser composto de direitos e obrigações.

A sucessão se dá com a morte do titular e abrindo-a transmite-se desde logo aos seus herdeiros legítimos e testamentários, conforme disposto no artigo 1784 do Código Civil. Essa transmissão imediata é chamada de princípio da *saisine*.

Cabe salientar que, a sucessão pode ser legítima – decorrente de lei ou testamentária – decorrente da vontade. No entanto, para o referido trabalho, iremos levar em consideração apenas a legítima, uma vez que, está se analisando o dispositivo legal que trata da ordem de vocação hereditária, ou seja, concernente, apenas, a parte indisponível da herança.

3.2 Casamento

Diferente do que parece ser o cônjuge nem sempre foi considerado herdeiro necessário.

Nas Ordenações Filipinas, em 1595, no Livro IV e Título XCIV, a mulher ou homem só poderia suceder um ao outro na ausência de parente até o décimo grau.

Como evolução, o Código Civil de 1916 trouxe o cônjuge como o 3º da vocação hereditária, portanto, a frente dos colaterais, mas ainda como herdeiro facultativo.

Conseqüentemente, em 1962, com a Lei nº 4121, o cônjuge passou a ter direito ao usufruto da quarta parte ou metade dos bens, se casado em regime que não o da comunhão universal de bens; ou, direito real de habitação, se casado no regime de comunhão universal de bens.

Com a chegada do Código Civil de 2002, o cônjuge passou a ser reconhecido como herdeiro necessário, a concorrer com descendentes (dependendo do regime de bem adotado) e ascendentes (sempre) e gozar do direito real de habitação por tempo indeterminado, independente de constituir nova união ou não.

Passaremos a analisar e exemplificar cada inciso constante no artigo 1829 do Código Civil.

O artigo 1829 do Código Civil é o que disciplina a ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, parte esta indisponível da herança.

O inciso I do referido artigo diz que a sucessão legítima cabe 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; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Há uma questão polêmica neste inciso quanto a sucessão ser na totalidade do acervo hereditário ou apenas sob os bens particulares, conforme o regime permitido. Há duas correntes, a primeira defendida por Maria Helena Diniz diz que, nos casos de regime de separação convencional de bens, participação final de aquestos e regime de comunhão parcial de bens com bens particulares, a concorrência do cônjuge recairá sob a totalidade do acervo hereditário, incluindo a meação do *de cuius*. Sua fundamentação incorre na seguinte tese “a lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do de cuius (...), além

disso, a herança é indivisível, deferindo-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros” (DINIZ, 2011, p.144).

Enquanto que, a segunda corrente, defendida por Tartuce, diz que nas hipóteses elencadas acima, a herança só recairá sob a totalidade dos bens particulares, uma vez que a intenção do legislador foi privilegiar os desprovidos de meação, prova disso foi dizer expressamente que não concorre o companheiro casado sob o regime de comunhão total de bens (TARTUCE e SIMÃO, 2010).

Coaduna com este entendimento o disposto no enunciado 270 do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil.

Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Em consonância com o inciso I do artigo 1829 do Código Civil, o artigo 1832 disciplina que cabe ao cônjuge uma quota parte igual a dos seus descendentes, não podendo ser inferior a quarta parte.

Ressalta-se que, a legislação não disciplinou a questão quando for filiação híbrida, porém a doutrina majoritária entende que deve ser uma quota parte igual para todos, sem a ressalva da quarta parte para o cônjuge.

Exemplo 1: Casal casado sob o regime de comunhão parcial de bens, com 4 filhos bilaterais. O finado tinha um imóvel no valor de R\$ 100.000,00, como bem particular, e um carro no valor de R\$ 30.000,00, adquirido na constância do casamento. A partilha se dará da seguinte forma...

Corrente 1 (majoritária)

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – $\frac{1}{4}$ para o cônjuge

$\frac{3}{4}$ para os filhos

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – $\frac{1}{4}$ para filho A

$\frac{1}{4}$ para filho B

$\frac{1}{4}$ para filho C

$\frac{1}{4}$ para filho D

Resultado: Cada filho receberia R\$ 22.500,00 e o cônjuge R\$ 40.000,00.

Corrente 2

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – $\frac{1}{4}$ para o cônjuge

$\frac{3}{4}$ para os filhos

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – $\frac{1}{4}$ para o

cônjuge

$\frac{3}{4}$ para os filhos

Resultado: Cada filho receberia R\$ 21.562,00 e o cônjuge R\$ 43.750,00.

Exemplo 2: Casal casado sob o regime de comunhão parcial de bens, com 2 filhos bilaterais e 2 filhos unilaterais. O finado tinha um imóvel no valor de R\$ 100.000,00, como bem particular, e um carro no valor de R\$ 30.000,00, adquirido na constância do casamento. A partilha se dará da seguinte forma...

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – $\frac{1}{5}$ para cada

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – $\frac{1}{4}$ para filho A

$\frac{1}{4}$ para filho B

$\frac{1}{4}$ para filho C

¼ para filho D

Resultado: Cada filho receberia R\$ 23.750,00 e o cônjuge R\$ 35.000,00.

Exemplo 3: Casal casado sob o regime de comunhão universal de bens, com 4 filhos bilaterais. O finado tinha um imóvel no valor de R\$ 100.000,00, como bem particular, e um carro no valor de R\$ 30.000,00, adquirido na constância do casamento. A partilha se dará da seguinte forma...

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 + Bem comum – carro R\$ 30.000,00

= R\$ 130.000,00

R\$ 130.000,00 – meação R\$ 65.000,00

herança R\$ 65.000,00 – ¼ filho A

¼ filho B

¼ filho C

¼ filho D

Resultado: Cada filho receberia R\$ 16.250,00 e o cônjuge R\$ 65.000,00.

O inciso II do artigo 1829 diz que a sucessão legítima cabe aos ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens adotado no casamento. Em complemento a este inciso, o artigo 1.837 dispõe que, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, no entanto se houver apenas um ascendente ou este for de grau maior, corresponderá à metade.

Exemplo 4: Casal unido pelo matrimônio, sem filhos, deixando apenas os pais sobreviventes. O finado tinha um imóvel no valor de R\$ 100.000,00, como bem

particular, e um carro no valor de R\$ 30.000,00, adquirido na constância do casamento. A partilha se dará da seguinte forma...

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 + Bem comum – carro R\$ 30.000,00

= R\$ 130.000,00

R\$ 130.000,00 – meação R\$ 65.000,00

herança R\$ 65.000,00 – 1/3 para o cônjuge

1/3 para o pai do *de cujus*

1/3 para a mãe do *de cujus*

Resultado: Cônjuge receberia R\$ 86.666,67 e os pais receberiam R\$ 21.666,67 cada.

Exemplo 5: Casal unido pelo matrimônio, sem filhos, deixando apenas o pai sobrevivente. O finado tinha um imóvel no valor de R\$ 100.000,00, como bem particular, e um carro no valor de R\$ 30.000,00, adquirido na constância do casamento. A partilha se dará da seguinte forma...

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 + Bem comum – carro R\$ 30.000,00

= R\$ 130.000,00

R\$ 130.000,00 – meação R\$ 65.000,00

herança R\$ 65.000,00 – 1/2 para o cônjuge

1/2 para o pai do *de cujus*

Resultado: Cônjuge receberia R\$ 97.500,00 e o pai receberia R\$ 32.500,00.

Por fim, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge herdará a totalidade dos bens, ficando assim na 3º ordem de vocação hereditária, logo abaixo vindo os colaterais até 4º grau.

3.3 União estável

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a união estável como entidade familiar, duas leis vieram regulamentar referido artigo, são elas a Lei nº 8971/1994 e a nº 9278/1996.

A Lei nº 8971/1994 disciplinava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, nos seus artigos 2º e 3º estabeleciam a participação do companheiro na herança.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Mister salientar que, o companheiro sob a égide dessa Lei é herdeiro facultativo, podendo ser excluído da sucessão se por vontade do sucessor, igualmente ao cônjuge sob a égide do Código Civil de 1916.

Esta Lei estabeleceu requisitos mínimos para se configurar uma união estável, sejam eles companheira (o) de um homem ou mulher solteiro(a), separado (a) judicialmente, divorciado (a) ou viúvo (a), que com ele(a) viva há mais de cinco anos ou dele (a) tenha prole. Entretanto, a Lei nº 9278/1996 atenuou tais requisitos,

exigindo apenas a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Ainda, a Lei nº 9278/1996 com o objetivo de regulamentar o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, acabou com a ideia de provar o esforço comum constante na súmula nº 380 STF, passando a vigorar apenas a necessidade de estarem juntos e de o bem ser adquirido onerosamente na constância da união estável, para efeitos de meação.

Esta Lei trouxe, também, como novidade o direito real de habitação concernente ao companheiro viúvo, enquanto vivesse ou não constituísse nova união estável. Tal direito recaia no imóvel destinado a residência da família, conforme artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 9278/1996. Além do que, toda a matéria relativa a união estável passou a ser de competência da Vara da Família.

Percebe-se que o companheiro, na vigência dessas últimas leis, obteve muitos direitos reconhecidos, chegando ao ponto de equipará-lo ao cônjuge, uma vez que, ambos eram considerados entidades familiares sob a proteção do Estado.

No entanto, com a publicação do novo Código Civil a matéria de sucessão do companheiro deu uma reviravolta, como se pode perceber adiante.

O regime de bens adotado na união estável é o da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros, conforme artigo 1725 do Código Civil.

A matéria referente ao direito sucessório veio disciplinada em um único artigo o 1790, constante no Capítulo I – das disposições gerais.

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

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

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

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

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

Pode-se notar que o caput do artigo 1790 limitou a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, diferente do que disciplinava o artigo 2º da Lei nº 8971/1994.

Outra questão é que na legislação anterior, o companheiro era o terceiro da linha sucessória, só perdendo para os descendentes e ascendentes, já no Código Civil de 2002, ele passa a concorrer com os colaterais até 4º grau e até com o Estado, como explicaremos adiante.

Apesar de o Projeto de Lei, que deu origem ao novo Código Civil, ter tramitado por 27 (vinte e sete) anos, não o dispensou de críticas. No que concerne ao companheiro o tratamento foi acanhado e bisonho, conforme palavras do renomado jurista Rodrigues (2003).

Passaremos a analisar inciso a inciso do artigo 1790, deixando os questionamentos para serem levantados no capítulo 4.

Antes de tudo, faz-se necessário lembrar que, o companheiro, por ter regime de comunhão parcial de bens, terá direito a meação de todos os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, porém não fará jus aos bens particulares.

O inciso I traz que, o companheiro concorrerá, na meação que cabe ao *de cuius*, com os filhos comuns, com uma quota parte equivalente ao que cada um receber.

Antes de exemplificar, importante salientar que, apesar de o inciso trazer como hipótese apenas filhos, o enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal preleciona “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

<p>Exemplo 1: Casal unido por união estável com 3 (três) filhos comuns. Finado tinha um apartamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) adquirido</p>

antes da união estável e um carro no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) adquirido na constância do enlace, a partilha daria de tal forma

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – 1/3 para filho A

1/3 para filho B

1/3 para filho C

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – ¼ para filho A

¼ para filho B

¼ para filho C

¼ para

companheiro

Resultado: Cada filho receberia R\$ 37.083,33 e o companheiro R\$ 18.750,00.

O inciso II traz que, o companheiro concorrerá, na meação que cabe ao *de cujus*, com os filhos exclusivos do autor da herança, com uma quota parte equivalente a metade do que cada um receber.

Exemplo 2: Casal unido por união estável com 3 (três) filhos exclusivos do *de cujus*. Finado tinha um apartamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) adquirido antes da união estável e um carro no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) adquirido na constância do enlace, a partilha daria de tal forma

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – 1/3 para filho A

1/3 para filho B

1/3 para filho C

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – 2/7 para filho A

2/7 para filho B

	2/7 para filho C
companheiro	1/7 para
Resultado: Cada filho receberia R\$ 37.619,04 e o companheiro R\$ 17.142,85.	

Faz-se oportuno enfatizar que, a legislação não previu a hipótese de concorrência com filiação híbrida.

Há três correntes que, tentam solucionar a ausência da norma. A primeira defendida por Carlos Roberto Gonçalves (2014) acredita que a herança tem que ser repartida em quinhões iguais para todos, seja para os filhos ou para o companheiro. A segunda defendida por Flávio Tartuce diz que o companheiro receberá uma quota equivalente a metade da que os filhos (independente da origem) receberem. E, por fim, a terceira faz um cálculo proporcional dos quinhões, levando em consideração o disposto nos incisos I e II.

O inciso III traz que, o companheiro concorrerá, na meação que cabe ao *de cuius*, com outros parentes sucessíveis, com uma quota parte equivalente a 1/3 da herança. Entende-se por parentes sucessíveis os ascendentes e os colaterais até o 4º grau, conforme disposto nos artigos 1591 e 1592 do Código Civil.

Exemplo 3: Casal unido por união estável sem filhos, com ascendência do <i>de cuius</i> sobreviva. Finado tinha um apartamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) adquirido antes da união estável e um carro no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) adquirido na constância do enlace, a partilha daria de tal forma	
Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – ½ para o pai do <i>de cuius</i>	
	½ para mãe do <i>de cuius</i>
Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00	
	herança R\$ 15.000,00 – 1/3 pai do <i>de cuius</i>
	1/3 mãe do <i>de cuius</i>

companheiro

1/3 para

Resultado: Os pais do *de cuius* receberia R\$ 55.000,00 cada um e o companheiro R\$ 20.000,00

Exemplo 4: Casal unido por união estável sem filhos, com apenas a mãe do *de cuius* sobrevivida. Finado tinha um apartamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) adquirido antes da união estável e um carro no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) adquirido na constância do enlace, a partilha daria de tal forma

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – 100% para a ascendente

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – 2/3 mãe do *de*

cuius

1/3 para

companheiro

Resultado: A mãe do *de cuius* receberia R\$ 110.000,00 e o companheiro R\$ 20.000,00

Exemplo 5: Casal unido por união estável sem filhos, sem ascendente, com apenas um primo distante do *de cuius* sobrevivido. Finado tinha um apartamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) adquirido antes da união estável e um carro no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) adquirido na constância do enlace, a partilha daria de tal forma

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – 100% para o primo

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – 2/3 primo do *de*

cuius

companheiro

1/3 para

Resultado: O primo do *de cujus* receberia R\$ 110.000,00 e o companheiro R\$ 20.000,00

Por fim, o inciso IV traz que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito a totalidade da herança.

Exemplo 6: Casal unido por união estável sem filhos e sem parentes sucessíveis. Finado tinha um apartamento no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) adquirido antes da união estável e um carro no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) adquirido na constância do enlace, a partilha daria de tal forma

Corrente 1

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – 100% para o Município

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – 100% para

companheiro

Resultado: Município receberia R\$ 100.000,00 e o companheiro R\$ 30.000,00

Corrente 2

Bem particular – apartamento R\$ 100.000,00 – 100% para o companheiro

Bem comum – carro R\$ 30.000,00 – meação R\$ 15.000,00

herança R\$ 15.000,00 – 100% para

companheiro

Resultado: Companheiro herdaria a totalidade de todos os bens R\$ 130.000,00

É neste ponto que está a polêmica do inciso, pois para alguns juristas como Carlos Roberto Gonçalves (2014) e Silvio Rodrigues (2003) a totalidade da herança diz respeito apenas aos bens adquiridos na constância da união estável, caso haja bens particulares estes irão para o Município. Conforme Rita (2010), que melhor fundamenta essa corrente, ela diz que, se o teor do inciso fosse para ser interpretado de forma isolada do caput, tal deveria ter sido redigido por meio de parágrafo único, conforme técnica legislativa imposta pela Lei Complementar de 1995; como não o foi, o inciso tem que ser lido com base no caput.

No entanto, há a outra corrente, defendida por Tartuce (2010), que alega que, o inciso IV tem que ser lido e interpretado concomitantemente com o artigo 1844 do Código Civil que assim determina “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

Como se trata de uma antinomia real, pois são artigos dispostos no mesmo Código e na mesma época, cabe aos operadores do direito fazer uso dos princípios constitucionais e do corolário máximo do direito – a justiça para solucionar o caso.

O princípio da razoabilidade pode ser muito bem invocado quando você analisa a seguinte questão: “é razoável uma pessoa que viveu bons e maus momentos com seu parceiro, dividindo alegrias e tristezas, muitas vezes dificuldades financeiras, compartilhar a herança com o Estado? Estado este que é inerte! Que muitas vezes não cumpre seu dever basilar, previsto no artigo 5º da Constituição Federal?”

Além disso, cabe ainda o uso do corolário máximo do direito – a justiça, “é justo isso acontecer?”.

Discussões maiores e diversos pontos de vista serão debatidos no capítulo 4.

3.4 Comparativo de direitos entre casamento e união estável

Para uma análise comparativa, levaremos em consideração apenas o momento atual do direito sucessório entre os cônjuges e os companheiros, dispendo assim, em uma tabela para facilitar o entendimento e a visualização.

	Casamento	União estável
Entidade familiar	Reconhecida pela Constituição Federal e tem a proteção do Estado	Reconhecida pela Constituição Federal e tem a proteção do Estado
Disposição no Código Civil de 2002	Disposto no capítulo da ordem de vocação hereditária do título da sucessão legítima	Disposto no capítulo das disposições gerais do título da sucessão em geral
Herdeiro necessário	Sim, com o advento do Código Civil de 2002	Herdeiro facultativo
Regime de bens	Padrão – regime de comunhão parcial de bens, porém, pode optar por outros: regime de comunhão universal de bens, participação final dos aquestos, separação convencional de bens e separação obrigatória de bens	Regime de comunhão parcial de bens, no que couber, salvo contrato escrito
Meação	Dependendo do regime de bens	Apenas dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável
Ordem de vocação	3º da ordem de vocação	Último da ordem de

hereditária	hereditária. Recebe a totalidade na ausência de descendentes e ascendentes	vocação hereditária. Recebe a totalidade na ausência de parentes sucessíveis, que engloba os ascendentes e os colaterais até o 4º grau
Concorrência com os descendentes bilaterais	Quota parte igual ao que couber aos filhos, não podendo ser inferior a $\frac{1}{4}$ da herança	Quota parte igual ao que couber aos filhos, sem a ressalva da quarta parte
Concorrência com descendentes exclusivos do <i>de cuius</i>	Quota parte igual ao que couber aos filhos, sem a ressalva da quarta parte	Metade da quota parte que couber aos filhos
Concorrência com filiação híbrida	Quota parte igual ao que couber aos filhos, sem a ressalva da quarta parte	Quota parte igual ao que couber aos filhos. (doutrina majoritária) Metade da quota parte que couber aos filhos (posicionamento de Tartuce)
Concorrência com os ascendentes	1/3 da herança se sobrevivem os pais, se apenas sobreviver um ou ascendente de grau maior tem direito a metade. Independente do regime de bens, considerando a totalidade dos bens	1/3 da herança apenas sob os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Concorrência com os colaterais	Não há	1/3 da herança apenas sob os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.
Concorrência com o Município	Não há	Não havendo parentes sucessíveis cabe ao companheiro a totalidade da herança, constante apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Caso haja bem particular, será destinado ao Município. Obs.: Há jurisprudência concedendo a totalidade dos bens ao companheiro, independente da origem, conforme verá no capítulo 4.
Direito real de habitação	Previsto no artigo 1831	Omisso ¹

¹ Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça – Art. 1831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.

4. DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL – O RETROCESSO

4.1 Projetos de lei para alteração do dispositivo

O Código Civil de 2002 foi publicado no dia 10 de janeiro de 2002, com uma *vacatio legis* de 1 (um) ano.

Logo após sua publicação, começaram a surgir críticas quanto aos seus dispositivos. Para este estudo, limitar-se-á apenas às referentes ao direito sucessório do cônjuge e companheiro.

Em 12/06/2002 foi apresentado o projeto de lei nº 6960/2002 de autoria do Deputado Ricardo Fiuza do PPB/PE, com a seguinte proposta

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte: I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641); II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes; III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.(NR)

No entanto, em 31/01/2007 tal projeto foi arquivado (sob o argumento de arquivamento referente ao artigo 105 do regimento interno – fim da legislatura e não aprovação), antes desse arquivamento definitivo, tiveram outros e nesse interim o Deputado Antonio Carlos Biscaia do PT/RJ apresentou o projeto de lei nº 4944/2005, com a seguinte proposta

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente; IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II darse-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante

a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados.” (NR)

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente. Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes. (NR)

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça. (NR)

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (NR)

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.(NR)

Insta salientar, que esse projeto de lei também foi arquivado na mesma data do anterior, em 31/01/2007.

Mais um projeto de lei foi proposto e teve seu arquivamento deferido em 31/01/2007, pelos mesmos fundamentos anteriores, sendo ele o de nº 5538/2005 – peticionado em 29/06/2005 por Zé Geraldo do PT/PA, com o seguinte teor

Art. 2º O art. 1.831 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.831. Ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (NR)

Apesar de todas essas tentativas, dois projetos de lei, com conteúdo similar, ainda estão em trâmite, sendo eles o projeto de lei nº 508/2007 e 4908/2012.

O Projeto de lei nº 508/2007 proposto em 20/03/2007 pelo Deputado Sergio Barradas Carneiro do PT/BA, encontra-se pronto para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Tal projeto tem as seguintes proposições

Art. 2º Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003 da Lei 10.406- Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

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

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

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

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

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente. Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes. (NR)

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça. (NR)

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (NR)

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.(NR)

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes. (NR)

Art. 3º. Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Com uma pequena alteração no projeto citado alhures, o projeto de lei nº 2528/2007 do Deputado Cleber Verde do PRB/MA foi apensado à esse, com o seguinte teor

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, e ao companheiro, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

E por fim, o projeto de lei nº 4908/2012, proposto em 19/12/2012 pelo Deputado Takayama do PSC/PR, está aguardando parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família, referido projeto é o mais recente e propõe as seguintes alterações

Art. 1º. Os artigos 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro; III - ao cônjuge ou companheiro; IV - aos colaterais.

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, enquanto viver e não constituir nova união, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, e que pertença exclusivamente ao falecido, ou a este e ao cônjuge sobrevivente.

(...)

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge ou ao companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou ao companheiro.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro.

Como pode perceber, tais modificações persistem nas mesmas situações, seja a ordem de vocação hereditária, o rol dos herdeiros necessários, o direito real de habitação e a concorrência com os descendentes e ascendentes.

Entende-se por oportuno as seguintes alterações:

- revogação do artigo 1790 do Código Civil e inclusão do companheiro no artigo 1829 do mesmo diploma;
- sucessão na totalidade dos bens, exceto aqueles bens protegidos por cláusula de incomunicabilidade, os sub-rogados e os que já incidiram a meação;
- cota equivalente aos descendentes, independente da origem;

- direito real de habitação até enquanto estiver vivo ou constituir uma nova união;
- 3º na ordem sucessória;
- herdeiro necessário.

Tais alterações não de ser aplicadas tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, uma vez que, não há família de primeira, segunda ou terceira classe, como bem se posiciona Zeno Veloso apud Tartuce.

4.2 Jurisprudência nos Tribunais dos Estados

Apesar de as jurisprudências a seguir serem favoráveis a não aplicação do artigo 1790 do Código Civil de 2002, ainda há, pelo Brasil, Tribunais que afirmem ser o dispositivo constitucional, fundamentando que, a Constituição Federal de 1988 não equiparou a união estável ao casamento, conforme ementas abaixo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO. UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790 DO CC. RECURSO IMPROVIDO. 1- A decisão agravada reconheceu a incidência, no caso, do art. 1.790 do Código Civil, recorrendo as filhas herdeiras desta decisão. 2- A validade e aplicabilidade do art. 1.790 do CC foi reconhecida pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, em Arguição de Inconstitucionalidade (n.º 0359133-51.2010.8.26.0000, rel. Des. Cauduro Padin, j. 14/9/2011; Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0434423-72.2010.8.26.0000, rel. Des. Cauduro Padin, j. 14/9/2011; Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0146021-62.2011.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 14/12/2011, v.u.; Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0238642- 78.2011.8.26.0000, rel. Des. Cauduro Padin, j. 01/2/2012, v.u.). Artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 3- Partilha que deve seguir a regra do art. 1.790 do CC. Precedentes deste E. TJSP. 4- Recurso não provido. (TJ-SP - AI: 20282967620158260000 SP 2028296-76.2015.8.26.0000, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 31/03/2015, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/04/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. PARTILHA. OBSERVÂNCIA DO ART. 1.790, III, DO CC. Irretocável a decisão agravada que, ressaltando a meação dos bens adquiridos na constância da união estável, determinou que a partilha seja realizada em consonância com o art. 1.790, III, do CC, cujo incidente de inconstitucionalidade foi julgado improcedente pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravado de Instrumento Nº

70048339006, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14/06/2012). (TJ-RS - AI: 70048339006 RS , Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 14/06/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. RELATOR. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO. CONCORRÊNCIA COM OS COLATERAIS. ART. 1790, III, DO CC. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO EQUIPARAÇÃO DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL COM O CASAMENTO. 1. Aprincipal tese ventilada no Agravo de Instrumento foi o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do art. 1790 do CC, tendo em vista que o fato de a união estável ter sido reconhecida por sentença transitada em julgado, em nada influenciaria na r. decisão objurgada, haja vista que, como se sabe, a sucessão segue a norma vigente na época de sua abertura. Assim, levando-se em consideração que o ex-companheiro da agravante faleceu em 14/03/2011, não haveria outro motivo que pudesse afastar a incidência do inciso III do art. 1790 do CC, senão a declaração de sua inconstitucionalidade. 2. A Carta Maior não igualou os institutos do casamento e da união estável, conforme se denota da própria redação do § 3º do art. 226. 3. A alegada inconstitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Estatuto Civil já foi objeto de apreciação pela Col. Corte Especial, deste Eg. Tribunal de Justiça, ficando assentando o seguinte: "CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 226, § 3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA. - Embora o legislador constituinte tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento - artigo 226, § 3º, da CF. - Não incide em inconstitucionalidade o tratamento diferenciado conferido pelo artigo 1790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do de cujus. - Arguição rejeitada. Unânime. (Acórdão n.438058, 20100020046316AIL, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, Data de Julgamento: 01/06/2010, Publicado no DJE: 18/08/2010. Pág.: 28) 4. Agravo Regimental conhecido e não provido. (TJ-DF - AGR1: 20140020192525 DF 0019386-59.2014.8.07.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 10/09/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/09/2014 . Pág.: 142)

4.2.1 Jurisprudência no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

A partir de 30 de março de 2011 foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, através do incidente de inconstitucionalidade nº 08/2010 de relatoria da Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho.

EMENTA

Constitucional e Civil - Incidente de Inconstitucionalidade - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, § 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do Código Civil de 2002, reclama a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois este, ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. (TJ-SE: AI 0008/2010 AM 2010114780, Data de Julgamento: 30/03/2011. Data de Publicação: DJ 05/04/2011)

Faz-se necessário relatar algumas das fundamentações, da Desembargadora citada alhures, julgadas pertinentes.

Ora, tanto as famílias formadas através da união estável como aquelas constituídas pelo casamento, são semelhantes nos vínculos de afeto, solidariedade, dignidade e respeito, não havendo distinções de ordem patrimonial, razão pela qual não pode haver tratamento legal diferenciado. A diferença entre elas se dá apenas pela maneira de sua constituição, posto que o modo pelo qual o casamento é constituído dá maior segurança jurídica às partes, por ser formal, o que facilita a prova da realização, do regime de bens e da data de início.

(...)

Esse entendimento é o que melhor atende ao princípio da solidariedade. No entanto, a solução que minimamente atende o (ou ao) elementar princípio ético é simplesmente abandonar este dispositivo legal e aplicar à união estável as regras que regem o direito de concorrência no casamento, apesar de sua regulamentação também deixar muito a desejar.

Conforme preleciona a Relatora acima, tal questionamento nunca foi feito em sede de controle de constitucionalidade concentrado e pela primeira vez se deu pela via difusa.

Após tal julgamento, sobrevieram outros (conforme ementas abaixo) e apesar de o controle de constitucionalidade concreto, em regra, não ter efeito vinculante, todos eles mantiveram a mesma orientação.

EMENTA

Constitucional e Civil - Ação Declaratória - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010 - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, § 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada - Aplicação dos Arts. 1.829, III e 1.838 do CC/2002 - Direito de a Companheira Herdar a Integralidade dos Bens do Falecido na Ausência de Ascendentes e Descendentes - Sentença Mantida. I - Verificando que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, ignora a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurada está a ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002 através do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010, a questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido deve ser regida pelas regras atinentes à sucessão entre os cônjuges, conforme dispõem os arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil de 2002; III - Recurso conhecido e desprovido. (TJ-SE: APL 909/2010 AM 2010202129, Data de Julgamento: 07/06/2011. Data de Publicação: DJ 10/06/2011)

EMENTA

Apelação Cível – Ação de imissão de posse – Autores que pretendiam imitir-se na posse de imóvel objeto de herança – Direito real de habitação da companheira sobrevivente – art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 – posse justa da Apelada – fato reconhecido em agravo de instrumento anteriormente julgado – recurso conhecido e improvido.

- A Lei nº 9.278/96, em seu artigo 7º, parágrafo único, objetiva assegurar àqueles que viviam em regime de união estável, o direito real de habitação e, assim, proteger a entidade familiar, quer seja constituída pelo casamento quer pela união estável, a fim de dar, então, efetividade ao disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

- No presente caso, uma vez reconhecida e declarada a união

estável, fato que garante o direito de habitação da Apelada, esta se configura legítima possuidora do imóvel da Apelada, razão pela qual não merece retoque a sentença que julgou improcedente o pedido de imissão de posse. (TJ-SE: APL AM 201300204202, Data de Julgamento: 24/02/2014. Data de Publicação: DJ 26/02/2014)

4.3 Jurisprudência nos Tribunais Superiores

Apesar do Código Civil de 2002 não ter previsto o direito real de habitação ao companheiro, conforme era disciplinado pela Lei nº 9278/1996, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é pacífica na sua concessão, por considerar que tal lei não foi revogada, sendo esta específica ao tema.

Quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1790, a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, suscitou a Arguição de Inconstitucionalidade a Corte Especial através dos Recursos Especiais nº 1291636/DF e 1318249/GO. No entanto, a Corte Especial ainda não julgou o feito.

Enquanto que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há dois recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, porém pendente de julgamento, são eles o RE 646721/RS que trata da união estável em união homoafetiva e o RE 878694/MG que trata de união estável da companheira em concorrência com os colaterais.

O RE 878694/MG teve sua repercussão geral reconhecida no dia 17/04/2015. Referido RE foi peticionado contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, reconhecia a constitucionalidade do artigo 1790, inciso III, concedendo assim mais direitos aos irmãos do falecido que a companheira.

Resta-nos agora a expectativa de uma decisão equânime pela Corte máxima do nosso país. E, não só isso, que o Senado Federal se compadeça com tamanha discrepância e faça jus a sua prerrogativa para suspender tal legislação inconstitucional, conforme artigo 52, X, CF.

4.4 Da Inconstitucionalidade

Diante de todo o exposto, percebe-se que, apesar de 12 (doze) anos de vigência do Código Civil de 2002, há ainda inúmeras críticas doutrinárias e dissensos jurisprudenciais quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil.

Coaduna-se do entendimento da inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que, a forma como foi disposta viola princípios constitucionais, tais como, o princípio da isonomia, o da dignidade da pessoa humana e o da vedação ao retrocesso social, além do que, promove o enriquecimento sem causa dos colaterais e desrespeita a constitucionalização do direito civil.

Analisar-se-á item a item do porquê da defesa pela inconstitucionalidade.

O princípio da isonomia está previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal, quando lá afirma que “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”.

Em consonância com o referido artigo, o mesmo diploma em seu artigo 226, caput e o § 3º, eleva a união estável como entidade familiar, considerando-a base da sociedade sob a proteção do Estado.

Posto isso, fica claro que em nenhum momento a Constituição Federal fez e nem poderia fazer distinção de família, já que um dos seus princípios é o da igualdade. Sendo assim, não há como estabelecer famílias de primeira, segunda e terceira classe, conforme bem preleciona Zeno Veloso apud Tartuce.

Desse modo, não poderia haver discrepância no tratamento sucessório dos companheiros e cônjuges. A concorrência com os descendentes deve se dar da mesma forma que no casamento, com uma quota parte igual ao dos descendentes, independente da origem, referente aos bens não amealhados. Além do que, deve-se estender a quota mínima, correspondente a quarta parte, aos companheiros, apenas quando envolver descendentes bilaterais. A concorrência com os ascendentes deverá seguir o mesmo parâmetro do casamento, se tiver os dois ascendentes

próximos, o companheiro ficará com um terço, caso contrário com a metade. E, em hipótese nenhuma, concorrer com os colaterais.

Qual a dificuldade de estabelecer uma situação equânime para tipos de família? Já foi o tempo que família era única e exclusivamente oriunda do casamento e qualquer outra união era vista com maus olhos pela sociedade.

Perturba-me a seguinte questão: Como pode uma relação afetiva, de solidariedade e companheirismo ser preterida aos colaterais? Que, muitas vezes nem contato tem ou teve com o *de cujus*, quiçá uma relação fraterna! Neste caso, pode-se afirmar que o legislador preferiu beneficiar os laços biológicos que os afetivos, conforme Martin et al (2014). *Data venia*, isso não faz sentido!

Além do que, o artigo 5º, caput, elenca também como princípio constitucional a liberdade, portanto, não pode o Estado impor o casamento, cabe ao indivíduo decidir o destino da sua vida conjugal, formalizando-a ou não. Não é por isso que, numa mesma situação, uma relação baseada no afeto e solidariedade, concederão direitos discrepantes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição da República. Segundo Santos (2013, p.5), este princípio se refere a “inserção das pessoas dentro de um Estado Democrático de Direito para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”. Com isso, a legislação infraconstitucional tem que estar pautada nos princípios constitucionais implícitos e explícitos e não se esquivar, como fez o Código Civil no artigo 1790.

Conforme explicitado no capítulo 3, o direito sucessório do companheiro passou por uma evolução e conseguiu ser equiparado com o do cônjuge após o advento da Constituição Federal de 1988 e de suas leis regulamentadoras nº 8971/1994 e a nº 9278/1996.

No entanto, o Código Civil de 2002 conseguiu quebrar toda a história de luta dos companheiros quando disciplinou seus direitos sucessórios no artigo 1790, totalmente deslocado do capítulo da ordem de vocação hereditária.

Se fosse problema apenas de localização no Código, facilmente seria resolvido, pois não acarretaria tantas injustiças, mas não! O dispositivo evidentemente afronta o princípio da vedação ao retrocesso social.

A lei nº 8971/1994 tinha conferido ao companheiro o 3º lugar da vocação hereditária, recebendo a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, não limitava essa herança aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, mas a todos. Retrogradamente, o Código Civil no artigo 1790 rebaixou o companheiro ao 4º lugar da vocação hereditária, recebendo a totalidade dos bens na ausência de descendentes, ascendentes e colaterais até 4º grau. Ressalta-se que, se adotada a técnica legislativa a rigor, a totalidade da herança recairá apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na constância; no entanto, a doutrina majoritária entende que, há uma exceção, desvinculando o inciso IV do caput.

A lei nº 9278/1996 concedeu o direito real de habitação para os companheiros, direito este omitido no Código Civil, trazendo a baila apenas o direito do cônjuge, no artigo 1831. Porém, é pacífica a jurisprudência do STJ, no sentido de conceder o direito real de habitação ao companheiro, considerando que a lei nº 9278/1996 não foi revogada, já que se trata de lei especial e não foi disciplinada na lei geral – Código Civil.

Diante desse breve histórico, detalhado no capítulo 3, percebe-se claramente o retrocesso social existente e que é vedado constitucionalmente.

Segundo Hijaz e Miranda (2013), o princípio da vedação ao retrocesso social é implícito e pode ser auferido em diversos dispositivos constitucionais, como o preâmbulo e os artigos 1º e 3º. Afirma ainda que, uma vez concedido um direito no ordenamento jurídico, tal só poderá ser extirpado por um outro tão ou mais eficaz que aquele.

Tal princípio já foi reconhecido em alguns julgados pelo STF, como por exemplo no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337 AgR/SP/2011, conforme abaixo

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as

conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

Ademais, como fundamento para a decretação da inconstitucionalidade, neste caso específico, do inciso III do artigo 1790, está a vedação do enriquecimento sem causa. Garantir aos colaterais até 4º grau prioridade na sucessão é garantir o enriquecimento sem causa, pois esses em nada contribuíram para a formação do patrimônio, muito menos souberam das dificuldades encontradas pelo casal para adquiri-los e mantê-los.

Por fim, quanto aos argumentos pertinentes a decretação de inconstitucionalidade, cabe mencionar a constitucionalização do direito civil. Segundo Costa (2006), o fenômeno da constitucionalização do direito civil diz respeito a uma (re)leitura do ordenamento civil e leis extravagantes à luz da Constituição Federal. *Data venia* isso não foi feito, uma vez que o legislador disciplinou o direito sucessório do companheiro em afronta ao princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social.

Antes do desfecho do presente capítulo, faz-se necessário relatar um trecho do voto dos Ministros Luiz Fux e Celso de Melo na ADI 4277 e ADPF 132, referente a união homoafetiva. Ressalto que, o conteúdo das ações não é objeto de estudo deste trabalho, mas vale a pena dar atenção ao conceito de família por eles elaborado.

Ministro Luiz Fux:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida

em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, v.g., o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais.

Ministro Celso de Melo

(...) torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Em suma, apesar de o artigo 1790 do Código Civil ser uma norma e ainda não ter sido acoimada pela inconstitucionalidade, os operadores do direito tem o dever de priorizar a justiça, objetivo fundamental previsto no artigo 3º, I da Carta Magna. Com bastante propriedade em uma passagem de sua obra, TARTUCE e SIMÃO (2010, p.255) afirmam que “a lei é fonte de direito, mas não o próprio direito. Se a lei não se enquadra no sistema, cabe à doutrina e à jurisprudência ajustá-la ou extirpá-la do sistema jurídico”.

Coaduna-se com o pensamento dos juristas que defendem a inconstitucionalidade de todo o artigo 1790, e que tal disposição dever-se-á ser tratada no artigo 1829 junto ao cônjuge, bem como no artigo 1831 quando se trata do direito real de habitação.

Não se entende que, casamento e união estável sejam institutos iguais, são diferentes quanto a sua formalidade e segurança jurídica; mas, em uma coisa são iguais, são entidades familiares sob a proteção do Estado e, assim sendo, hão de ter um tratamento igualitário no direito sucessório.

5. CONCLUSÃO

Diante de toda a explanação sobre o direito sucessório do companheiro, mostra-se o quanto é necessário discutir, ainda, este tema, pois apesar de toda uma evolução histórica favorável, hoje estão a mercê de injustiças pela má redação da legislação.

Mostra-se que, a união estável sempre existiu, no entanto era rechaçada, conhecida na época como concubinato, no termo mais pejorativo possível. Com o passar dos tempos, diferenciou esse termo em concubinato puro e o impuro, o puro ganhou o nome de união estável, união sem impedimento; enquanto que, o impuro era uma relação em que havia impedimento entre um dos indivíduos ou os dois, a (o) dita (o) “amante”.

Embora a Constituição Federal reconheça a união estável, ela não concede direitos aos concubinos impuros, salvo se houver uma união putativa, ou seja, um dos companheiros não sabe da outra relação, estando assim de boa fé, igualmente o que acontece no casamento.

Apesar de 12 (doze) anos de vigência do Código Civil há muita discussão doutrinária e dissensos jurisprudenciais quanto ao tema, o que muito se indigna é que a Constituição Federal reconheceu a união estável como entidade familiar, não fazendo hierarquia entre os tipos de família e mesmo assim o Código Civil deu tratamento discrepante.

Esquece o legislador que a partir da Constituição de 1988 houve a constitucionalização do direito civil e, sendo assim, todos os dispositivos tem que (re) lidos em acordo com os princípios constitucionais e isso não foi observado.

O tratamento sucessório do companheiro se deu no capítulo das disposições gerais, porém deveria estar disposto no capítulo da ordem de vocação hereditária, como fez com o casamento.

Em respeito ao princípio da vedação do retrocesso social, não deveria ter condicionado a sucessão apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, uma vez que, se não tivesse constituído bens comuns, o companheiro ficaria à míngua numa concorrência com os ascendentes e colaterais

até o 4º grau ou na ausência de sucessores, isso é desumano! Como pode o Estado ou os colaterais terem mais direitos que uma pessoa que passou toda a dificuldade junto ao companheiro? Como pode priorizar laços biológicos, embora distantes, a laços de afeto, solidariedade e companheirismo?

Em atenção ao mesmo princípio não deveria o legislador ter sido omissivo quanto ao direito real de habitação do companheiro, no entanto, a jurisprudência é pacífica no sentido de conceder.

Conforme preleciona Zeno Veloso apud Tartuce, a Constituição Federal não estabeleceu família de primeira, segunda e terceira classe e, sendo assim, tratar de forma desigual violaria o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que, não se entende que casamento e união estável sejam institutos iguais, são diferentes quanto a sua formalidade e segurança jurídica; mas, em uma coisa são iguais, são entidades familiares sob a proteção do Estado e, assim sendo, não de ter um tratamento igualitário no direito sucessório.

Por fim, diante de tantas críticas, coaduna-se com a tese da inconstitucionalidade do artigo 1790, por diversas razões, sendo ela violação ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso social, do enriquecimento sem causa e da violação a constitucionalização do direito civil. Sendo assim, entende-se que, toda a sua disposição deveria ser tratada juntamente com a do casamento, no artigo 1829 e 1831 do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo; BELTRAMI, Gisele Caversan. Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro Heterossexual: Apontamentos das Controvérsias do Sistema. **Intertem@s**. São Paulo, ano XI, v.20, n.20, p. 01/45, jul/dez, 2010. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2723/2502>. Acesso em 14/10/2015.

APOLINÁRIO, Bruno César Bandeira. A União estável e os efeitos previdenciários. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/703299. Acesso em 21/10/2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Publicado em 14/10/2011 no Diário de Justiça. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Melo. Publicado em 15/09/2011 no Diário de Justiça. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 23/10/2015.

CARDOZO, Mila Pugliesi; CARDOSO, Udine Antônio Brandão. Artigo - Análise acerca da inconstitucionalidade da sucessão do companheiro em face de sua concorrência com colaterais .Disponível em <http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20An%C3%A1lise%20acerca%20da%20inconstitucionalidade%20da%20sucess%C3%A3o%20do%20companheiro%20....pdf>. Acesso em 21/10/2015.

COSTA, Alisson da Silva. A Constitucionalização do direito civil: Um enfoque principiológico e comparativo em âmbito constitucional com o ordenamento civil em suas esferas principais Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Discentes/PDF/Alisson.pdf. Acesso em 15/10/2015.

DIAS, Caroline Said; MORENO, Fernanda Barbosa Pederneiras. Cenário Jurisprudencial Atual sobre a Inconstitucionalidade das Diferenças no Tratamento Sucessório de Cônjuges e Companheiros. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_24213422_CENARIO_JURISPRUDENCIAL_ATUAL_SOBRE_A_INCONSTITUCIONALIDADE_DAS_DIFERENCAS_NO_TRATAMENTO_SUCESSORIO_DE_CONJUGES_E_COMPANHEIROS.aspx. Acesso em 16/10/2015

DINIZ, M.H. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.05. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, M.H. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.06. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. AGR1: 20140020192525 DF 0019386-59.2014.8.07.0000. Relator: Alfeu Machado, Data de Julgamento: 10/09/2014, 3ª Turma Cível, Publicado no DJE : 15/09/2014, p.142. Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139507934/agravo-regimental-no-a-agravo-de-instrumento-agr1-20140020192525-df-0019386-5920148070000>. Acesso em 24.11.2015.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso moderno de direito civil. São Paulo: Nelpa, 2010.

GADENZ, Danielli; ISAIA, Cristiano Becker. A legislação sucessória do companheiro perante a Constituição Federal: uma filtragem hermenêutica. Espaço jurídico Journal of Law, Chapecó, v.14, n.2, p.437-464, jul./dez. 2013. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2833/2095>. Acesso em 07.05.2015

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: Sucessões. v.07. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A.

GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquemático. v.03. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIJAZ, Tailine Fátima; MIRANDA, Henrique Furlanetto V. Princípio da vedação de retrocesso social e a sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Amicus Curiae. Santa Catarina, v.10, n.10, 2013. Disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/1303>. Acesso em 23.10.2015.

MARTIN, Moisés Sena; SILVA, Cristiane Afonso Soares; Gazzinelli, Cibele M.D. Figueirêdo. Direitos sucessórios e a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil. Disponível em <http://www.fenord.edu.br/revistaacademica/revista2014/textos/art06revaca2.pdf>. Acesso em 13/10/2015.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito das sucessões. v. 06. Rio de Janeiro: forense, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

PESSOA, Adélia Moreira; PESSOA, Nélio Bicalho. Sucessão dos Companheiros. EVOCATI Revista, Aracaju, nº 74, 22 fev. 2012. Disponível em http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=510. Acesso em 07/05/2015.

PORN, Jaison Roberto. A concorrência sucessória do companheiro na união estável. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67393>. Acesso em 14/10/2015.

PURGASZ, Josiane da Silva; PASQUALI, Stéfani Paula. A sucessão do cônjuge versus a sucessão do companheiro. Disponível em <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/743>. Acesso em 14/10/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento 70048339006 RS. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 14/06/2012, Oitava Câmara Cível, Publicado no Diário da Justiça no dia 18/06/2012. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22043415/agravo-de-instrumento-ai-70048339006-rs-tjrs>. Acesso em 24/11/2015.

RITA, Sue Hellen Branco. A sucessão do companheiro e a sua inconstitucionalidade. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/suebrancorita.pdf. Acesso em 16/10/2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das sucessões. v.07. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Felipe Basto. Direito sucessório do companheiro: a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, Aracaju, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento 20282967620158260000 SP. Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 31/03/2015, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/04/2015. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178680093/agravo-de-instrumento-ai-20282967620158260000-sp-2028296-7620158260000>. Acesso em 24/11/2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível nº 0909/2010. Relator: Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Publicado em 10/06/2011 no Diário de Justiça. Disponível em <http://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/respnumprocesso.wsp>. Acesso em 22/10/2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010. Relator: Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Publicado em 05/04/2011 no Diário de Justiça. Disponível em <http://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/respnumprocesso.wsp>. Acesso em 22/10/2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Processo 201300204202. Relator: Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho. Publicado

em 26/02/2014 no Diário de Justiça. Disponível em <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>. Acesso em 22/10/2015.

SILVA, Jaqueline Paiva da; CALADO FILHO, Jorge Batista; MAIA, Jorge. União estável: direitos sucessórios dos companheiros no Código Civil. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista/BA, n. 11, página 29-50, 2011. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/1730/1593>. Acesso em 24 de março de 2015

SILVA, Larissa Pereira Macêdo. A diferença de tratamento do companheiro no direito de família frente ao direito sucessório. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2083/1/Larissa%20Pereira%20Mac%C3%AAdo%20Silva.pdf>. Acesso 15/10/2015

SOUZA, Joziany Granemann. As divergências entre a sucessão do cônjuge e do companheiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Videira, 2014. Disponível em <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2015/02/Monografia-Joziani-Granneman-de-Souza.pdf>. Acesso em 16/10/2015.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Direito das sucessões. v. 06. 3 ed. São Paulo: Método, 2010.

TATSCH, Fernanda Lemos. A evolução jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão: uma análise legislativa do Código de 1916 ao novo Código Civil. Disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/fernanda_lemos.pdf. Acesso em 22/10/2015.

TISSEI, Marlene. O direito sucessório na união estável e o novo código civil. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/373/450>. Acesso em 16/10/2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. v.07. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. Direito Civil: direito das sucessões. V.06. 14 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.