



FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA- FANAP
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

JANAÍNA CLÁUDIA BIZERRA DA SILVA LEAL

**SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO
ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**APARECIDA DE GOIÂNIA
2019**

JANAÍNA CLÁUDIA BIZERRA DA SILVA LEAL

**SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO
ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Curso II, curso de bacharel em direito da Faculdade Nossa Senhora Aparecida - FANAP).
Prof Orientador: Thales Oliveira Januário

**APARECIDA DE GOIÂNIA
2019**

RESUMO

Um dos dispositivos legais mais criticados e discutidos da atual legislação civil refere-se à sucessão do companheiro, disposta no art. 1.790 do Código Civil Brasileiro de 2002. O novo posicionamento da jurisprudência brasileira a respeito do tema, em especial com a apresentação e análise dos votos já exarados pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no RE 878.694-MG, deu nova interpretação ao artigo 1790 do CC, reafirmando o entendimento acerca da inconstitucionalidade material do artigo supracitado e aplicando o mesmo tratamento dispensado aos cônjuges. Assim, o objetivo da pesquisa é analisar a sucessão do companheiro no Código Civil de 2002 e seu artigo 1.790, bem como alguns dos principais aspectos jurídicos aplicados ao caso concreto. Para isso, foi realizada pesquisa bibliográfica, a partir da doutrina, legislação e jurisprudência acerca do tratamento dado ao tema "sucessão do companheiro supérstite".

Palavras-chave: Sucessão. Companheiro. União estável.

ABSTRACT

One of the most criticized and discussed legal provisions of the current civil legislation refers to the succession of the companion, disposed in art. 1.790 of the Brazilian Civil Code of 2002. The new positioning of Brazilian jurisprudence on the subject, in particular with the presentation and analysis of the votes already issued by the majority of Ministers of the Federal Supreme Court in RE 878.694-MG, gave a new interpretation to article 1790 of the CC, reaffirming the understanding of the material unconstitutionality of the aforementioned article and applying the same treatment to the spouses. Thus, the objective of the research is to analyze the succession of the companion in the Civil Code of 2002 and its article 1.790, as well as some of the main legal aspects applied to the concrete case. For this, a bibliographical research was carried out, starting from the doctrine, legislation and jurisprudence on the treatment given to the theme "succession of the surviving companion".

Keywords: Succession. Companion. Stable union.

*A verdadeira família é aquela unida pelo espírito,
e não pelo sangue.
(Luiz Gasparetto)*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES	3
1.1. Evolução histórica e o novo conceito de família.....	3
1.1.1 Princípios Constitucionais do Direito de Família	5
1.1.2 A democratização da família - Inexistência de hierarquia entre as entidades familiares	9
1.2 Diferenças entre casamento, união estável e concubinato	11
1.3 A proteção constitucional da união estável	12
2. A UNIÃO ESTÁVEL.....	12
2.1. Evolução histórica: do concubinato à união estável.....	13
2.1.1 A União Estável Como Entidade Familiar	16
2.2 Conceito e características da união estável.....	17
2.2.1 Elementos configuradores	19
2.2.2 Efeitos pessoais e patrimoniais da união estável	21
3. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	23
3.1. Considerações gerais sobre o Direito das Sucessões	23
3.2 A sucessão dos companheiros nas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96	26
3.3 O direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002	29
4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL	32
4.1. As controvérsias e problemáticas do artigo 1.790 do Código Civil.....	33
4.1.1. Jurisprudências	40
4.1.2. Projetos de leis que visam mudar a sucessão na união estável	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

Um dos dispositivos legais mais criticados e discutidos da atual legislação civil refere-se à sucessão do companheiro, que merece todo destaque possível diante da imperiosa necessidade do devido aprofundamento no tema em razão da injusta distinção dada pela lei civil entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro.

Objetiva-se demonstrar, a partir do presente estudo, que a discriminação entre cônjuge e companheiro oriunda do Código Civil de 2002, significa, efetivamente, um retrocesso dos direitos alcançados pelos companheiros com as leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 e que o tratamento desigual reveste-se de inconstitucionalidade, inclusive quando se confronta tal tratamento com os princípios constitucionais que regem e orientam o sistema legal brasileiro atual.

Por isso é que o tema aqui abordado justifica-se principalmente pelo novo posicionamento da jurisprudência brasileira a respeito do tema, em especial com a apresentação e análise dos votos já exarados pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no RE 878.694-MG, que em recentes interpretações judiciais do artigo 1790 do Código Civil de 2002 reafirmam o entendimento acerca da inconstitucionalidade material do artigo supracitado e aplicando o mesmo tratamento dispensado aos cônjuges.

Assim, o assunto aqui tratado é bastante atual e relevante para toda a sociedade, tendo em vista que pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Censo de 2010, já aponta que mais de um terço de uniões no país é consensual sem casamento, o que tem representado um aumento neste tipo de relacionamento de 28,6%, no ano de 2000, para 36,4% do total, no último levantamento realizado.

Nesse contexto, deve o direito acompanhar a evolução da sociedade e, informado por esses novos valores, passar a tutelar tais relações. Tal evolução social ganha especial relevância no direito de família, o qual se encarrega de tutelar as relações que estão sempre em constante evolução, como não é diferente com a sucessão do companheiro.

A presente monografia foi feita a partir de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial acerca do tratamento dado ao tema “sucessão do companheiro supérstite”, apontando as leis que regem esse instituto e o momento histórico de sua

elaboração, bem como as leis que já dispuseram sobre esse instituto e a transição para o Código Civil de 2002.

O objetivo geral do trabalho foi analisar a sucessão do companheiro no Código Civil de 2002 e seu artigo 1.790, bem como alguns dos principais aspectos jurídicos aplicados ao caso concreto.

Serão examinadas as questões polêmicas que surgiram com o retrocesso das disposições do Código Civil de 2002 referentes à situação atual da sucessão na união estável.

Foram pesquisadas jurisprudências para verificar como os tribunais tem enfrentado a questão da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 e como é tratada a sucessão dos companheiros supérstites nos tribunais inclusive superiores, trazendo para o trabalho questões como o julgamento do RE 878.694-MG, com a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1.790 perante o Supremo Tribunal Federal.

A pergunta a qual se tentou responder na pesquisa foi a questão de ser ou não o artigo 1.790 inconstitucional ao retroceder diante de direitos já conquistados pelos companheiros através das leis nº 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996 e da própria Constituição Federal de 1988, quando impõe tratamento diferenciado na sucessão do companheiro em relação ao cônjuge.

Buscou-se responder, ainda, quanto à revogação ou não dos direitos dispostos nestas leis a partir do Código Civil atual ou se princípios constitucionais foram infringidos por esses dispositivos. A hipótese estudada é de que o direito sucessório do companheiro na legislação atual sofreu um retrocesso e foi de encontro a princípios protegidos pela Constituição Federal de 1988.

O trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro deles buscou explicar o conceito moderno de família e sua evolução no tempo, além das relações familiares, em especial da união estável, e seu tratamento constitucional.

O segundo capítulo, por sua vez, aborda o instituto da União estável, suas características, requisitos, direitos e as legislações aplicadas a esse instituto. Bem como o progresso histórico que culminou com a proteção da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo tratou especificamente do direito sucessório dos companheiros, sendo realizado um estudo aprofundado sobre a sucessão do companheiro supérstite ao se ter a união estável dissolvida pela morte de um dos

companheiros nas leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e posteriormente no Código Civil de 2002. Foi discutido ainda sobre o direito real de habitação na união estável e a questão de ser ou não ser o companheiro herdeiro necessário.

No quarto e último capítulo são abordados os questionamentos relacionados com a sucessão do companheiro, enfatizando-se as controvérsias e problemáticas do artigo 1790 do Código Civil de 2002 no tratamento diferenciado dado a sucessão do companheiro em relação ao cônjuge e o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade e propriedade do artigo 1.790, bem como sobre os projetos de leis que visam mudar os dispositivos a respeito da sucessão do companheiro e enunciados de direito civil norteadores do tema.

A relevância do estudo revela-se em identificar o posicionamento que seja mais benéfico a fim de garantir o direito à sucessão para os companheiros que convivem em uma união estável.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Neste primeiro capítulo do presente trabalho, apresenta-se, de modo geral, como as relações familiares passaram a ser tuteladas constitucionalmente, inclusive abordando o novo conceito de família, amparado nos princípios constitucionais do Direito de Família e na democratização do conceito familiar e, por fim, aponta-se a existência de proteção constitucional ao instituto da união estável.

1.1. Evolução histórica e o novo conceito de família

Para se adentrar de forma mais responsável no tema a que alude este trabalho, faz-se necessário entender o avanço do conceito de família, que se modificou ao longo do tempo e que, pelo que apresenta, continuará a se modificar, acompanhando a evolução da própria sociedade.

A família não permaneceu estagnada enquanto fenômeno social, mas transformou-se substancialmente, sendo moldada por novas concepções sociais (passando a ser entendida como um fenômeno cultural) e inspirada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade dos filhos, da solidariedade familiar e, principalmente, da afetividade. (PEREIRA, 2015).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014), ensinam em sua obra que “o direito de família ampliou o seu âmbito de incidência normativa, para regular não apenas o casamento, mas também todo e qualquer arranjo familiar, tipificado ou não, em seus aspectos pessoais e patrimoniais”.

A Constituição Federal de 1988 é um marco no reconhecimento de novos arranjos familiares, além da já consagrada família patriarcal, aquela formada a partir do casamento entre apenas um homem e uma mulher.

Neste sentido é que a Constituição Cidadã rompeu com o estigma do único modelo familiar até então reconhecido e aceito socialmente, passando a permitir o reconhecimento de outros arranjos familiares distintos, sobretudo considerando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia, liberdade e afetividade, que serão explorados oportunamente neste trabalho.

Assim é que a Constituição passou a permitir a coexistência da família monoparental (composta de um genitor apenas e a prole); e do casamento e a união estável entre homem e mulher. Senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, CF, 1988).

Cabe mencionar que, além das entidades familiares já abarcadas a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, podem ser citados, ainda, outros tipos de arranjos familiares, como é o caso da família anaparental, reconstituída, paralela, eudemonista e, ainda, a família homoafetiva.

Diante de tamanha variedade na configuração dos arranjos familiares, pode-se afirmar que não é mais possível sustentar um conceito de família que se baseie apenas na quantidade e gênero dos indivíduos que a compõem, pelo contrário, a

família deve existir em função de seus membros, não sendo vista como um fim em si mesma.

Por isso é que Farias e Rosenvald (2014), de forma sábia, apontam a união estável como um novo modelo familiar, assim como qualquer outro, que deve priorizar uma maior proteção da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade.

1.1.1 Princípios Constitucionais do Direito de Família

A palavra princípio significa começo, ponto de partida. No direito, seu significado é de causa, fundamento, ou seja, a razão que justifica a existência e a forma de cada coisa ser.

A base principiológica é um grande sustento para o ordenamento jurídico, pois os princípios são os alicerces que traçam regras ou preceitos para toda a espécie de operação jurídica.

Como lembra Paulo Lôbo (2015), houve um período em que os princípios desempenhavam um papel secundário no sistema normativo, servindo como fonte integradora supletiva. Em verdade, até os dias atuais, é assim que eles são referenciados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Essa compreensão de princípios, porém, é anacrônica, visto que hoje eles ocupam posição de centralidade no ordenamento.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 22) diz que:

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do direito e em razão disto, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, é necessário pensá-lo atualmente com a ajuda e pelo ângulo dos direitos humanos, cuja base e ingredientes estão diretamente relacionados à noção de cidadania.

Assim, a fim de melhor subsidiar o presente estudo, aborda-se, na sequência, os princípios constitucionais que regem o Direito de Família e servem de orientação para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais vigentes.

1.1.1.1 Princípio da Dignidade Humana

Sendo esse princípio um dos fundamentos da República, a Constituição Federal tratou de dar maior prestígio à proteção da pessoa humana, garantindo o exercício e o reconhecimento de sua condição, sem nenhuma discriminação na sociedade em que vive. Ressalta Ingo Sarlet (2015, p. 61), ao expressar a noção de pessoa, como sujeito de direito e obrigações:

[...] com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. Aproxima-se desta noção – embora com ela evidentemente não se confunda – o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p.315) “respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes”.

Atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana é núcleo existencial do direito, impondo um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade a todos os seres humanos.

Desta feita, entende-se claramente que a dignidade da pessoa humana deve reger todas as relações jurídicas, inclusive aquelas decorrentes do direito de família, uma vez que ela é a base da República Federativa do Brasil.

1.1.1.2 Princípio da Afetividade

O afeto sempre esteve envolvido com as relações familiares, ainda que de forma presumida. Na verdade, o afeto é um sentimento natural do ser humano para seus pares. No entanto, apesar de sua importância para o Direito de Família, somente mais recentemente é que o afeto passou a receber a devida relevância jurídica.

O princípio da afetividade resulta da convivência familiar, de condutas objetivas e exteriorizadas que demonstram a afeição que une os membros da família para a sua formação e manutenção, e que podem resultar na criação de vínculos jurídicos mais fortes, como a paternidade socioafetiva, por exemplo.

O princípio da afetividade fundamenta as relações interpessoais e o direito de família nas relações socioafetivas de caráter patrimonial ou biológico e na

comunhão de vida. A família contemporânea não se justifica sem que o afeto exista, pois este é elemento formador e estruturador da entidade familiar, fazendo com que a família seja uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo tudo o que for vinculado neste ter a proteção do Estado (LÔBO, 2012, p. 70-71).

1.1.1.3 Princípio da Liberdade

Acerca do princípio da liberdade, o artigo 1.513 do Código Civil estabelece que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Tal disposição legal consagra o princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família.

Maria Berenice Dias (2015, p. 46) destaca que:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja o sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família.

Cabe, por fim, destacar que o Código Civil refere-se ao princípio da liberdade nas relações familiares ao garantir o direito de escolha da constituição da unidade familiar (casamento, união estável, monoparental, homoafetiva, poliafetiva entre outras), sendo vetada a intervenção de pessoa pública ou privada (CC, art. 1.513); ainda, quando observa a livre decisão acerca do planejamento familiar (CC, art. 1.565, § 2º), cabendo a intervenção estatal afim de propiciar recursos educacionais e informações científicas; na opção pelo regime matrimonial (CC, art. 1.639) e sua alteração no curso do casamento (CC, art. 1.639, § 2º); na opção de escolha entre divórcio judicial ou extrajudicial, presentes os pressupostos de lei (MADALENO, 2013, p. 93).

Assim, o princípio da liberdade deve ser considerado sempre que se depara com qualquer situação e caso concreto, tendo em vista ser este princípio um dos grandes orientadores do sistema legal pátrio.

1.1.1.4 Princípio do Pluralismo Familiar

Além da família matrimonial, a Constituição considera também as constituídas pela união estável entre o homem e a mulher e as monoparentais,

aquelas formadas por apenas um dos pais e seus descendentes. Esses modelos expressos são meramente exemplificativos, pois há muitos outros modelos, dentre os quais citam-se as famílias anaparentais, multiparentais, reconstituídas e paralelas, por exemplo.

Sendo assim, o princípio do pluralismo das entidades familiares se refere ao reconhecimento que o Estado dá a diversas possibilidades de arranjos familiares. De maneira que, excluir do âmbito de proteção jurisdicional unidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que resultam no comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial significa, simplesmente, permitir o enriquecimento injustificado e ser conivente com a injustiça (DIAS, 2015, p. 49).

1.1.1.5 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros

A Constituição de 1988 acaba com o poder patriarcal na família, onde o homem tinha o poder de chefia da sociedade conjugal, adotando a igualdade entre o homem e a mulher dentro da relação.

A igualdade deste princípio abrange todos os outros modelos de família, onde o tratamento igualitário aplica-se as pessoas visando à isonomia constitucional em defesa da dignidade da pessoa humana.

1.1.1.6 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros

A Constituição de 1988 acaba com o poder patriarcal na família, onde o homem tinha o poder de chefia da sociedade conjugal, adotando a igualdade entre o homem e a mulher dentro da relação.

A constituição traz expresso em seu artigo 226, parágrafo 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Assim, o referido preceito legal é no sentido de que não se aceita mais, nos dias atuais, que se considere a soberania de um dos cônjuges ou companheiros acima do outro, mas que ambos detêm o poder familiar e, juntos, devem administrar a vida em comum e da família.

1.1.1.7 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar

A paternidade responsável se fundamenta primordialmente na Constituição Federal. Encontra seu primeiro e mais amplo alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana e, com maior especificidade nas disposições contidas nos artigos 226, 227 e 229 da Carta Magna.

Como bem salienta Maria Berenice Dias (2015), há que se dar verdadeira efetividade ao princípio da paternidade responsável, o qual a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral à crianças e adolescentes, ao delegar não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã.

1.1.1.8 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade foi insculpida no texto constitucional pátrio pela primeira vez em 1988 (SILVA NETO, 2013). Construir uma sociedade livre, justa e solidária é objetivo fundamental da República brasileira, conforme consta do art. 3º, inciso I da Constituição Federal.

Conforme ensina Rolf Madaleno (2013):

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

Assim, as relações conjugais ou entre companheiros, seja qual for o caso, se baseiam, também, na solidariedade, princípio importante a ser observado pelo aplicador do direito, e que caracteriza as relações familiares, tornando-as mais apaziguadas, colaborativas e compreensivas.

1.1.2 A democratização da família - Inexistência de hierarquia entre as entidades familiares

A Constituição Federal de 1988, ao garantir especial proteção à família, de forma exemplificativa, legitimou diversos formatos de família, passando a proteger, não apenas a família instituída pelo matrimônio, mas também a união estável e a

família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, mas não hierarquizou as entidades.

Apesar do constituinte equiparar e de legitimar a união estável como uma forma de família, não a identificou ao instituto do casamento como destaca Flávio Tartuce (2014, p. 289):

Diante do que consta do texto constitucional, filia-se ao entendimento segundo o qual a união estável não é igual ao casamento, uma vez que institutos iguais não se convertem um no outro. Justamente por isso é que há um tratamento diferenciado, como ocorre quanto ao regime de bens e ao direito sucessório.

O autor observa que não existe identidade entre os institutos, não somente por serem distintos, com suas próprias peculiaridades, mas sobretudo pelo fato do legislador, no §3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ter feito referência que a lei ordinária facilitaria a conversão da união estável em casamento. Não se pode converter aquilo que já é igual.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 420), entretanto, fazem uma ressalva com relação a essa possibilidade de conversão da união estável em casamento:

Mas dessa previsão de conversibilidade, não se conclua, equivocadamente, haver hierarquia entre os institutos. Aliás, nem espaço haveria para supremacia de direitos do cônjuge em face do companheiro: uma vez reconhecida a união estável, afrontaria o próprio sistema constitucional conceber-se um tratamento privilegiado ao cônjuge em detrimento do dispensado ao companheiro. Raciocinemos juntos, estimado leitor. Se o afeto é a base do conceito de família, afigurar-se-ia contraditório (e inconstitucional) defendermos um tratamento que resultasse em vantagem ou privilégio do cônjuge, simplesmente porque está amparado pelo matrimônio.

Em consonância com exposto acima e para reforçar essa ideia conclui Maria Berenice Dias (2015, p. 163) que:

O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção.

A doutrinadora deixa claro que a normatização nos termos do artigo 226, caput, da Lei Maior de 1988, consagrou um sistema aberto, inclusivo e não discriminatório e que, portanto, as uniões estáveis, assim como o casamento e

família monoparental constituem entidades familiares, base da sociedade não havendo hierarquia entre os institutos.

Acontece que, em inúmeros pontos da legislação infraconstitucional, percebe-se uma amplitude dos direitos da pessoa casada, sem o correspondente reflexo na esfera jurídica daqueles que mantêm uma união estável, como ocorre no direito sucessório, tema este que será objeto de estudo mais aprofundado nos capítulos seguintes deste trabalho.

A união estável difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a estes inerentes. As principais diferenças práticas entre casamento e união estável são que na união o estado civil da pessoa permanece o mesmo, seja solteiro, viúvo ou divorciado.

1.2 Diferenças entre casamento, união estável e concubinato

Torna-se importante, para o melhor andamento do estudo aqui feito, diferenciar de forma mais clara e objetiva os institutos do casamento, união estável e concubinato.

O casamento é instituto formal e solene entre um homem e uma mulher, desde a sua essência, revestindo-se de exigências legais que visam torná-lo sólido. Por outro lado, a união estável configura-se como família natural com regulação legal, sem forma solene, mas que também objetiva estabilidade e segurança (LISBOA, 2010).

A união estável sempre foi tida como opção para aqueles que desejavam se unir, de forma lícita ou ilícita, sem se submeterem aos regramentos do matrimônio. A sua essência está na liberdade de escolha da sua formação e da sua continuidade.

O art. 1.727 do Código Civil dispõe que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Desta feita, a expressão Concubinato, atualmente, é utilizada apenas para designação de relacionamentos amorosos, envolvendo pessoas casadas, também conhecidas como relacionamento adúlterino, previsto no art. 1.521, inciso VI, do Código Civil.

É importante ressaltar a distinção da união estável de concubinato, considerando que as consequências jurídicas são diferentes para cada um dos institutos. No concubinato, podem ocorrer efeitos patrimoniais de uma sociedade de

fato sem que existam outros direitos dedicados, exclusivamente, à união estável, como se matrimônio fosse.

1.3 A proteção constitucional da união estável

Como visto anteriormente, a união estável passou a ser protegida constitucionalmente com a inclusão, no parágrafo terceiro do artigo 226 do Diploma Constitucional, nos seguintes termos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, CF, 1988).

A proteção constitucional dada ao instituto da união estável é clara no dispositivo legal acima transcrito, porém este tem gerado discussões em razão da última parte do artigo, acerca da facilitação da sua conversão em casamento.

Nota-se, a partir da redação final do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que restou fundamentada uma discussão que não se encerra sobre a igualdade entre união estável e casamento ser absoluta.

Silvio Rodrigues (2004) afirma que somente o fato da Constituição reconhecer o instituto da união estável não significou uma equiparação pura e simples. No mesmo sentido explana Maria Helena Diniz (2014, p. 378), para quem “a união estável foi reconhecida para fins de proteção especial do Estado, como entidade familiar, pelo art. 226, § 3º da CF/88 (primeira parte), sem equipará-la ao casamento”.

Tais posicionamentos se diferem do aqui defendido, o que se melhor exposto em oportunidade futuro, ainda neste estudo, sabendo-se que caberá, inevitavelmente, a apresentação do instituto da união estável com mais detalhes e apontando as diferenças entre este e o casamento.

2. A UNIÃO ESTÁVEL

Neste segundo capítulo da Monografia, será apresentado o instituto da união estável de maneira objetiva, explicitando as suas espécies, características,

elementos configuradores, requisitos e direitos, que tem como fim a análise das regras sobre a sucessão entre companheiros em uma união estável no direito brasileiro atual, além do direito de meação dos companheiros e as diferenças entre concubinato e união estável.

2.1. Evolução histórica: do concubinato à união estável

As uniões livres, consideradas aqueles vínculos afetivos sem o casamento sempre existiram desde os primórdios da humanidade e são decorrentes da natureza humana de não se viver sozinho, já que todo ser humano, desde o nascimento até o momento em que morre, precisa da companhia de outros seres humanos.

Todo ser humano tem necessidades afetivas, psicológicas e espirituais, que só podem ser atendidas com a ajuda e a participação de outros. Esta agregação de seres em um núcleo de afeto, com a finalidade de produção, reprodução e assistência recíproca, é muito mais antiga do que a instituição do casamento.

Mesmo nas sociedades mais primitivas, a partir do momento em que se ritualiza a união sexual, estabelecendo-se um procedimento para seu reconhecimento, a consequência natural é dar um tratamento diferenciado para os que não se enquadram nessa situação. Assim, as uniões existentes fora desse padrão acabavam automaticamente sendo vistas com preconceito e de maneira inferior ao casamento.

A união de pessoas de sexo distinto, atualmente denominada de união estável, é um instituto conhecido desde o Direito Romano, e, já naquele período era considerado como uma união inferior ao casamento, já que os patrícios e os plebeus eram proibidos de se casar, restando para eles, a única alternativa de se unirem por meio da união de fato. Para os romanos, o que distiguia o casamento da simples posse era a *affectio maritalis* como destaca Lôbo (2012, p.172) a união sem interesses matrimoniais no direito romano era comum e considerada como um casamento de menor categoria, sendo denominado, em muitas vezes, como concubinato.

A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante um longo período da história, de concubinato, expressão de caráter bastante depreciativo, vez que traduz uma relação de menos-valia, menor,

uma depreciação moral, devassidão, principalmente para as mulheres. Corroborando com essa tese Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 609) transcreve a seguinte lição:

A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, a margem da lei e da moral, tem campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas eram concubinos os que mantinham vida marital sem serem casados, senão também os que haviam contraído matrimônio não reconhecido legalmente.

Muitos doutrinadores divergem quanto a utilização do vocabulário, tratam a união estável como concubinato puro e do concubinato, propriamente dito, como concubinato impuro ou adúltero, entretanto o legislador tratou de diferenciar as duas relações. Conforme afirma o doutrinador Flávio Tartuce (2016, p. 332), “quando a lei fez referência ao concubinato, por óbvio que se trata do concubinato impuro. Por isso, melhor a utilização do vocábulo concubinato sem qualquer adjetivação, como tem afirmado o próprio jurista.”

Esta visão, entretanto, foi mudando aos poucos no Brasil. A evolução histórica da união estável aqui não foi diferente, foi lenta, por etapas e passou por uma verdadeira saga como ressaltam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 421)

[...] agrupando em momentos visivelmente distintos, que partem da ampla rejeição, com absoluta ausência de tutela jurídica, atravessando o silencioso constrangimento da simples tolerância, passando pela aceitação natural como fato social, até o reconhecimento e valorização constitucional como forma idônea de família.

O doutrinador comenta, nesse ínterim, o caminho percorrido pela união estável desde a repulsa social existente até o século XX à esta forma de união que não era sequer considerada família e a sua formação era tida como ilícita até o reconhecimento constitucional desta como entidade familiar.

O Diploma Civilista de 1916, conforme Maria Berenice Dias (2015), com o intuito de resguardar a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, foi omissivo ao deixar de regular as relações extramatrimoniais, que já eram presentes na sociedade. E foi além. Restou por puni-las, como destaca Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 610):

O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo doações ou benefícios

testamentários do homem casado a concubina, ou a inclusão dessa como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Maria Berenice Dias (2015, p. 184) explica que apesar da legislação ser contrária aos relacionamentos distintos do casamento, não foi suficiente para impedir o surgimento de relações afetivas mesmo sem amparo legal, como deixa claro ao dizer que “não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade.”

Por este motivo e para acabar com as perversas injustiças advindas principalmente do rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, coube então a jurisprudência manifestar-se aos poucos para modificar esse quadro reconhecendo a existência de uma sociedade de fato e garantindo o direito a meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, reconhecendo assim os efeitos materiais na ruptura dessa relação.

Do caput do art. 1.790 do CC/2002, tem-se que o direito à sucessão é restrito somente aos bens constituídos durante a união estável, sem abarcar aqueles trazidos por apenas um dos conviventes, ou por doação ou herança. Ademais, por aquisição onerosa se entende apenas os bens acrescidos com dispêndio, excluídos aqueles sub-rogados ao patrimônio particular. “Não é pela forma de aquisição, mas pelo acréscimo patrimonial efetivo ou real que se identifica a parcela da herança na qual participará o companheiro sobrevivente” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 217). Consequentemente, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, de acordo com as condições impostas nos três incisos do referido dispositivo.

O avanço jurisprudencial da questão tornou-se de suma importância para a evolução dos efeitos advindos dessas relações extramatrimoniais e trouxe consigo a primeira lei, o Decreto-lei 7.036 de 1944, que reconheceu a companheira como beneficiária da indenização no caso de acidente de trabalho de que foi vítima o companheiro, lei que ainda é aplicada na prática.

O efetivo reconhecimento das uniões livres como um fato jurídico, ensejador da produção de efeitos tutelados pelo ordenamento, foi, sem sombra de dúvida, uma construção jurisprudencial. Ainda que não fosse compreendida naquele momento, como um instituto de direito de família, os reflexos patrimoniais foram aproximados aos gerados pela relação derivada de uma união conjugal.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 467) inicialmente admitiu-se em ocasiões que se equivaliam ao que hoje se entende por união estável, que:

[...] a sua dissolução, sem qualquer pagamento, ensejaria um enriquecimento indevido do homem, em face da mulher, tendo em vista que esta cuidou de seu lar, como se esposa, sem ter qualquer tutela específica.

É claro que ainda não era uma fórmula perfeita até mesmo porque ninguém decide conviver com alguém, por *affectio societatis* e sim por afeto, carinho, amor pelo outro, ou seja, se fazia necessário uma melhor regulamentação que levasse tais aspectos em consideração.

Em 1977, por sua vez, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, que foi seguida pela sanção da Lei nº 6.515, que resultou no fim da indissolubilidade do casamento e, conforme os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2015, p. 84) “eliminando a ideia da família como instituição sacralizada”. Tais alterações legislativas desencadearam uma série de mudanças consideráveis no conceito e nos paradigmas erguidos em relação à entidade familiar, preparando a sociedade, que a tanto já ensejava, para a realização de uma mudança constitucional.

O grande passo, no entanto, foi dado pela Constituição Federal de 1988 como evidenciam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 418), sendo que foi a Constituição Federal de extrema importância no combate ao conservadorismo até então dominante e que rejeitava a união livre como uma modalidade familiar.

Dada a sua relevância, porém, analisar-se-á a união estável como entidade familiar em tópico específico, a seguir.

2.1.1 A União Estável Como Entidade Familiar

A Constituição Federal de 1988 resultou de diversas e profundas alterações sociais, em especial nos temas relacionados com o Direito de Família. A Carta Maior é instrumento mais que importante, pois consagrou a proteção da família que se perfazem em diversos arranjos distintos, em detrimento de um posicionamento até então conservador que via a família apenas a partir do matrimônio.

A Carta Magna de 1988, portanto, legitimou diversos formatos diferentes de família, que já eram presentes na sociedade, mas que não tiram o reconhecimento e

nem tampouco proteção dada pela lei, e passou a tutelar, não apenas a família nascida do casamento, como também a união estável e a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, a Constituição foi um marco importante também por consagrar a igualdade entre homem e mulher, bem como a dos filhos, havidos ou não no casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e deveres, trazendo, portanto, a igualdade como um princípio a ser respeitado dentro da família.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2015, p. 182) ensina que “a Constituição de 1988 deu uma nova dimensão a concepção de família ao introduzir um termo generalizante: entidade familiar”. E ainda acrescenta:

Alargou-se o conceito de família, passando a merecer a especial proteção do Estado relacionamentos outros além dos constituído pelo casamento. Foi emprestada juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome união estável.

Ocorreu, assim, o direito de família passou a ser constitucionalizado, vez que agora a Constituição estabeleceu diversos princípios norteadores para as relações familiares, sobrepondo-se às disposições antiquadas do Código Civil de 1916, não mais condizente com a realidade vivenciada pela sociedade.

A Constituição Federal de 1988 não apenas revolucionou o conceito de família, mas também estendeu os seus direitos àqueles injustamente excluídos pelo Código Civil de 1916, tendo como base, não mais a forma como a família foi instituída, mas os sentimentos que a formaram e os diversos princípios norteadores da família moderna, já citados neste trabalho.

2.2 Conceito e características da união estável

Uma das características marcantes da união estável, senão a que mais a distingue de outras formas de família, é a falta de formalidade em sua constituição. Enquanto o casamento conta com etapas e procedimentos próprios, como é a habilitação e o prazo de proclamas, além de outras formalidades, a união estável, diferentemente, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum.

Segundo Lôbo (2012), a união estável, por sua vez, não se coaduna com a mera eventualidade na relação e nem pode ser confundida atualmente com o concubinato, visto que esse último refere-se ao relacionamento que ocorre em paralelo com o casamento, portanto impedido pela lei.

Após o tratamento dispensado pela Constituição Federal em 1988, vieram as leis ordinárias, quais sejam, Lei nº 8971/94 (Lei do Concubinato), Lei nº 9.278/96 (Lei dos Conviventes), seguidas pelo atual tratamento do Código Civil de 2002. Nesse contexto, feitas tais considerações e salientadas importantes diferenças importante ressaltar que a lei nº 9.278/96 conceituou a união estável, dispondo em seu artigo 1º que “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

O Código Civil de 2002, ao abordar a união estável, não trouxe consigo um conceito próprio acerca desse instituto, mas preocupou-se em fixar alguns requisitos, a partir do art. 1.723, que reconhece como união estável aquela que denota a convivência pública, duradoura e contínua entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituir núcleo familiar.

Conforme se verifica, o legislador, para reconhecer a união estável socorreu-se da ideia de família como parâmetro para conceder-lhes efeitos jurídicos, de forma a verificar a existência de uma quase simetria entre o casamento e a união estável. A divergência decorre apenas da constituição: enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável não tem termo inicial estabelecido, nascendo da consolidação do vínculo de convivência e do embaralhar do patrimônio.

De modo mais simples, e mais abrangente, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 424) conceituam a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.

Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública, contínua e duradoura, além do objetivo de os companheiros de estabelecerem uma verdadeira família. Esses requisitos serão analisados de forma detalhada, no sub tópico a seguir.

2.2.1 Elementos configuradores

Para a caracterização da união estável é necessário o preenchimento de alguns requisitos essenciais, sem os quais não se evidencia e nem se caracteriza essa união. Esses elementos são tanto de ordem objetiva, quanto de ordem subjetiva.

Os elementos caracterizadores essenciais nesse contexto, são que a união seja pública, no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina, contínua, sem que haja interrupções, duradoura, além do objetivo de os companheiros de estabelecerem uma verdadeira família.

O primeiro requisito essencial é o da publicidade da relação entre os Companheiros. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, exige que a união seja pública. Ou seja, a relação deve ser notória, no sentido de não sigilosa, ela não pode ser oculta, escondida da comunidade.

Mais uma exigência do art. 1.723 do Código Civil de 2002, é a convivência contínua e duradoura com animus de permanência, pois a relação não pode ser esporádica, eventual, fugaz; se assim o for, não passará de um mero namoro, não haverá por parte dos 'conviventes' a intenção de caracterizar uma União Estável, ou seja, Família. Assim, não resta dúvida de que a união não pode ser momentânea, provisória, casual. Deve ser duradoura, refletindo a sua seriedade, finalidade, bem como, demonstrar estabilidade.

A lei e a jurisprudência não exigem prazo mínimo para a constituição de união estável diferentemente do que faziam até o Código Civil de 2002 onde a o casal precisa de 5 anos de vida em comum para terem o reconhecimento. Atualmente cabe ao aplicador do direito analisar as circunstâncias do caso concreto para determinar sua existência ou não.

O quarto elemento essencial para o reconhecimento da união estável é o objetivo de constituição de família. A convivência *more uxorio*, seria a vida em comum entre o homem e a mulher, embora não sejam casados. Já a *affectio maritalis*, é a intenção, o ânimo dos Companheiros de se unirem, de desejarem formar uma Família. Importante salientar que não é a convivência dos Companheiros sob o mesmo teto que evidencia a União Estável, mas sim a vontade de constituir Família.

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2014, p. 342) a qual leciona que, se “no próprio casamento pode haver uma separação material dos consortes por motivo de doença, de viagem ou de profissão, a união estável pode existir mesmo que os companheiros não residam sob o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente”.

A jurisprudência em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo em consonância com o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Excluindo assim qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 que impedia o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar afastando a dualidade dos sexos como um dos pressupostos essenciais para caracterização de união estável.

Além dos requisitos essenciais acima apontados, há os acidentais como denominam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014), considerados aqueles que não são requisitos, mas facilitam a demonstraram da realidade fática da união estável, como é o caso do tempo de convivência, a existência de filhos e a exigência de coabitação.

Também como condição essencial é a inexistência de impedimentos matrimoniais. A consequência desta exigência é que a Lei protege os bons costumes, o relacionamento monogâmico e também dá a possibilidade da conversão da União Estável em Casamento.

Muito embora não venha expresso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos requisitos da União Estável a inexistência de impedimentos matrimoniais, pois somente dessa maneira pode ser cumprida a norma constitucional que ordena à Lei ordinária a facilitação da conversão da União Estável em Casamento. É inegável que somente pessoas sem impedimentos matrimoniais podem casar-se.

Ainda, a legislação material Civil, em seu art. 1.723, § 1º, menciona que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

Dispõe, também, o art. 1.727 do mesmo estatuto legal, que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” O objetivo da legislação sempre foi o de zelar pelos bons costumes e a ordem pública; isso não poderia ser diferente com o instituto da União Estável, sob pena de se perder o que levou anos para ser conquistado.

Julgado que bem reflete a necessidade de caracterização da união estável por meio do preenchimento dos requisitos é de lavra da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, senão vejamos:

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE ESTADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DISPÕE QUE "É RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER, CONFIGURADA NA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA E ESTABELECIDADA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA." 2. NÃO SE DESINCUMBINDO A PARTE AUTORA DE COMPROVAR A CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA, ESTABELECIDADA COM OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA, NÃO HÁ COMO SER RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. 3. A AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL É UMA AÇÃO DE ESTADO, OU SEJA, VISA ALTERAR A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS CONVIVENTES, GERANDO IMPLICAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE, NO REGIME PATRIMONIAL DO CASAL (ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL). NECESSITA, ASSIM, DE PROVA CABAL QUE CONVENÇA O JULGADOR, DE FORMA INDENE DE DÚVIDAS, ACERCA DA SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA ALEGADA. 4. CONHECIDO O RECURSO E NEGADO PROVIMENTO, MANTENDO A SENTENÇA RECORRIDA.

(TJ-DF - APC: 20110610070860 DF 0006983-45.2011.8.07.0006, Relator: Gislene Pinheiro, Data de Julgamento: 19/03/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação no DJE: 24/03/2014, pág.: 330)

Cabe ponderar que o ordenamento jurídico não prejudica os atos praticados de boa-fé, e assim o fez em relação à União Estável putativa, cuidando dos direitos do Companheiro inocente na relação e punindo o que agiu de má-fé.

Assim, com o preenchimento dos requisitos essenciais acima traçadas bem como a não existência de impedimentos estará comprovada a União Estável logicamente que a presença dos elementos acidentais quando existentes ou concorrentes, poderão reforçar esse reconhecimento e, com isso, garantido estarão os direitos resguardados pelo instituto.

2.2.2 Efeitos pessoais e patrimoniais da união estável

Com relação aos efeitos pessoais produzidos pela união estável, diz o artigo 1724, Código Civil de 2002, que obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência moral e material recíproco, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Enquanto que no casamento, os deveres são de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal e mútua assistência, conforme dispõe o artigo 1566, Código Civil de 2002. Em comum entre o casamento e a união estável somente há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos.

Os ditos efeitos pessoais são os atinentes à formação e à estrutura da união estável e outros sem cunho imediatamente econômico. O Código Civil de 2002 em seu art. 1.724, por óbvio, manteve os direitos e deveres dos companheiros “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

O primeiro dos efeitos pessoais é o dever de lealdade, que é a confiança depositada no outro companheiro, consistindo na confiança depositada na lisura e correção do comportamento do outro. Decorre do caráter monogâmico, a determinação de que ambos os Companheiros se abstenham de manter relações sexuais com terceiros, que é uma das formas mais graves de deslealdade.

Sobre este efeito explica Washington de Barros Monteiro (2012) que o dever de lealdade inclui o dever de fidelidade, ambos advindos do instituto do casamento, e que devem ser mantidos também nas uniões estáveis, não sendo possível que duas relações em que figurem como companheiro as mesmas pessoas possam ser reconhecidas como união estável. O que se procura é que, assim como o casamento, só seja possível haver uma união estável em que determinado indivíduo seja parte.

Em relação ao respeito, exige-se que ambos os companheiros adotem posturas compatíveis com o estado daquela união, quer entre si, quer em relação aos seus filhos. É uma forma de reforçar a natureza nobre e o caráter espiritual da união, que ambos os companheiros devem nutrir um pelo outro, sem os quais a união não subsistirá às dificuldades da vida comum.

Como em toda e qualquer relação há a necessidade da solidariedade, o auxílio mútuo, dentre outros, para uma convivência saudável.

No tocante à assistência mútua, esta se desmembra em assistência moral e assistência material recíproca. Obriga os companheiros a prestar cuidado em todos os níveis, incluindo a prestação de auxílio material (dever de sustento) ou moral

(dever de companheirismo). Envolve a solicitude, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em quaisquer circunstâncias, especialmente nas situações difíceis.

Já os efeitos patrimoniais da união estável consistem nas consequências que este instituto traz economicamente aos companheiros, os direitos que eles adquirem por serem contraentes deste relacionamento. E estes efeitos decorrem do fato de a união estável ser constitucionalmente prevista como uma das entidades familiares e deve, portanto, a lei garantir o direito dos companheiros ao patrimônio constituído.

Do ponto de vista legal, três são as consequências patrimoniais da união estável: o direito aos alimentos, a sucessão hereditária e a meação dos bens comuns adquiridos no decorrer desta entidade familiar.

A meação e os alimentos são direitos que se apresentam da mesma forma tanto para os cônjuges quanto para os companheiros, já a sucessão hereditária apresenta-se de forma distinta, beneficiando mais o cônjuge sobrevivente.

Por esse tratamento diferenciado dado a sucessão do companheiro é que tratar-se-á a seguir, no presente trabalho, sobre a sucessão na união estável.

3. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Neste terceiro capítulo serão apresentadas breves noções acerca do direito sucessório, a fim de facilitar uma melhor compreensão sobre o tema. Posteriormente será destacado a sucessão dos companheiros nas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e no Código Civil de 2002 para assim definir as semelhanças e diferenças na sucessão legítima do cônjuge e do companheiro.

3.1. Considerações gerais sobre o Direito das Sucessões

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2015, p. 15), “juridicamente o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa”.

Todavia, no Direito das Sucessões, emprega-se o termo num sentido mais estrito, indicando a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. Trata-se da sucessão causa mortis. Neste tipo de sucessão, temos como pressuposto a morte do autor da herança (de cujus).

Segundo Clóvis Beviláqua (*apud* DINIZ, 2015), direito das sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir.

Sobre esse mesmo assunto explica Silvio Rodrigues (2007, p. 03) em seu livro, que:

A ideia de sucessões sugere, genericamente, a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitua o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título oneroso, inter vivos ou causas mortis. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se, apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se, portanto, do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos.

Dessa forma, o direito das sucessões se apresenta como um conjunto de princípios que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores (RODRIGUES, 2007).

Cahali (2014, p. 38) afirma que:

A transmissão da herança se faz ipso jure, para preservar a necessária continuidade na titularidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido, que não podem ficar acéfalas. Com a definitiva partilha ou adjudicação da herança aos herdeiros, quando se desfaz a comunhão forçada, consolidando em seu patrimônio o quinhão herdado, a titularidade do acervo se opera retroativamente, desde a data do falecimento.

O Direito das Sucessões tem amparo constitucional, com previsão no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no artigo 5º, inciso XXX, onde está garantido o direito de herança. Dispõe, ainda, no inciso XXXI, que a sucessão de bens de estrangeiros situados no país, será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, salvo se a lei do domicílio do autor da herança mostrar-se mais favorável a eles.

A sucessão que vem disciplinada no Livro V do Código Civil de 2002, nos artigos 1.784 a 2.027 pressupõe, intrínseca e invariavelmente, a morte da pessoa natural. Quer se trate de morte real ou de morte presumida, por consequência normal e como decorrência do princípio da saisine, o patrimônio deixado pelo morto seguirá o destino que se estampa nas regras sucessórias do direito civil positivado.

Maria Helena Diniz (2015) classifica a sucessão no direito civil pátrio de duas maneiras: quanto à fonte e quanto aos seus efeitos. Quanto à fonte de que deriva, a sucessão pode ser testamentária, oriunda de testamento válido ou de disposição de

última vontade do de cujus, ou ab intestato (legítima), quando resulta de lei em casos como o de nulidade, anulabilidade, ausência ou caducidade do testamento.

Já quanto aos seus efeitos, a sucessão pode ser a título universal, quando ocorre a transferência total da herança ou de parte indeterminada dela, tanto no ativo quanto no passivo, para o herdeiro do falecido que passa a representá-lo e pode ser a título singular quando o de cujus transfere ao legatário apenas objetos certos e determinados, não respondendo, portanto, pelas dívidas, haja vista que possui apenas titularidade jurídica de determinada relação, como por exemplo, quando recebe uma joia, um carro, uma casa determinada, sem representá-lo.

A abertura da sucessão se dar com a morte do de cujus, haja vista que inexistente herança de pessoa viva. Segundo Maria Helena Diniz (2015, p. 25), “a morte é o fato jurídico que transforma em direito aquilo que era, para o herdeiro, mera expectativa; deveras, não há direito adquirido a herança senão após o óbito do de cujus”.

Cabe mencionar, ainda, acerca da ordem de vocação hereditária que, segundo Silvio Rodrigues (2007), é uma relação preferencial estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado.

É no artigo 1.829 do Código Civil que está disposta a regra atual acerca da ordem da vocação hereditária, ou seja, a ordem de preferência entre os sucessores, vejamos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

A ordem de vocação hereditária é a “pedra angular” da sucessão legítima, traduzindo “o modo pelo qual o legislador regulou a distribuição em classes preferenciais das pessoas que serão chamadas para suceder” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 148).

Nota-se que o cônjuge tem local de destaque entre os herdeiros, vez que aparece desde o inciso I até o III, o que demonstra que, sempre que houver o cônjuge, este não poderá ser prejudicado em benefício a outros herdeiros. Poderá, todavia, participar com estes, a depender do regime de bens adotado no casamento.

Apresentada algumas noções gerais importantes sobre o direito das sucessões abordar-se-ia a partir de agora de forma mais específica a evolução dos direitos sucessórios dos companheiros nas leis 8.971/94 e 9.278/96.

3.2 A sucessão dos companheiros nas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96

Conforme explicitado, em momento anterior a Constituição Federal de 1988 deu-se novo significado à relação de união estável, reconhecendo-a como modalidade familiar, o que influenciou na elaboração da legislação infraconstitucional posterior.

A primeira lei que regulou a união estável dando aos companheiros uma proteção legal, nos planos do Direito de Família e Sucessório, até então inexistentes foi a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Nela foram assegurados o direito de alimentos e a sucessão ao companheiro. Dois anos depois sancionou-se a Lei nº 9.278, de 1996, que regulamentou integralmente o disposto no artigo 226 § 3º da Constituição Federal de 1988, assegurando aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar.

Sobre a primeira lei que estabeleceu os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão elucidam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 236) as principais garantias trazidas pela norma:

A Lei 8.971/94, garantiu ao convivente a meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído para a aquisição, de forma direta ou indireta, ainda que em nome exclusivo do falecido (art. 3º), bem como estabeleceu o direito ao usufruto de parte dos bens do falecido, além de incluir o companheiro sobrevivente na terceira ordem da vocação hereditária (art. 2º).

Mais especificamente, acerca da inovação da inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária comenta Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 188)

A Lei 8.971/94 ampliou no artigo 2º, III, o rol de herdeiros estabelecido no artigo 1603 do Código Civil de 1916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente (inciso III), e não aos colaterais, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia à referida lei a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou qualquer tempo, se houvesse prole.

Entretanto para Maria Berenice Dias (2013, p. 163) essa lei trouxe consigo ainda um caráter preconceituoso ao limitar o rol de quem poderia estar em uma

união estável. Ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando fora, injustificadamente, os separados de fato. Além disso, impôs para que se pudesse ser considerada a união estável, um prazo de cinco anos de convivência e ainda assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus*.

A referida lei foi importantíssima no reconhecimento do direito sucessório aos companheiros, porém apesar dos avanços supramencionados foi objeto de críticas, por isso, dois anos depois foi promulgada uma nova lei com o intuito de melhor regular a união estável, a Lei nº 9.278/1996.

Com efeito, a principal garantia da nova lei da união estável foi acabar com o tempo de cinco anos do qual era necessário para se ter configurada a união estável. Além disso, incluiu ao rol de quem poderia ser parte em uma união estável as pessoas casadas, mas separadas de fato, e ainda estabeleceu o direito real de habitação e que os litígios provenientes da união estável a partir dessa lei se tornaram de competência das varas de família.

Gerou ainda a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são frutos do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder à partilha igualitária dos bens.

A Lei nº 9.278/96 ao conceituar a união estável indicou novos requisitos como a durabilidade, publicidade do relacionamento e objetivo de constituir família.

A publicação da Lei nº 9.278/96 e a manutenção de dispositivos da Lei nº 8.971/94 não conflitantes com a nova lei conferiram mais direitos a companheira tais como o direito real de habitação e o usufruto viual e ainda extinguiu alguns requisitos para caracterização da união estável como comenta Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 188 e 189):

Com advento da Lei 9278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato, pois seu art. 1º reconhecia “com entidade familiar a convivência duradoura pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio. Vivendo uma pessoa com cônjuge e companheiro, separavam-se as meações de conformidade com as aquisições havidas durante cada união.

Andou bem o legislador ao dispensar o período mínimo de cinco anos ou existência de filhos para a caracterização da união estável, cabendo ao juiz, no caso

concreto, com base nos demais requisitos apresentados, reconhecer a existência da entidade familiar. Nesse sentido, aduz Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 210): “Pode ser que uma relação entre homem e mulher, com 30 anos de duração, seja apenas um namoro. Pode ser que uma relação de apenas um ou dois anos constitua família. Ou seja, não é tempo com determinação de x ou y meses, ou anos, que deverá caracterizar ou descaracterizar uma relação como união estável”.

Segundo Maria Berenice Dias (2013, p.74), pela primeira vez foi imposta uma presunção absoluta de que todos os bens adquiridos de forma onerosa por um dos companheiros na constância da união estável seriam frutos de um esforço comum.

Corroborando com esta tese Farias e Rosenvald (2014, p. 432) afirmam que após as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 a presunção de colaboração mútua na aquisição de patrimônio por um dos companheiros em uma união estável reconheceram o direito à meação entre os companheiros.

Ainda a respeito dessa evolução histórica e consolidação dos direitos dos companheiros, o STF se pronunciou e editou duas súmulas resguardando direitos de concubinos. As súmulas 380 e 382 abaixo transcritas assim dispõem:

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

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

Essas súmulas trouxeram uma maior proteção para aqueles que haviam constituído uma relação extramatrimonial a aqueles que não optaram pela entidade sagrada do matrimônio, no caso dos concubinos. A partir dessas súmulas a legislação foi caminhando no sentido de conferir mais direitos também aos companheiros.

Estabeleceu-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto viual, em condições muito semelhantes às do cônjuge. Assim, o que se esperaria do novo Código Civil era que ele viesse finalmente igualar o tratamento entre cônjuges e companheiros, evitando qualquer alegação de tratamento discriminatório.

O Código Civil de 2002 apesar de avançar nos direitos dos companheiros quanto à dissolução por vida da união estável que de forma inequívoca consolidou a presunção absoluta e o direito à meação, retrocedeu efetivamente nos direitos

alcançados pelos companheiros com as Leis n.º 8.971/94 e a n.º 9.278/96 com relação à dissolução por morte da união estável.

Em seu artigo 1790 o Código Civil de 2002 regulou de forma questionável a sucessão entre os companheiros, conforme demonstrar-se-á no tópico que se segue.

3.3 O direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002

Com o advento do Código Civil de 2002, a matéria de alimentos e regime de bens foi tratada no Livro de Família, consolidando a evolução anterior, enquanto a parte relativa à sucessão do companheiro, em flagrante descompasso com o avanço anterior obtido pelo companheiro, foi prevista no Título das Disposições Gerais do Livro de Sucessões.

O Código Civil de 2002 além de deslocar o artigo 1790 que trata da sucessão do companheiro para a parte das Disposições Gerais, não o colocando quando trata das questões hereditárias, trouxe disposições munidas de um preconceito que vinha sendo superado pelas legislações anteriores, além de suprimir o direito real de habitação trazido pela Lei n. 9278/96.

Dispõe, com efeito, o artigo 1790 do Código Civil de 2002 inexplicavelmente alocado nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões:

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.”

Conforme se depreende da leitura do dispositivo em questão, fica claro que produziu a lei civil verdadeiro retrocesso aos direitos dos conviventes, direitos que já estavam consolidados na legislação infraconstitucional. Ao invés de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva, acabou colocando os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com os direitos dos cônjuges.

Neste íterim, reforça Dias (2013, p.66) os problemas da nova lei ao tratar o tema:

O Código Civil, ao tratar do direito sucessório na união estável, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao companheiro sobrevivente: a) não reconheceu com herdeiro necessário; b) não lhe assegurou quota mínima; c) o inseriu em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; d) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união; e e) não lhe conferiu direito real de habitação.

Descabido não deferir aos companheiros direitos iguais aos assegurados aos cônjuges. A promoção do cônjuge à condição de herdeiro necessário é uma novidade. Porém, indevido excluir o companheiro da sucessão necessária. De todo descabida, por consequência, a disparidade de tratamento que resultou em severas sequelas, dando margens a gritantes injustiças.

Segundo Cahali (2014, p. 117):

O primeiro passo à identificação da condição de herdeiro é a verificação de sua qualidade, que se dá pela previsão como sucessor na ordem de vocação hereditária ou regra própria (sucessão legítima), ou pela instituição da pessoa por disposição de última vontade (sucessão testamentária). Para pretender a herança, haverá necessidade de um título ou fundamento jurídico do direito hereditário, consistente na convocação do interessado pela lei ou pelo testador.

Quanto ao direito de concorrência o tratamento diferenciado também não se justifica. O art. 1.829 estabelece que o cônjuge concorre em iguais proporções com os descendentes, sejam filhos comuns ou filhos só do de cujus. Mas o inc. I do art. 1.790 aos companheiros somente concede o mesmo direito se concorrerem com os filhos comuns. Limita o inc. II do art. 1.790 a concorrência à metade do quinhão, se os herdeiros forem filhos só do autor da herança, distinção que não é feita quanto ao vínculo matrimonial. Como não integra o companheiro a ordem de vocação hereditária, concorre com os herdeiros sucessíveis, ou seja os colaterais até o quarto grau.

Nessa hipótese, percebe somente um terço da herança, ficando a maior parte (2/3) para sobrinhos netos ou primos do companheiro falecido. Tal não ocorre quando há casamento, pois o cônjuge antecede os colaterais na ordem de vocação hereditária (art. 1829, inc. III).

Na Lei n. 6.515 de 1977, chamada de a Lei do Divórcio, a posição do cônjuge tornou-se concorrente com os filhos adulterinos do autor da herança, “então

invertendo-se a ordem de preferência para essa situação específica, conjugada com a inexistência de irmãos e casamento sob o regime da separação, no pressuposto de não existir testamento”. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 187).

A disparidade prossegue no que diz respeito ao direito real de habitação deferido somente ao cônjuge (art. 1.831). Também é subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, quota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente, se concorrer com os filhos comuns (art. 1.832).

Ambas as leis regulamentadoras da união estável deferem direitos outros, não contemplados no Codex Civil. A Lei nº 8.971/94 garantiu o direito de usufruto da metade ou da quarta parte da herança, a depender da existência de filhos do de cujus. Já a Lei nº 9.278/96 assegura o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Como o Código Civil de 2002 não revogou expressamente esses diplomas legais, e não disciplinou exaustivamente a matéria, pois não previu o direito real de habitação e o direito de usufruto, mister reconhecer que não estão derogados esses direitos deferidos na legislação pretérita.

No entanto, há sério risco de a jurisprudência deixar de reconhecer a permanência de ditos direitos na união estável bem como afastar todo e qualquer tratamento desigualitário entre o casamento e a união estável.

Não restam dúvidas que o atual Código Civil representa a evolução da proteção ao cônjuge supérstite, na medida em que mantém uma ordem de vocação hereditária que garante posição de igualdade do cônjuge com os descendentes e ascendentes, podendo, em certas situações, ser privilegiada, em razão de ter sido erigido à condição de herdeiro necessário.

Logo, o cônjuge sobrevivente, concorrendo com apenas um dos ascendentes em primeiro grau ou apenas com ascendentes de maior grau, independentemente da quantidade, terá direito a metade da herança. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 202).

No entanto, sendo a sucessão legítima baseada nos vínculos familiares, é preciso que seja revisado o real conceito de família, visando o alcance e o sentido de suas normas. Tanto é assim que Código Civil de 2002 diferencia os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro.

Em razão do princípio da igualdade de tratamento dos partícipes que formam a entidade familiar, os direitos sucessórios dos companheiros poderiam ter

sido equiparados aos dos cônjuges, uma vez que a união estável é reconhecida pelo Estado como entidade familiar equiparada à família matrimonializada.

É certo afirmar que o ordenamento civil não atendeu aos princípios constitucionais ao estabelecer regras diferenciadas em relação aos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros.

Necessário se faz a conscientização de que o Código Civil de 2002 é ultrapassado e apresenta retrocesso ao tratar do direito sucessório do companheiro. Assim, nesse sentido, faz-se necessária a atualização da vigente lei, como será destacado ao final deste estudo.

Manter tais disposições como se encontram seria uma severa limitação às relações extramatrimoniais, além uma injustificável afronta aos princípios constitucionais. Devem as diferenciações ser afastadas do sistema jurídico. Mas, até que seja corrigido tal equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a inconstitucionalidade das mesmas. Esta é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem a proteção do Estado.

Uma dessas diferenciações no direito sucessório dos companheiros é sobre a omissão do Código Civil de 2002 com relação ao direito real de habitação sobre o imóvel destinado a moradia da família em relação ao companheiro, tema que discutir-se-á no próximo tópico.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Por fim, este último capítulo questionará a sucessão do companheiro, enfatizando-se as controvérsias e problemáticas do artigo 1790 do Código Civil de 2002 e a sua (in)constitucionalidade no tratamento diferenciado dado a sucessão do companheiro em relação ao cônjuge além de projetos de leis que visam mudar a sucessão na união estável. Em análises jurisprudenciais a respeito da polêmica que o tema suscita, procurar-se-á questionar a constitucionalidade da legislação ora vigente, bem como expor a necessidade de uma reforma legislativa que igualmente contemple cônjuge e companheiro quanto aos direitos sucessórios.

4.1. As controvérsias e problemáticas do artigo 1.790 do Código Civil

Em sede de direitos sucessórios na união estável, o Código Civil de 2002 acabou violando o cânone maior da Constituição Federal de 1988 que impôs o reinado da igualdade e guindou a união estável à mesma situação que o casamento. O tratamento desigual dado ao cônjuge e ao parceiro não se justifica, em vista do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

O texto constitucional confere tanto ao casamento quanto à união estável proteção do Estado, sendo ambos fontes geradoras de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória (DIAS, 2013).

Se não existe qualquer hierarquia entre as entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, tem-se que o art. 1790 do CC é inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, disposto no art. 5º caput da Constituição Federal (LÔBO, 2012).

Assim como a posição do cônjuge sobrevivente melhorou, naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do Código Civil de 2002, ampliando-se os direitos que lhe assistem, era de se esperar que o companheiro supérstite tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela condição anteriormente descrita, e tivesse garantido a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude. Todavia, não foi isto o que aconteceu.

Inicialmente, a norma está mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do Direito das Sucessões. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situado no capítulo referente à ordem de vocação hereditária. Isso se deu pelo fato do tratamento relativo à união estável ter sido incluído no código vigente nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como um herdeiro especial.

O artigo 1790 Código Civil de 2002 que trata da sucessão do companheiro é um dos mais criticados e comentados da atual codificação privada, merecendo destaque especial, para os devidos aprofundamentos:

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.

Conforme se depreende da leitura do artigo supracitado o mesmo estabeleceu as seguintes regras, caso o companheiro sobrevivente concorra com filhos comuns, terá direito à cota equivalente ao que os filhos legalmente tiverem direito.

Caso concorra com descendentes exclusivos do “de cujus”, caberá ao companheiro sobrevivente metade do que for devido a cada um deles. De acordo com o inciso III, se concorrer com outros parentes sucessíveis, estes receberão 2/3. Ao companheiro sobrevivente será destinada uma reserva de 1/3, para que não se coloque em posição superior à do cônjuge.

Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes deste, percebendo, quanto aos bens comuns, apenas a meação do condomínio até então existente (e não mais do que isso), o companheiro que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns (e aqui em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite), como herda quota parte destes mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo, no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando, solução esta que, para adaptar uma expressão de Veloso (2010, p. 225) a uma outra realidade, “não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema”.

Surge, como primeira polêmica, problema referente aos bens adquiridos pelo companheiro a título gratuito (via de regra, a doação). Se o companheiro falecido tiver apenas bens recebidos a esse título, não deixando descendentes, ascendentes ou colaterais, os bens devem ser destinados ao companheiro ou ao Estado?

O entendimento é que os bens devem ser destinados ao companheiro, pela clareza do artigo 1.844 do Código Civil de 2002, pelo qual os bens somente serão destinados ao Estado se o falecido não deixar cônjuge, companheiro ou outro herdeiro.

Nesta baila, nota-se que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 reconhece direitos sucessórios ao convivente em concorrência com os descendentes do autor da herança. Nos termos do seu inc. I, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Por

outra via, se concorrer com descendentes só do autor da herança (descendentes exclusivos), tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

O equívoco é claro na redação dos incisos, uma vez que o primeiro faz menção aos filhos; enquanto que o segundo aos descendentes. Na esteira da melhor doutrina, é forçoso concluir que o inciso I também incide às hipóteses em que estão presentes outros descendentes do falecido.

Nesse sentido, o Enunciado 266 Conselho da Justiça Federal /STJ, da III Jornada de Direito Civil:

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.

Outro aspecto em que o Código Civil de 2002 é omissivo no seu artigo 1790, é sobre a concorrência do companheiro com filiação híbrida, ou seja, concorrência do companheiro com descendentes comuns e descendentes somente do autor da herança. Sobre tal problemática, existem três correntes fundamentais bem definidas.

A primeira corrente em casos de sucessão híbrida, argumenta que deve-se aplicar o inciso I do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, já que filhos comuns estão presentes.

Esse é o entendimento majoritário como explicam, Cassettari et al. (2008, p 137), que defendem a aplicação do inc. I a fim de proporcionar igualdade entre os filhos, nos seguintes termos:

Em nosso entender a exegese do art. 1790, concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I, visto que a situação não se enquadra na hipótese do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes únicos do companheiro falecido. Assim, temos simpatia por esta posição, como outros autores (...), em que pese não se afastar com isso a crítica a técnica da norma, mas com isso intenta-se uma solução ao problema enfrentado. Proporciona-se com essa aplicabilidade a igualdade entre filhos e equilíbrio em relação ao companheiro sobrevivente, de forma a evitar-se um prejuízo ou uma sanção, se reduzido seu quinhão, pelo fato de não ser o genitor dos outros filhos (exclusivos) do falecido proveniente de outro relacionamento.

Já pela segunda corrente entende-se que presente a sucessão híbrida, subsume-se o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos (só do autor da herança).

Defendendo essa opinião de que se aplicaria o disposto no inciso II do art. 1790, posição minoritária o professor Veloso (2005, p.245), explicando que “penso

que, ocorrendo o caso acima apontado, o inciso II deve ser aplicado, cabendo ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada descendente do autor da herança”.

A terceira corrente na sucessão híbrida, defende que deve-se aplicar fórmula matemática de ponderação para solucionar o problema. Sobre esta última solução, a qual propõe uma composição entre as duas hipóteses legais. Trata-se da aplicação de uma equação chamada Fórmula Tusa, conforme conceitua Dias (2013, p.176) que:

É a média ponderada que aumenta a participação do convivente quanto maior for o número de filhos comuns. No caminho inverso, diminui a participação do convivente na medida em que é maior o número de filhos exclusivos do de cujus.

Apesar das divergências doutrinárias, a corrente majoritária defende a aplicação do inciso I do art. 1790 Código Civil de 2002, que prevê direito do companheiro a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho.

Outra crítica que pode ser apontada com relação ao artigo 1790 Código Civil de 2002 foi o fato deste recriar o privilégio dos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o companheiro supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária.

Assim, morto alguém que vivia em união estável, primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o companheiro supérstite. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o companheiro sobrevivente. Na falta também destes e inexistindo, como é óbvio, cônjuge que amealhe todo o acervo, serão chamados os colaterais até o quarto grau ainda em concorrência com o companheiro, uma vez que, afinal, são também os colaterais parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o companheiro remanescente para, aí sim, adquirir a totalidade do acervo. É flagrante a discrepância.

Esta diferença pode ser constatada com mais força no Inciso III do artigo 1790 do Código Civil de 2002. Esse inciso inclui ao mencionar “outros parentes sucessíveis” os ascendentes sem considerar o grau e os colaterais até o quarto grau.

Pelas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão relator do AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 – PB, o companheiro sobrevivente concorreria nesse caso

com os irmãos, entre outros colaterais como primos e os chamados "tio-avô" e "sobrinho-neto" do companheiro falecido.

Diferentemente do tratamento dado ao cônjuge o companheiro sobrevivente concorrerá com parentes do falecido que muitas das vezes não possuíam sequer grau de afinidade com o de cujus.

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

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

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

O legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, afrontou a norma constitucional. O tratamento diferenciado inegavelmente desobedeceu ao princípio da igualdade que tem assento constitucional, sede que consagrou a união estável como entidade familiar e a igualou ao matrimônio, sem distinções de ordem patrimonial.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2013, p.66):

A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (CF 226§ 3º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição da família. Conforme Zeno Veloso, o art. 1790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substancia. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco. Mais

do que isso, a norma é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.

Dessa forma, alega a doutrinadora que, diante da equiparação dada pela Constituição Federal entre o casamento e a união estável, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional, pois “Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito de família, que veda o retrocesso social”.

E acrescenta “O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências.

Silvio Rodrigues (2007, p. 119) posiciona-se no sentido de que a sucessão do companheiro vai de encontro as aspirações sociais, expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento do nosso direito, nos seguintes termos:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento (...). Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. Não tenho dúvida em dizer que o art. 1790 terá vida muito breve.

Desta forma, em que pese casamento e união estável constituírem situações diversas, não há razão para que os estatutos hereditários do casamento e da união estável sejam diferentes e discrepantes, pois ambas são famílias, base da sociedade, com especial proteção do Estado. A Constituição Federal de 1988 não faz qualquer diferença entre as espécies de famílias, protegendo todas, dessa forma não se pode admitir que o intérprete faça tal diferença, escolhendo proteger mais a uma do que outras.

Neste contexto, Maria Berenice Dias (2013, p.71), defende que os juízes devem deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a sua inconstitucionalidade:

O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às

uniões que merecem especial proteção do Estado. Ainda bem que a jurisprudência vem se inclinando neste sentido.

Outros doutrinadores também vêm declarando como inconstitucional o tratamento diferenciado do companheiro sobrevivente no Código Civil como por exemplo, Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2005, p.138) que conclui que o art. 1790 do Código Civil de 2002 ofende o texto constitucional, pois ofende o princípio da igualdade, nos seguintes termos:

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

Corroborando com esta tese, Gama (2003, p.46) destaca também considera o dispositivo 1790 do CC inconstitucional materialmente, pois, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, como o fez a Constituição Federal em seu art. 226, caput e § 3º, ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. Defende que o correto seria tratar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros. Ensina ainda que desde o advento das Leis nº 8971/94 e nº 9278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a receber igual tratamento no que se refere ao direito das sucessões.

Desse modo, conclui que, por força de normas infraconstitucionais, existe tratamento igual na sucessão entre cônjuge e companheiro desde o ano de 1996, assim, deveria ter sido mantido tal tratamento, para dar efetividade ao comando previsto no art. 226, caput, da Constituição Federal.

Para o doutrinador a solução cabível seria a seguinte: A melhor solução será considerar, tal como analisada, a inconstitucionalidade do art. 1790, CC, e, desse modo, permitir a continuidade do art. 2º, inciso III, da Lei n. 8.971/94, devidamente combinado com o art. 1.829, CC, nos incisos I, II e III.

Assim, tendo em vista o tratamento diferenciado do companheiro em relação ao cônjuge no Código Civil de 2002 e à luz dos princípios constitucionais, acredito que o artigo 1790 do Código Civil de 2002 em breve será declarado inconstitucional

como vem se inclinando a jurisprudência neste sentido como será demonstrado no tópico seguinte.

4.1.1. Jurisprudências

Passo importante no estudo da presente matéria é a análise das jurisprudências que tem se formado acerca do direito sucessório e da união estável.

A tese da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC encontra amparos em inúmeros julgados de Tribunais estaduais, mas com uma grande variação de entendimentos, existem julgados, por exemplo, que reconhecem a inconstitucionalidade somente do inc. III do art. 1.790, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau. Nesse sentido:

AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DA CONTRADITA. SUSPEIÇÃO NÃO COMPROVADA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA DEPOIS DE ENCERRADA A INSTRUÇÃO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA. INVENTÁRIO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERDEIROS COLATERAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, III, DO CC. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 1.829, III, DO CC. 1. Tendo sido negada pelas testemunhas a alegação de amizade íntima com a autora, motivo da suposta suspeição, cabia à parte ré prová-lo, na forma do art. 414, § 1º, do CPC, do que não se desincumbiu. Agravo retido reiterado em contrarrazões desprovido. 2. Corretamente indeferido na origem o pedido de produção de prova pericial, que somente foi aviado nos autos depois do encerramento da instrução, visto que a faculdade probatória encontrava-se há muito preclusa. Agravo retido desprovido. 3. O conjunto probatório coligido ao feito demonstra cabalmente que a união estável havida entre a falecida e o apelado durou até a data do óbito da companheira, com o que deve ser mantida incólume a sua condição de companheiro sobrevivente. 4. Deve ser mantida hígida a partilha que beneficia apenas o companheiro da finada, com a exclusão dos herdeiros colaterais, nos termos do art. 1.829, III, do CCB [...]. Modificação de orientação desta Corte de Justiça. AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70069775716, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 08/09/2016).

Há ementas que sustentam a inconstitucionalidade de todo art. 1.790 do Código Civil 2002, por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontado com os direitos sucessórios do cônjuge (art. 1.829). Assim:

DIREITO SUCESSÓRIO. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Reconhecido direito de

meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes. Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO". (TJSP, Apelação n. 994.08.061243-8, Acórdão n. 4421651, Piracicaba, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, julgado em 07/04/2010, DJESP 22/04/2010).

Ainda podem ser encontradas decisões que suspendem o processo até que o Órgão Especial do Tribunal reconheça ou não a constitucionalidade da norma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. DECISÃO QUE AFASTOU OS AGRAVANTES DO IMÓVEL OBJETO DA PARTILHA, ALÉM DE RECONHECER INCIDENTALMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC E DETERMINOU A RETIFICAÇÃO DO PLANO DE PARTILHA. INSURGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANALISAR O RECLAMO SOB PENA DE AFRONTAR O DISPOSTO NA SÚMULA VINCULANTE 10 DO STF. SUSCITADO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUE SE FUNDA OS PEDIDOS INICIAIS. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO QUE SE IMPÕE ATÉ A DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL, QUE DETÉM A COMPETÊNCIA PARA TANTO.

(TJ-SC - AI: 643952 SC 2008.064395-2, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 07/02/2012, Sexta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: 19/02/2012)

Por fim, apesar do STJ ter se posicionando favorável ao entendimento de que há um problema com um art. 1790 do código civil e com a sucessão entre companheiro que precisa ser superado, esse entendimento não é unânime entre a doutrina e jurisprudência.

Há decisões colegiadas que concluem pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade no art. 1.790 do Código Civil de 2002. Vejamos, inicialmente, dois entendimentos jurisprudenciais decididos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O primeiro julgamento se deu através do Agravo de Instrumento n. 958108520128260000, decidido na 4ª Câmara de Direito Privado, onde foi relator o Desembargador Milton Carvalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJUS. Constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil declarada pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0359133-51.2010.8.26. 0000). Possibilidade de aplicação do inciso II do dispositivo ao caso concreto, para atribuir a agravante a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável (CC, art. 1.725 e 1.790, caput), bem como a metade do que couber a cada um dos descendentes do de cujus, o que equivale a 66,6% sobre o patrimônio comum. Percentual remanescente (33,3%) que deve ser partilhados entre os descendentes. Inexistência de direitos para a companheira quanto aos bens particulares deixados pelo

falecido. Litigância de má-fé não caracterizada. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - AI: 958108520128260000 SP 0095810-85.2012.8.26.0000, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 02/08/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 08/08/2012)

O segundo acórdão trata-se de um Agravo de Instrumento n. 2139909420118260000, julgado na 7ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator o Desembargador Luiz Antônio Costa:

Agravo de Instrumento - Ação Cautelar de Arrolamento de Bens - Interposição contra decisão que concedeu liminar para autorizar parcial constrição do acervo hereditário ? Sucessão por companheiro superstite ? Inexistência de filhos comuns - Arrolamento que deve limitar-se às regras do art. 1.790 do CC, cuja inconstitucionalidade já foi apreciada e afastada pelo Órgão Especial desta Casa de Justiça - Indeferimento do arrolamento de ações societárias, porquanto adquiridas antes do início da união estável ~ Cabimento - Ausência de elementos que permitam inferir o contrário ~ Decisão mantida - Recurso improvido.

(TJ-SP - AI: 2139909420118260000 SP 0213990-94.2011.8.26.0000, Relator: Luiz Antônio Costa, Data do Julgamento: 18/04/2012, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2012).

Podemos notar que alguns Tribunais ainda receiam em reconhecer a suposta inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002, entretanto, apontam a injustiça que tal dispositivo legal ocasiona aos conviventes.

A maioria das Cortes Estaduais do nosso país vinha acompanhando esse entendimento pela aplicação máxima pela aplicação do art. 1790 do Código Civil de 2002 na sua íntegra.

Entretanto, este entendimento injusto tende a se modificar. O novo posicionamento jurisprudencial brasileiro a respeito do tema que em recentes interpretações judiciais do artigo 1790 do Código Civil de 2002 vem acatando a inconstitucionalidade material do artigo supracitado e aplicando o mesmo tratamento dispensado aos cônjuges. Para basear esta mudança, trazemos a colação os entendimentos jurisprudências a seguir.

Outrossim, há aquelas decisões que vão em encontro ao raciocínio jurídico elaborado pelo STJ. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em decisão do Agravo de Instrumento nº 0033320-27.2012.8.26.0000 estabeleceu que no caso em que o colateral do de cujus concorrer com o companheiro será aplicado o art. 226 §3º da CF que dispõe da seguinte forma

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...” e que deveria ser aplicada uma interpretação extensiva do art. 1.839 do Código Civil e do art. 1.725 do mesmo código para que fossem garantidos os mesmos direitos ao companheiro supérstite que são garantidos ao cônjuge supérstite. Afastando a postulação exclusiva, no caso concreto, dos sobrinhos do de cujus.

De fato, a jurisprudência não está pacificada e existem muitos julgados a respeito do artigo 1790 do Código Civil de 2002 que ora é suscitado como inconstitucional ora como constitucional e legal. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do artigo 1.790 do CC, por meio do Recurso Extraordinário (RE) 878694 em que se discute a legitimidade do tratamento diferenciado dado a cônjuge e a companheiro, começou a se pronunciar, havendo alguns votos já exarados por alguns de seus Ministros.

Assim, com vistas a enriquecer o presente estudo, apresentar-se-ão os votos já exarados e seus fundamentos, em conjunto com o posicionamento da jurisprudência neste momento mais atual.

O Ministro Roberto Barroso foi o relator e, portanto, o primeiro a publicar seu voto, tendo a decisão a seguinte proposta de ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição.

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (BARROSO, 2016, p. 01).

Em seu voto, dividido em três partes (delineamento da controvérsia, compatibilidade do artigo 1.790 do CC e a Constituição Federal, e resolução do caso

concreto), o Ministro Roberto Barroso aponta diversos fundamentos para o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo.

Em especial na Parte II, A Constituição de 1988 e os direitos sucessórios dos companheiros, o Ministro Barroso inicia a enumeração de motivos, sendo o primeiro a equiparação e desequiparação entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória:

As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente concretizando aquilo que a CF/1988 já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna (BARROSO, 2016, p. 10).

No entanto, conforme abordado pelo Ministro, o Código Civil abruptamente procedeu com a desequiparação e trouxe um cenário de retrocesso, o qual deve ser reparado.

Em seguida, o Ministro Roberto Barroso cita a inexistência de hierarquia constitucional entre as formas de família:

Na verdade, há várias diferenças entre casamento e união estável, que decorrem de fatores diversos, como os modos de constituição, de comprovação e de extinção. A questão que se coloca, porém, é saber se é possível extrair do art. 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Em outras palavras, resta analisar se as diferenças entre casamento e união estável justificam uma disparidade de tratamento no que diz respeito ao regime sucessório de cônjuges e de companheiros (BARROSO, 2016, p. 14).

Neste ponto o Ministro questiona a existência de tratamento diferenciado, como ocorre com a fixação de regime sucessório diverso, que se baseie em uma alegada hierarquia entre as entidades familiares, o que não se pode extrair da Constituição Federal.

Na sequência, o Ministro Barroso fundamenta a inconstitucionalidade na dignidade da pessoa humana, proibição de proteção deficiente e vedação ao retrocesso:

Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁵. No caso da previsão de um regime sucessório

diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações (BARROSO, 2016, p. 19).

O Ministro Roberto Barroso, neste ponto, esclarece acerca do princípio da dignidade humana e sua aplicação sobre as normas infraconstitucionais que dispõem acerca do regime de sucessão diferenciado, não havendo valor social, nem tampouco interesse estatal no tratamento diferenciado ao cônjuge e ao companheiro.

O voto do Ministro Roberto Barroso foi seguido pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

O ministro Edson Fachin também publicou seu voto, o qual é bastante didático ao dispor sobre 10 premissas antes de se adentrar na questão constitucional posta em debate, as quais cita-se de forma resumida:

1ª) tanto o casamento como a união estável são modalidades de conjugalidade constitucionalmente asseguradas, inexistindo, portanto, hierarquia entre essas modalidades no texto constitucional; 2ª) a família é base da sociedade livre justa e solidária do artigo 3º da Constituição, de modo que a Constituição de uma sociedade livre e solidária não hierarquiza pessoas por suas opções familiares; 3ª) a proteção à família é direcionada à pessoa de cada um dos seus integrantes, não sendo possível diferenciar pessoas; 4ª) distinguir os direitos a serem atribuídos aos casados e aos conviventes seria fazer um juízo moral prévio sobre os modelos de família e as formas de convivência familiar, o que a Constituição não permite; 5ª) quando o parágrafo 3º do artigo 226 dispõe que deve a “lei facilitar a sua conversão em casamento”, não está a oferecer tratamento privilegiado ao casamento. Por isso, ‘facilitar’ a conversão nada mais é do que oferecer instrumentos para que, no exercício da liberdade individual, os companheiros possam migrar de um modelo de conjugalidade de fato – união estável – para um modelo formal – casamento; 6ª) há um traço comum essencial para as duas formas de conjugalidade, qual seja, a marca do afeto e da entreatajuda, existindo apenas um aspecto em que o casamento e a união estável se diferenciam: a presença, ou ausência, de formalidade em sua constituição; 7ª) a desigualdade na forma de Constituição não pode afetar a sucessão, pois se trata apenas de questão de prova sobre a conjugalidade; 8ª) Eventual desigualdade quanto à pressuposição de maior liberdade na união estável, por ser união informal, não justifica menor proteção às pessoas em regime de convivência do que àquelas casadas; 9ª) a ordem constitucional, na disciplina da família, se pauta, pois, na realidade das relações de afeto e no valor da solidariedade; 10ª) o modelo de conjugalidade não se confunde com regime de bens. Tanto o casamento quanto a união estável são atos essencialmente existenciais em sua natureza, ainda que dotados tanto de efeitos pessoais quanto patrimoniais (FACHIN, 2016, p. 01-05).

As premissas fixadas pelo Ministro objetivam rebater, desde logo, os principais argumentos utilizados por quem defende a constitucionalidade das normas que trazem diferenciação no regime de sucessão para os companheiros.

Sobre a diferenciação na cota parte que cônjuge e companheiro tem direito, por força das disposições sucessórias atuais, comenta o Ministro Edson Fachin:

Essa matemática não encontra respaldo na Constituição de 1988, pois não há guarida no texto constitucional vigente para as distinções estabelecidas entre as opções dos membros de uma família por um ou outro modelo de conjugalidade (FACHIN, 2016, p. 07).

Tal comentário se amolda perfeitamente à discussão que se aborda, vez que é justamente esse tratamento desigual, prejudicial ao companheiro, que não pode ser mantido diante de uma interpretação constitucional da norma posta em análise, o artigo 1.790 do CC.

O Ministro Edson Fachin (2016, p. 08) concluiu seu voto justificando que “para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de ambos os modelos de conjugalidade as mesmas regras, quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002”.

Conforme-se depreende da leitura dos julgados supracitados, podemos já amadurecer a ideia de que, num futuro mais próximo estaremos diante de outros julgados ou novos posicionamentos doutrinários neste sentido mais moderno, que é o mais justo perante aquelas pessoas que vivem em união estável.

4.1.2. Projetos de leis que visam mudar a sucessão na união estável

Tendo em vista que o Código Civil de 2002 representa um retrocesso ao direito sucessório dos companheiros, se comparado aos direitos que lhes foram conferidos pelas Leis da União Estável, mostra-se necessária uma reforma urgente visando sanar os equívocos até então cometidos pelo legislador.

Observadas as diversas controvérsias a respeito da sucessão na união estável e em torno do art. 1.790 do Código Civil o legislador não se manteve inerte. Visando buscar um tratamento mais isonômico e amparado por preceitos constitucionais o legislativo tem proposto projetos de leis que estão em tramitação no Congresso Nacional.

Com base nos projetos apresentados, PL n. 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza em junho de 2002, PL n. 4.944/2005, do Deputado Antônio Carlos Biscaia, em março de 2005, PL n. 7.583/2010, do Senador Roberto Cavalcanti, em

julho de 2010, e PL 4.908/2012, do Deputado Hidekazu Takayama, em dezembro de 2012, pretende-se trazer algumas sugestões no tocante à matéria.

Tais projetos de leis visam, de modo geral, a promoção de alteração nos textos legais acerca da sucessão para os companheiros, a fim de equipará-los, de fato, aos cônjuges. Diante das propostas, pode-se tecer algumas sugestões de alterações no código civil e de processo civil.

Pode-se deslocar o direito sucessório dos companheiros do Título I, que trata “Da Sucessão em Geral” e que se encontra totalmente fora do contexto e inseri-lo ao lado do cônjuge, no Título II, que disciplina a “Sucessão Legítima”.

O direito sucessório dos companheiros, com a redação do artigo 1.790 do Código Civil, ficou adstrito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, distanciando-se demasiadamente do tratamento dispensado ao companheiro sobrevivente e ao cônjuge supérstite, destoando assim dos anseios da sociedade, visto que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 o companheiro ocupava uma posição semelhante à do cônjuge. Sugere-se introduzir o companheiro no artigo 1.829 do Código Civil, ao lado do cônjuge sobrevivente. O inciso III passaria a ter a seguinte redação: ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente.

No inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, o companheiro seria colocado ao lado do cônjuge sobrevivente, mantendo-se a concorrência com os descendentes, porém sem condicioná-la ao regime de bens adotado quando do casamento ou da união estável. E mais, a concorrência seria limitada aos bens sobre os quais não incide o direito à meação.

Pela redação atual do artigo 1.790, I e II do Código Civil de 2002, quando o companheiro sobrevivente estiver concorrendo com descendentes comuns, terá direito a 1 uma quota equivalente à que lhes for atribuída. E, se a concorrência se der com descendentes exclusivos do autor da herança, o companheiro terá direito à metade da quota que lhes couber. A polêmica surge em face da filiação híbrida, ou seja, quando houver a concorrência do companheiro com filhos comuns e filhos exclusivos. Porém, tem prevalecido na doutrina a aplicação do inciso I, atribuindo-lhe a mesma quota que couber a cada um dos herdeiros.

Já pela redação do artigo 1.832 do Código Civil atual, adotando o legislador um critério diferente, estabelece que quando o cônjuge sobrevivente estiver concorrendo com descendentes do falecido, terá direito à mesma quota atribuída a

cada um deles, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Portanto, se o cônjuge sobrevivente concorrer somente com filhos exclusivos do falecido, não terá direito à reserva da quarta parte. Também não enfrenta a hipótese de filiação híbrida. O legislador não estabeleceu se a reserva de um quarto da herança deve ser mantida na hipótese do cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes comuns e exclusivos. Tem prevalecido na doutrina que não persiste referida reserva.

A sugestão é colocar o companheiro ao lado do cônjuge no artigo 1.832 do Código Civil de 2002, retirando a reserva da quarta parte dos bens: Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I), caberá ao cônjuge ou companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça.

Na falta dos descendentes, mas deixando o falecido ascendentes, o artigo 1.790, III, estabelece que o companheiro terá direito à quota de um terço sobre os bens adquiridos onerosamente na união estável. A quota de um terço é fixa, pois não existe diferença se o falecido deixou ambos ascendentes em primeiro grau ou se apenas um deles, ou se deixou apenas os ascendentes em segundo grau.

Já o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes, não importando o regime de bens que fora adotado no casamento (artigo 1.829, II, CC e 1.836). Pelo artigo 1.837, concorrendo com os ascendentes em primeiro grau, o cônjuge terá direito a um terço da herança. Se concorrer com apenas um dos genitores ou se maior for o grau de parentesco, caber-lhe-á metade da herança.

Resolver-se-ia a diferença se o companheiro fosse inserido nos artigos 1.836, caput e 1.837. Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente. Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. Não deixando o falecido descendentes e ascendentes, o companheiro concorrerá com os colaterais até o quarto grau, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável (art. 1.790, III).

Diferentemente, o cônjuge figura na terceira classe dos sucessíveis, recebendo a totalidade da herança (art. 1.829, III e 1.838, CC). A sugestão, como já mencionado anteriormente, é inserir o companheiro ao lado do cônjuge sobrevivente. Art. 1.829, III – ao cônjuge ou companheiro sobrevivente. Art. 1.838.

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

Portanto, os colaterais só seriam chamados a receber a herança do falecido, na falta do cônjuge ou companheiro sobreviventes. A sugestão é: Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente nas condições estabelecidas no art. 1.830, nem companheiro, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

Pontua-se que existe divergência na doutrina acerca da aplicação desse art. 1.830 em virtude da vinculação do prazo de dois anos para a separação de fato e em virtude da possibilidade de apreciação de eventual culpa do falecido, por estar em desarmonia com outras regras do próprio Código e ao fato de que há tempos vem se permitindo o divórcio direto sem questionamento do motivo da ruptura (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 206).

No que se refere à separação de fato dos cônjuges, faz-se necessária a alteração do artigo 1.830 do Código Civil, que autoriza ao cônjuge sobrevivente o recebimento da herança do falecido, desde que não esteja separado de fato há mais de dois anos. Porém, se a separação for superior a dois anos, é necessário comprovar que o cônjuge sobrevive não deu causa à separação.

Como já foi mencionado anteriormente, é absurdo o dispositivo legal por permitir que cônjuge sobrevivente separado de fato venha a concorrer com companheiro do falecido. E mais, não se justifica a discussão de culpa pela separação de fato.

Assim, sugerimos a seguinte redação: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente ou separados de fato.

No tocante ao direito real de habitação, faz-se necessária a inclusão do companheiro no artigo 1.831 do Código Civil: Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, enquanto viver e não constituir novo casamento ou união estável, 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.

É de suma importância a inclusão do parágrafo único, conforme redação do Projeto de Lei n. 4.944/2005: O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes. E para finalizar,

faz-se necessária a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845, CC).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema escolhido para este trabalho foi sucessão na união estável, as controvérsias e problemáticas do art. 1790 do Código Civil de 2002. Com isso, tentou-se abordar a figura da união estável de forma objetiva, explicitando as suas características e direitos, construindo um raciocínio que tem como fim a análise das regras sobre a sucessão entre companheiros em uma união estável no direito brasileiro atual.

A sucessão do companheiro encontra-se prevista entre as disposições da sucessão em geral mais precisamente no artigo 1790 do Código Civil de 2002 que regulamenta o direito sucessório dos companheiros. O artigo supracitado quando impõe tratamento diferenciado a sucessão do companheiro em relação ao do cônjuge fere a Constituição Federal de 1988, pois viola diretamente os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana além de causar um verdadeiro retrocesso social.

A jurisprudência se apresenta controvertida quanto a aplicação do artigo 1790 do Código Civil de 2002 no direito sucessório dos companheiros e sua possível inconstitucionalidade com relação ao tratamento desigual dado pela lei Civil à Sucessão do Companheiro.

Existem julgados que defendem a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002, por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, uma vez que o artigo 226, §3º, da Carta Magna deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Outros julgados, entretanto, afastam a tese da inconstitucionalidade pela aplicação máxima do art. 1790 do Código Civil de 2002. Entretanto, esta visão jurisprudencial está se modificando, sobretudo após o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que julga o RE 878694 e pela maioria de seus Ministros que já se posicionaram pela inconstitucionalidade do referido artigo.

É cristalina a necessidade de uma reforma legislativa referente à sucessão dos companheiros, tendo em vista que a própria Constituição Federal de 1988 considerou, em seu art. 226, as mais diversas espécies de família, não sendo legítimas somente aquelas advindas do matrimônio e, sendo a união estável considerada como uma das entidades familiares porque não equiparar os direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge. Somente com intervenção legislativa

propondo a revisão da norma prevista no Código Civil é que se poderá pensar em uma solução justa e benéfica para questão.

Considera-se que, sob a ótica dos Princípios Fundamentais de um Estado Democrático de Direito, instrumento de realização de uma Constituição que, ao mesmo tempo dirige e limita sua própria forma de atuar, a função jurisdicional só terá eficácia quando fundamentada numa ordem jurídica justa. Os jurisdicionados não podem conviver com a cruel dependência da interpretação deste ou daquele julgador, sujeitando-se a decisões desiguais e tantas vezes injustas. Sustenta-se com isso a ideia de que os direitos humanos positivados no sistema jurídico passam a ser direitos fundamentais e patrimônio da sociedade, cabendo ao legislador a importante tarefa de editar normas progressivas e capazes de atender a coletividade.

A problemática cerne do presente trabalho foi a má construção do dispositivo legal que versa sobre a sucessão na união estável, com foco no art. 1.790 do Código Civil de 2002. A hipótese estudada foi a de que a legislação vigente não abarca as necessidades crescentes de regulação da sucessão da união estável, entidade familiar que foi reconhecida pela constituição federal de 1988 como merecedora de especial proteção do Estado.

O objetivo do trabalho foi o de construir um raciocínio acerca da união estável, quais as suas características, qual a legislação que a ampara e dando ênfase na questão sucessória e como a doutrina e jurisprudência encaram a legislação a respeito do tema. O trabalho buscou demonstrar a importância de se ter uma legislação sólida para tratar do tema sucessão patrimonial entre companheiros em união estável. Evidenciou os direitos e deveres inerentes aos conviventes em união estável e a posição doutrinária acerca das questões controversas a respeito do tema.

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

Na tentativa de se mudar o tratamento dado às questões sucessórias entre conviventes em uma união estável o poder legislativo vem trabalhando ostensivamente no intuito de obter uma legislação favorável à própria população que

cada vez mais vem contraindo relações e constituindo entidades familiares denominadas de União Estável.

Com a decisão do STF, as uniões afetivas passaram a gozar da absoluta igualdade, sem qualquer distinção com a devida proteção patrimonial. Porém ainda há a importante necessidade do STF esclarecer se o companheiro passará a intergrar o rol de herdeiros necessários e isso ocorrerá através do julgamento do embargo declaratório interposto pela ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – que foi admitida como *amicus curiae* no RE 878694, para que o STF elimine a contradição no tocante a inclusão no rol de herdeiro necessário e determine a aplicação da decisão às heranças daqueles que vierem a falecer depois de sua publicação, em obediência à segurança jurídica e em cumprimento ao art. 1789 CC/02.

Conclui-se que é de extrema importância o papel do Judiciário ao conduzir as interpretações para que a sociedade não seja prejudicada por esse retrocesso social e legislativo trazido pelo Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5ª edição. Atual. e rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CASSETTARI, Christiano; CARDOSO, Fabiana Domingues; CAHALI, Francisco José *et al.* **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. In: *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.º 29, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Livro Eletrônico.

_____. **Manual de Direito das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Volume 5. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Volume 6. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Edson. **Voto no RE 878694 MG**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-fachin.pdf>>. 2016. Acesso em: 15 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 12. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 4ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, vol. 6, 10. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LISBOA, Roberto Sesine. **Manual de direito civil 5**, direito de família e sucessões, Editora Saraiva, 6 edição, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Direito de família e os princípios constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Livro Eletrônico.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Volume 2. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável: In: **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte, 2005.

_____. (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. Volume 7. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 11. ed. ver., atual. e ampl. v. 5. Rio de Janeiro: Florense, 2016.

_____. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Método, 2014.

VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In **Direito de família e o novo código civil**. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.