



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

CURSO DE DIREITO

THAIS RODRIGUES DE MATOS MARTINS

**A EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CONJUGE NO DIREITO DAS
SUCESSÕES**

JUIZ DE FORA - MG

2020

THAIS RODRIGUES DE MATOS MARTINS

**A EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CONJUGE NO DIREITO DAS
SUCESSÕES**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maria Amélia da Costa.

JUIZ DE FORA – MG

2020

THAIS RODRIGUES DE MATOS MARTINS

**A EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CONJUGE NO DIREITO DAS
SUCESSÕES**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: //

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maria Amélia da Costa

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico esse trabalho primeiramente á Deus, aos meus pais, aos meus avós, meu marido, meus amigos, sem vocês nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo que me tornei. Em especialmente minha mãe, Lenice, que sempre foi meu alicerce e com um forte sentimento de gratidão agradeço por todo o esforço que fez para que eu me tornasse uma mulher formada e realizada. Agradeço aos meus avós que sempre fizeram de tudo por mim e estiveram ao meu lado, ao meu pai que apesar da distancia sempre me orientou pra ser uma pessoa melhor, ao meu esposo Philip, por sempre me ajudar e não deixar eu desistir. Agradeço a minha orientadora, Maria Amélia, pelo auxilio incomensurável e amizade no decorrer desses 5 anos. Aos colegas de Direito, por muito contribuírem para o meu crescimento como profissional. A todos que colaboraram de uma maneira ou outra durante a trajetória de construção deste trabalho, o meu muito obrigado!

Entregue teu caminho ao Senhor;
confie nele, e Ele tudo fará.

Salmos 37:5

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo a análise comparativa entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro. Para isso, traz apontamentos a respeito da importância da família na sociedade e do tratamento da família pela Constituição, com o reconhecimento da união estável. O trabalho traz o histórico da sucessão do companheiro, abordando a legislação específica pós Constituição e, em seguida, o tratamento diferente dado ao cônjuge e ao companheiro no momento da sucessão, com a chegada do Código Civil de 2002. É trazida análise jurisprudencial do tema até o julgamento definitivo da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, que dispunha sobre a sucessão do companheiro, e de algumas dúvidas que surgiram após essa decisão.

Palavras-Chave: Família. União Estável. Direito Sucessório. Inconstitucionalidade. Direito Civil. Código Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A FAMÍLIA: O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL.....	11
2.1 Casamento.....	11
2.2 Natureza Jurídica do Casamento.....	12
2.3 A União Estável.....	13
3 O DIREITO DAS SUCESSÕES: A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO.....	15
3.1 O paralelo entre a sucessão legítima no casamento e a união estável.....	15
3 DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO.....	14
3.1 Do Direito Sucessório.....	14
3.2 O direito do companheiro na sucessão e diferença de direitos resguardados ao cônjuge.....	17
4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CODIGO CIVIL : UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	24
5 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o objetivo analisar o casamento e a união estável, sob o ponto de vista do direito sucessório, apresentando os direitos do companheiro e do cônjuge na sucessão desde o reconhecimento da união estável como entidade familiar até os dias atuais.

Visa também analisar as desigualdades, atualmente superadas, quanto a sucessão ajustada pelo Código Civil ao companheiro, que sob o ponto de vista de alguns autores consistiu em retrocesso frente à legislação específica outrora existente e não equiparou sua sucessão à do cônjuge.

Pode-se assegurar hoje, que a relação da família atual (contemporânea) constituída pela união estável é real para o direito, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 certificou a opção livre do indivíduo no que diz respeito à forma de constituição de família. A união estável antes da Constituição Federal de 1988 era conhecida como concubinato, sendo tão antiga quanto o próprio casamento. Essa união por muito tempo foi rejeitada pela sociedade tendo em vista os valores religiosos, pelos quais só era aceita a família instituída pelo casamento.

No Código Civil é apontada condições necessárias para configuração da união estável em seu artigo 1.723, que adota como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, formada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo da constituição de família. A união estável, com a sua legalização teve seu regime de bens patrimoniais protegidos pela legislação pátria, que fez ajuste no regime de separação parcial de bens, podendo ser pactuado outro através de documento firmado pelos conviventes.

A sucessão da união estável veio regulamentada no artigo 1.790, do Código Civil, que previu que a companheira ou companheiro tinha participação na sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo analisadas as condições previstas em seus incisos. Portanto, o companheiro não foi adicionado no rol dos herdeiros legítimos, muito menos no de herdeiros necessários, pertencendo a estes direitos diferentes dos reservados ao cônjuge, deixando esse e aquele em posições diferentes no momento de suceder. É claro que o legislador não observou a norma infraconstitucional aos princípios constitucionais, ao não levar em consideração os direitos semelhantes entre cônjuge e companheiro.

Sendo assim, facilmente se percebia a inconstitucionalidade do artigo 1.790, e incisos, do Código Civil, perante os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, apresentados pela Constituição.

Se tornando de grande importância essas questões, a presente pesquisa vem analisar o histórico da sucessão do companheiro até o julgamento pela inconstitucionalidade do Art. 1790.

O tipo de trabalho desenvolvido é um trabalho monográfico consta de revisão bibliográfica de sites tendo como base de argumento o Código Civil de 2002. Compila a idéia de doutrinadores, legislação e jurisprudência que ajudam a ilustrar os efeitos da equiparação no plano sucessório.

2 A FAMÍLIA: O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

Embora haja um enorme esforço para equiparação dos efeitos do casamento e da união estável, visto que os papéis exercidos entre os cônjuges e entre os companheiros sejam basicamente os mesmos, o casamento é uma instituição, diferente da união estável, que é o reconhecimento fático de uma união. Neste capítulo será feita a análise destas duas formas de constituição de família, a fim de se verificar as diferenças entre ambos.

2.1 Casamento

O casamento é uma união socialmente aprovada entre pessoas físicas que tenham como finalidade formar uma família, mediante o estabelecimento de uma comunhão plena de vida. Esta união, para que exista, depende da declaração livre da vontade dos nubentes e da participação do Estado, os declarando como casados. Esta declaração do casamento pelo Estado é chamada de casamento civil.

O princípio religioso da indissolubilidade do casamento levou à determinação, por intervenção do Estado, do casamento cristão como uma necessidade social. O casamento traz no seu conceito histórico uma conexão fortemente religiosa, por isso conservadora. Maria Helena Diniz, diz ser impraticável desvincular a união de duas pessoas, com o objetivo de instituírem uma família, da idéia do sacramento e da religiosidade, dizendo:

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisio-psíquica e a constituição de uma família legítima. Eis uma definição mais moderna: “(...) é a união de um homem e uma mulher, reconhecida pelo Direito e investida de certas condições jurídicas” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 5ª Ed. V. 5, Direito de Família. São Paulo Saraiva, 1989).

O Código Civil, a partir do art. 1511, regulamenta o casamento, o qual deverá ser monogâmico, exigindo-se a fidelidade, estabelecendo-se idade mínima de 18 (dezoito) anos completos para os contraentes, ou 16 (dezesesseis) anos, com autorização de ambos os pais ou representantes legais.

2.2 Natureza Jurídica do Casamento

Existem três teorias a respeito da natureza jurídica do casamento, a contratualista, a institucionalista e a eclética.

A teoria contratualista entende a união em casamento como um negócio jurídico de direito de família, de natureza contratual. onde os contraentes declaram a vontade em adotar um determinado regime de bens. Conforme esta teoria, há predominância da autonomia da vontade, sendo que a afirmação dos contraentes é que constitui o casamento tendo o juiz de paz apenas a função homologatória do ato.

A teoria institucionalista admite que o casamento é regulado pela lei. Concordando na persuasão de que o casamento é a “célula mater” da sociedade, dotado de grande importância pública, a instituição do casamento dá-se por ação do juiz de paz, não competindo nenhuma intervenção dos nubentes, salvo, para escolher o regime e definir a sua declaração de vontade.

Não existe na doutrina concordância sobre a natureza jurídica do casamento, muito embora o artigo 1514 do Código Civil, ao que parece tenha recebido a teoria contratualista, por assim declarar: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” O momento em que se constitui o vínculo é a manifestação da vontade e o juiz no momento apenas homologa a vontade dos nubentes.

Diante da discordância doutrinária entre as teorias contratualista e institucionalista, surge a conjectura eclética ou mista. De acordo com esta teoria, o casamento teria aspectos ressaltados pela teoria contratualista como pela teoria institucional.

Nas palavras de Carvalho Santos:

É um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor. (SANTOS, 1942, p. 10-11).

A natureza jurídica do casamento, portanto, continua não pacificada, tendo a teoria contratualista onde se entende a união em casamento como um negócio jurídico de direito de família de natureza contratual, ou seja, que tem a forma redigida em lei, em que os contraentes confessam a vontade em aceitar um tipo de regime de bens, sendo aqui

prevalecida a autonomia da vontade. Na teoria institucionalista por adotar as normas legais, o casamento é regulamentado por lei. Concordando na persuasão de que o casamento é a “célula mater” da sociedade, e tem interesse público, assim, o casamento acontece por ato do juiz. Não cabendo intromissão alguma dos nubentes. O artigo 1514 do Código Civil recepcionou a teoria contratualista do casamento, assim declarando: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

2.3 União Estável

A união estável nunca esteve tão equiparada ao casamento civil quanto nos dias atuais, sendo a ela aproveitada quase todas as normas do Direito de Família relativas a casamento, seja expressamente, seja por analogia. Em razão da adaptação à nova realidade, os casais mais freqüentemente passaram a compor famílias através da simples união, sem o formalismo estabelecido no casamento.

Segundo Azevedo (2000), união estável é o convívio não-adulterino, nem incestuoso, duradouro, público e contínuo de um homem e de uma mulher sem junção matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, estabelecendo, assim, sua família de fato. A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, promovendo a sua conversão em casamento, mas não determinou quais seriam os direitos garantidos, o que foi feito pelo legislador infraconstitucional.

A Lei dos companheiros (Lei nº 8971/94) garantiu, entre outros, o direito a alimentos e sucessão, deixando estabelecido como condição temporal o prazo de cinco anos de relacionamento, ou a existência de filho em comum, e determinando que as pessoas fossem solteiras. Logo em seqüência veio a lei dos conviventes (Lei nº 9278/96) que impôs a presunção de empenho comum para os bens adquiridos na constância da união. Esta lei não mais avaliou o lapso temporal da união e silenciou ainda, quanto à obrigação de desimpedimento das pessoas, beneficiando aqueles que se encontravam em situação de impedimento derivado de casamento anterior. Atualmente, a união estável é disciplinada em poucos dispositivos pelo Código Civil de 2002, que revogou as leis anteriormente citadas quase que completamente.

Reza o artigo 1.726 que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. A Lei 9.278/96 contentava-se com o requerimento de conversão estabelecido absolutamente ao oficial do

registro, independentemente de intervenção judicial, o que de certa maneira se configura um retrocesso, diante da busca pela desjudicialização de diversos procedimentos pertencentes às demandas familiares e sucessórias.

Não é exigido pelo Código Civil a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a confirmar a relação comum, mas a sua carência não afasta, imediatamente, a existência da união estável. Diante das alterações dos costumes, além das profundas modificações pelas quais tem atravessado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros morando em locais diferentes. O que se comprova indispensável, portanto, é que a união se revista de permanência, publicidade e *affectio maritalis*, ou seja, que haja aspecto de casamento.

3 DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

A expressão sucessão traz a idéia da mudança de lugar de um sujeito ou objeto. Conceitua Gonçalves (2012, p. 19) que “A palavra ‘sucessão’, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”

Com o advento do Código Civil de 2002, houve significativas mudanças no Direito das Sucessões em comparação ao Código Civil de 1916, ainda que a legislação extravagante, anterior a 2002, já tivesse trazido novidades ao texto original de 1916. Especialmente no que tange à possibilidade da sucessão do companheiro, visto que não havia previsão da matéria no Código anterior, o atual Código Civil trouxe tratamento específico, ainda que controverso, no artigo 1790, atualmente julgado inconstitucional.

3.1 Do direito sucessório

Na história do Direito Civil é plausível constatar diversos tipos de sucessões, como exemplo citado por Tartuce e Simão (2010), na execução de atividades, cargo ou função, no desempenho empresarial ou política, transferência de propriedade de bens pela mudança de titular, até mesmo quando os pais no direito de família transferem a guarda dos filhos para um tutor.

Sendo assim, a sucessão pode incidir inter vivos, ou causa mortis. No caso de ato entre vivos, temos o exemplo um contrato de compra e venda, onde uma pessoa sucede a outra nos direitos de propriedade sobre um bem. Já a sucessão causa mortis, o objeto deste estudo, acontece com a morte do sujeito, sendo transferidos os direitos e obrigações a uma ou mais pessoas vivas, seus herdeiros e legatários.

Ainda sobre a sucessão causa mortis, preceitua Christianne Garcez (2009, p.2) que “Sob o prisma legal, o Direito das Sucessões, como parte do Direito Civil, procura regular as relações patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da morte, que acarreta a cessação da personalidade civil.”

Antes mesmo de dar início ao entendimento de como se dá esta sucessão, compete esclarecer a origem deste instituto.

Sobre a origem explica Garcez (2009, p.1):

Ao longo de sua existência, desde os primórdios, o ser humano busca amealhar um patrimônio, despendendo seu labor, sua criatividade, sua inteligência, para usufruí-lo e também para dar uma vida digna aos seus. Essa busca incessante faz parte da natureza humana. Mas é também parte da essência humana o nascer, o viver e o morrer. Com a morte de uma pessoa, nada mais lógico do que assegurar aos que lhe sucederam o patrimônio de quem passou toda a vida trabalhando, construindo e economizando, para que aqueles também sigam idêntico trajeto.

Pode se perceber então que o direito de família, propriedade e sucessão estão ligados. Conforme Venosa (2011), com o surgimento da família, se tem também a aquisição de propriedade, determinando futuramente o direito sucessório para dar continuidade a esta.

Podendo se levar em consideração, a natureza do homem em contrair patrimônio para transferir a seus descendentes, coube a Constituição Federal de 1988, garantir esse direito, assim previsto no Art. 5º, inciso XXX, in verbis: “É garantido o direito de herança.”

Em concordância com o exposto, disserta Venosa (2011, p.4):

O direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores. A primeira idéia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) transfere-se dentro da família. Dai, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima”. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido não ter deixado testamento, ou quando, mesmo perante a existência de ato de última vontade, este não puder ser cumprido.

Desse modo, o homem procura durante toda sua existência juntar patrimônio para si e para seus entes queridos, desta forma, com a vinda de sua morte almeja que tais bens permaneçam com familiares ou até mesmo terceiros. Buscando um acolhimento a essa vontade, competi ao legislador adaptar à sucessão desses bens. Portanto, a sucessão *causa mortis*, tem duas espécies prevista no Código Civil, sendo capaz de ser ela legítima (art. 1.829 do CC), que discrimina uma ordem a ser adotada para acontecer, e também a testamentária, com efeitos deixados pela última vontade do falecido (art. 1.786 do CC).

Sobre as espécies de sucessão testamentária e sucessão legítima, Tartuce e Simão abordam (2010, p. 132):

Partindo-se dessa fundamental diferença, enquanto na sucessão testamentária serão sucessores a título singular (legatários) ou universal (herdeiros) as pessoas indicadas pelo próprio falecido, em se tratando de sucessão legítima cabe à lei indicar a ordem de vocação hereditária, ou seja, quem são as pessoas chamadas a suceder.

Deste modo, a sucessão legítima ocorre na falta de testamento, onde é conferido o patrimônio do falecido aos seus herdeiros necessários e facultativos, convocados de acordo com a relação preferencial da lei. No caso de haver testamento mas não abranger todos os bens, a sucessão legítima também será aplicada.

Preceitua o novo dispositivo do Código Civil de 2002, art. 1.829:

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.

Já o testamento é usado para modificar a pretensão do legislador, tendo a capacidade se ter assim, herdeiros sem nenhuma ligação sanguínea ou familiar. Acontece que o legislador, deu um jeito de assegurar aos familiares seus direitos, sendo estes titulados de herdeiros necessários, não podendo ser separados completamente da sucessão, permanecendo esses elencados no art. 1.845 do Código Civil de 2002 que aponta: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

É outra modificação significativa que é perceptível neste artigo, uma vez que no Código Civil de 1916, não faziam parte deste rol o cônjuge, o que provocava uma grande insatisfação social.

Neste sentido Venosa (2012, p. 117, grifo do autor):

[...] Havendo essas classes de herdeiros, fica-lhes assegurada, ao menos, metade dos bens da herança. É o que se denomina legítima dos herdeiros necessários. A outra metade fica livre para o testador dispor como lhe aprouver.

Assim o conceito, a procedência e as maneiras de suceder, como próximo ponto de pauta aborda a sucessão do companheiro e a desigualdade de tratamento em relação ao cônjuge.

3.2 O direito do companheiro na sucessão e diferença de direitos resguardados ao cônjuge

Como já estudado a união estável sofreu sérios preconceitos e discriminação, na sociedade e na legislação. Mesmo se tratando de uma das mais antigas formas de família, sua importância como tal, veio somente na Constituição Federal de 1988.

O artigo 1.603 do Código Civil de 1916 dispunha sobre a ordem de vocação hereditária, segundo a qual o cônjuge, e apenas o cônjuge, não o companheiro, figurava na terceira classe. O critério, assim como o do atual código, era de prioridade de uma classe em relação a outra. O cônjuge seria chamado à sucessão unicamente na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes. No entanto, deve-se analisar que no código em comento, o regime legal de bens foi o da comunhão universal de bens até a alteração para o da comunhão parcial com a lei do divórcio (lei n. 6515/77), e assim ao cônjuge era garantida a meação.

No regime jurídico do Código de 16, o cônjuge não era herdeiro necessário. Desta forma, o cônjuge poderia ser eliminado da sucessão, bastando que o de cujus não o considerasse em seu testamento. Se, contudo, não fossem casados sob o regime da comunhão universal de bens, era seguro ao viúvo, enquanto assim o fosse, usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, existindo filhos exclusivos ou comuns. E não havendo filhos, mas ascendentes, o cônjuge sobrevivente faria jus a metade dos bens, nos termos do § 1º do artigo 1.611 do código anterior, com alteração dada pelo Estatuto da mulher casada, Lei 4121/62 .

O Código Civil de 1916 não fazia previsão a respeito do direito sucessório do companheiro, visto que a família legítima era formada apenas pelo casamento, não se admitindo outras formas. Em sua vigência, a Lei No. 8.971 de 1994, estabeleceu os primeiros parâmetros para a união estável, conferindo direitos aos companheiros. Os artigos 2º e 3º da referida lei disciplinavam os aspectos sucessórios, que se restringiam ao usufruto de parte do patrimônio, caso houvesse outros parentes sucessíveis de linha reta, sendo que a totalidade da herança somente lhes era conferida na hipótese de inexistência dessa classe de herdeiros:

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

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

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

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

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

Desta maneira, a Lei No. 8.971 de 1994, ainda que estabelecendo um sistema misto de direitos sucessórios, admitiu o companheiro como herdeiro. O companheiro de acordo com Tartuce e Simão (2010, p.219, grifo do autor), tinha os seguintes direitos:

Usufruto dos bens do falecido nas hipóteses de concorrência com descendentes ou ascendentes do de cujus. Em concorrência com os descendentes do falecido, o companheiro tinha direito de usufruto sobre $\frac{1}{4}$ dos bens do morto. Se o morto não deixasse descendentes, mas apenas ascendentes, o usufruto do companheiro se dava com relação a metade dos bens. Direito real de habitação enquanto vivesse ou não constituísse uma nova união ou casamento, haveria o direito real relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A Lei nº.: 9.278 de 1996, além de acompanhar o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, acrescentou alguns pontos relativos aos direitos dos companheiros no que se refere ao direito de habitação, sem revogar os direitos que já eram conferidos pela lei anterior.

Os artigos 5º e 7º abordavam a sucessão do companheiro. *In verbis*:

Art. 5º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do “caput” deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 7º - Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Gonçalves (2012, p. 189, grifo do autor), tece as seguintes considerações:

A promulgação da Lei n. 9.278/96 e a manutenção de dispositivos da Lei n. 8.971/94 que não conflitassem com aquela acabaram por conferir mais direitos à companheira do que à esposa. Esta poderia ter o usufruto viual ou o direito real de habitação, dependendo do regime de bens adotado no casamento, enquanto aquela poderia desfrutar de ambos os benefícios.

Ao companheiro sobrevivente, portanto, foi concedido direito real de habitação do imóvel residência da família, enquanto este não constituísse nova família.

Porém, esta ocasião persistiu por pouco tempo, em 2002 passou a existir o novo Código Civil que ao invés de praticar adaptações, sustentando o que já era previsto no Código Civil de 1916, dando mais direitos ao cônjuge do que ao companheiro, ou seja, o que era para equiparar acabou sendo desigualado mais ainda, sendo assim, a situação do companheiro ficou extremamente inferior.

Um diferencial faz reverência ao direito real de habitação, vez que o Código Civil de 2002 não o aproveita expressamente com relação ao companheiro sobrevivente. Nesse sentido, conforme esclarece Tartuce, predomina o entendimento presente no Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil: "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da anotação analógica do art. 1.831, confirmado pelo art. 6º, caput, da CF/88".

Tal sistema, suportado pelas duas leis, foi considerado como mais vantajoso que o implantado pelo Código Civil de 2002 no artigo 1790 (TARTUCE, 2016, p. 241), até perder sua eficácia ao ser julgado inconstitucional.

Com isso, os autores Tartuce e Simão (2010) citam não apenas os diversos tratamentos, mas chama atenção para o local onde o legislador escolheu para colocar o único dispositivo que aceita a sucessão do companheiro. Neste sentido Zeno Veloso (2006, p. 1484): “Mal não, o dispositivo está pessimamente localizado! Vale dizer, alias, que o atual art. 1.790 do CC/2002, que trata do tema, sequer constava do Projeto 634/1975, tendo sido introduzido pelo então Senador Nelson Carneiro, no ano de 1997.”

Feitas estas exposições de acordo com a sucessão do companheiro, dá-se continuidade a análise do dispositivo que a disciplinou a partir do novo Código Civil de 2002, até por sua conclusão como inconstitucional, o art. 1.790:

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.

Pela leitura desse artigo, pode-se perceber que caso os companheiros no tempo em que permaneceram juntos não tenham contraído patrimônio oneroso (moveis e imóveis) na assiduidade da união, falecendo um destes, não caberá coisa alguma de seu patrimônio anterior ao relacionamento.

Deste modo esclarecem Tartuce e Simão (2010, p. 226, grifo do autor):

Curiosamente, fica a conclusão de que com relação à sucessão do companheiro a regra será a seguinte: quanto aos bens em que há meação, o companheiro também será herdeiro. Sobre os bens em que não há meação, o companheiro também não terá direitos sucessórios. Como se vê, as regras diferem completamente das previstas para a sucessão do cônjuge, razão pela qual [...] há julgados entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo relativo à união estável (cf. item 2.5.2.9).

Ressalta-se que no regime de bens na união estável, foi apontada a diferença da escolha do cônjuge e do companheiro. Sendo que são feitos de formas diferentes, ou seja, para aquele é feito por meio do pacto antenupcial, e para esse é na forma de contrato de convivência, sendo os dois facultativos, não celebrando estes, o regime de bens será de comunhão parcial.

Entretanto, na ocasião da separação os direitos preservados na vigência do regime de comunhão parcial, do companheiro ou do cônjuge são os mesmos, no entanto na hora de suceder isso não havia paridade.

Evidencia-se, ainda, que mesmo realizando o contrato escrito em cartório onde os companheiros discordam do regime de separação de bens adotado pelo código, esta modificação nada implica na ocasião da sucessão.

Nas palavras de Tartuce e Simão (2010, p. 227), “[...] o fato de o contrato entre os companheiros ter alterado a relação patrimonial existente entre eles não altera a regra sucessória prevista no art. 1.790 do Código Civil.”

No caso da concorrência entre o companheiro e os descendentes esta é aprofundada, utilizando-se do disposto no art. 1.790, inciso I e II do Código Civil de 2002:

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; [...]

O assunto controverso na sucessão do companheiro e que foi alvo de grande de discussão pela doutrina na sucessão do cônjuge, é a filiação híbrida, ou seja, quando há concorrência com filhos comuns e exclusivos.

Era perceptível na doutrina sobre o assunto a existência de três diferentes posicionamentos segundo Peixoto (2010), primeiramente é que tantos filhos comuns como exclusivos precisariam ser considerados como aqueles, atribuindo-se ao companheiro igualdade aos descendentes. Em segundo que todos fossem tratados como filhos exclusivos, cabendo ao companheiro o mesmo que caberia aos descendentes. E o terceiro posicionamento é de que pertenceria uma quota e meia ao companheiro, consentindo este em situação mais cômoda e beneficiária diante aos descendentes.

Para Gonçalves (2012, p.197):

Por conseguinte, o inciso II do art. 1.790 do Código Civil só garante aos descendentes quinhões correspondente ao dobro do que for atribuído à companheira quando forem todos descendentes exclusivos do de cujus. Havendo descendentes comuns e unilaterais, aplica-se a regra do inciso I, assegurando à companheira quinhão igual ao daqueles.

Após as importâncias relacionadas à sucessão dos descendentes competindo com o companheiro, cabe a apreciação da sucessão deste com outros parentes do de cujus, ajustado no inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002, a seguir exposto:

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: [...]

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

Citado dispositivo que aborda os direitos sucessórios dos pais do falecido (ascendentes) e dos parentes até quarto grau (colaterais), sobrando apenas um dos ascendentes vivos, seria dividido em dois terços para este e permaneceria o companheiro com seu um terço dos bens onerosos. Se tornando idêntica a posição do cônjuge concorrente com os ascendentes, no caso em que herda concorrendo com ambos.

Entretanto, ao herdar com apenas um só dos ascendentes de primeiro grau, ou com ascendentes de grau maior, o cônjuge continuava levando vantagem, vez que concorreria na fração de metade. Além disso, o inciso dispunha a respeito de concorrência também com

quaisquer colaterais, até quarto grau, situação que o Código não impõe ao cônjuge, uma vez que este, sozinho, tem preferência na ordem de vocação hereditária aos colaterais.

Dando sequência no art. 1.790 do Código Civil em seu inciso IV, não existindo parentes sucessíveis o companheiro herdava a totalidade da herança.

Tartuce (2010) entende que este inciso apresentaria uma interpretação desconsiderando o preceito do caput do artigo, uma vez que o art. 1.844 do Código Civil é claro ao expor que não existindo cônjuge, companheiro ou qualquer outro parente sucessível, o poder público receberá estes bens, analisados como herança jacente. Interpretação diferente levaria à remessa dos bens comuns ao cônjuge e jacência dos bens particulares.

Além disso, deve-se entrar a um assunto, o direito sucessório simultâneo do cônjuge e do companheiro. Desta forma cabe o exame do art. 1.830 do Código Civil de 2002:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

De acordo com Gonçalves (2012), pelo artigo 1830, caberá ao companheiro os bens obtidos no decorrer da união estável e para o cônjuge os bens que competiam ao de cujus, anterior ao acontecimento inicial da união estável. E por último, mas não menos importante, cabe tecer conceitos sobre a habitação do companheiro sobrevivente.

Evidenciado todos os direitos do companheiro, fazendo uma análise de suas diferenças com o tratamento dado para o cônjuge, compete em fim à análise da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

O art. 1790 foi julgado inconstitucionalmente no ano de 20106, então não há uma posição decisiva e pacífica sobre a sucessão dos companheiros que vivem em união estável.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CODIGO CIVIL : UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Chega-se ao ponto mais importante do estudo que é a inconstitucionalidade do art. 1.790, frente à existência ou não de tratamento desigual no decorrer da sucessão do companheiro e do cônjuge pelo legislador infraconstitucional.

Como pode ser notado no tópico anterior, no Código Civil de 2002 vários equívocos foram cometidos por parte do legislador, os quais foram resumidos em: a) restringir o companheiro a herdar apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união; b) diferenciar os filhos comuns e exclusivos do de cujus, enaltecendo também sua concorrência entre eles; c) estabelecer concorrência com os outros herdeiros além dos necessários, conferindo ao companheiro apenas a quota de um terço; d) risco de interpretação, diante da inexistência de um ascendente, descendentes e colaterais, de que herdará o companheiro sobrevivente a totalidade dos bens comuns, subsistindo patrimônio particular como jacente até que restasse arrecadado pelo Estado.

Em questão ao entendimento ultrapassado aonde a união estável e o casamento não tem a capacidade de ser tratados com isonomia, pensam Tartuce e Simão (2010, p. 255) que:

O fato de a lei dever facilitar a união estável em casamento significa, para alguns, que o casamento é instituto hierarquicamente superior a união estável e, portanto, qualquer vantagem que a lei ordinária atribua à união estável, que superem as vantagens do casamento, seria considerada inconstitucional. Para outros, a determinação constitucional apenas impede que a lei infraconstitucional dificulte a conversão da união estável em casamento. Seria uma norma proibitiva da imposição de qualquer dificuldade, mas não geradora de hierarquia entre as duas formas de constituição de família.

Não pode se haver o entendimento de que a família é apenas a que se forma com a celebração contratual, sendo esse entendimento ultrapassado, uma vez que abordado no decorrer do presente estudo a família hoje é constituída pelo afeto, sendo conceituada assim como família, os companheiros precisariam ter total proteção do Estado, não se importando de como se deu a constituição do vínculo. Com isso, evidencia-se que a Constituição é a norma vértice do sistema jurídico brasileiro, e como tal, deve se ter como premissa para formar qualquer outra lei. Sendo assim, a legitimidade das demais ficou condicionada à sua compatibilidade com as normas constitucionais, as quais não sendo ressaltadas, devem ser alegadas como inconstitucionais. Esta afirmativa ocorre do princípio da superioridade da constituição, que segundo Pedro Lenza (2011), originará efeitos para todos os ordenamentos.

Constitucionalidade e inconstitucionalidade trazem conceitos que tem entre si uma certa conexão, e segundo o doutrinador Jorge Miranda (2001, p. 273), mencionado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gunet Branco (2012, p.1093) é:

A relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.

Essa discordância da norma deve ser afirmada pelo órgão competente. No Brasil, o controle de constitucionalidade segundo Peixoto (2010), se dá de formato repressivo, sendo o próprio poder judiciário quem ficará responsável pela fiscalização da lei ou do ato normativo, tendo a obrigação de retirar aqueles que não permanecerem de acordo. Este domínio desempenhado pode se ocorrer de duas formas reservadas, concentrado ou por via de ação, e ainda, pela forma exclusiva, aberta, por via de exceção ou defesa, portanto, este controle se dá de forma mista.

Segundo Peixoto (2010), são legitimados para desempenhar o domínio difuso as partes do processo, terceiros aleatórios admitidos como intervenientes e também o representante do Ministério Público, que conforme o aludido autor opere como custos legis.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p.728), abordam sobre este mando de inconstitucionalidade feito de ofício pelos juízes e tribunais:

O juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses tem por poder-dever a defesa da Constituição. Note-se que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que esses não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional.

De tal modo, perante tantas distinções coube aos tribunais ter um posicionamento sobre o tema, procurando garantir os direitos do companheiro, visto que a lei conferida com essa finalidade não vem resguardando a adequada paridade com o cônjuge.

O Tribunal do Rio Grande do Sul que sempre manteve uma aparência de ser inovador assumiu uma atitude mais conservadora perante esse tema, considerando que o legislador não atribuiu tratamentos iguais entre cônjuge e companheiro:

SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam seqüelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Deste modo, o Superior Tribunal de Justiça também veio a esclarecer:

RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (BRASIL, 2010).

Vale ressaltar e é de suma importância o esclarecimento de que mesmo os tribunais decidindo pela constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, eles assinalavam a injustiça incumbida quanto à sucessão do companheiro. Entretanto, os Tribunais do Estado do Paraná, Rio de Janeiro e Sergipe vinham entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sendo assim a jurisprudência do Estado do Paraná:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO STATUS "DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. (PARANÁ, 2009).

No decorrer de toda essa análise das disputas de tratamento entre o cônjuge e o companheiro, compete a análise dos princípios transgredidos pelo presente artigo, sendo estes fundamentos usados pelos tribunais para a consideração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, como o princípio da igualdade/isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade ou isonomia, está evidenciado no artigo 5º, caput da Constituição Federal em vigor, que diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Através deste princípio, busca-se o cumprimento eficaz da justiça, a lei busca dar tratamento equânime a todos. Deste modo, é indispensável dar tratamento desigual aos desiguais na correta medida de suas disparidades, com a finalidade de se conseguir não apenas a igualdade formal (encontrada na lei), mas, sobretudo a igualdade material (a realidade).

Não se deve aceitar um tratamento desigual ao cônjuge e companheiro dessa maneira, pois isso seria resguardar mais o primeiro tipo de família do que o segundo, somente por ter tido a opção de celebrar sua união através do casamento.

Deste modo, esclarece Ana Luiza Maia Nevares (*apud* PEIXOTO, 2010, p. 53, grifo do autor):

Esta situação, sem dúvida é uma contrariedade do ordenamento constitucional, violando o princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízos de outros, de forma injustificada. [...] Dessa forma, apesar do casamento e união estável encerrarem situações diversas, este fato não é suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo-se mais direitos sucessórios a uma ou outra entidade familiar, pois ambas constituem família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (CF/88, art. 226, caput) e é a família o organismo social legitimador do chamamento de determinada pessoa à sucessão, em virtude do dever de solidariedade que informa as relações familiares.

Outro tema que foi violado é o da dignidade da pessoa humana localizado em nossa Constituição Federal no artigo 1º, inciso III. Dentro de uma teoria de direitos fundamentais, para um ser humano ter dignidade é indispensável proteger estes requisitos mínimos de uma vida íntegra. Deste modo, segundo Peixoto (2010), dar ao casamento tratamento privilegiado perante da união estável é o mesmo que insultar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo que ser confiável a esses um “patrimônio mínimo”. Sendo assim, nos termos de Peixoto (2010, p. 59), “[...] imprescindível se fazer uma interpretação hermenêutica que privilegie os princípios e normas constitucionais em face da normativa civilista.”

Diante disso o fato é que o STF entendeu, por fim, que o art. 1790 CC é inconstitucional, vez que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto a herança. No julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, em 10 de maio de 2017, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que dispõe sobre o direito sucessório dos companheiros, sendo que tal decisão se deu com repercussão geral.

O RE 646.721, do Estado do Rio Grande do Sul foi interposto contra acórdão da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que desproveu agravo de instrumento, diante de decisão de partilha de bens no inventário. Na referida decisão, o Tribunal do Rio Grande do Sul decidiu com base no artigo 1790, dizendo que os companheiros tem direito à herança apenas no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. O julgado considerava ser imprópria a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge, e afastava a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, ao caso, considerando que a Constituição Federal não igualou, para todos os fins, o casamento e da união estável, já que o § 3º do seu artigo 226, diz que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada pela lei, interpretando que daí haveria substancial diferença entre os institutos.

O STF decidiu não apenas pela declaração da inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, mas também pela aplicação do art. 1.829 do Código Civil também à sucessão concorrente do companheiro. A seguir, a ementa do julgamento:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. 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, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 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 de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o 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. 3. 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. 4. 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”. (BRASIL, STF, 2017)

No julgamento venceu, mais uma vez, a tese de equiparação de direitos entre o casamento e a união estável, visto que este sempre foi um ponto nevrálgico no Código Civil de 2002. Entretanto, no julgamento não se fez menção à qualidade de herdeiro necessário do companheiro, vez que ele não é contemplado no artigo 1845 como tal. O tema dividiu e ainda divide a doutrina, mesmo após o julgamento pelo inconstitucionalidade do artigo 1790. Filiando-se aos que entendem pela inclusão do companheiro como herdeiro necessário, Flávio Tartuce (2018, não paginado) pondera que:

Em suma, a minha posição é que da decisão do Supremo Tribunal Federal retira-se uma equiparação sucessória das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma equiparação total que atinge todos os fins jurídicos, caso das regras atinentes ao Direito de Família. Em outras palavras, não se pode dizer, como tem afirmado Mario Luiz Delgado, que a união estável passou a ser um casamento forçado. Em resumo, o decisor do Supremo Tribunal Federal gera decorrências de equalização apenas para o plano sucessório.

A decisão de se considerar ou não o companheiro como herdeiro necessário não toca apenas a questões de solidariedade familiar, mas também à validade de atos de última vontade finalizados antes do julgamento do artigo 1790. Uma pessoa vivendo em união estável poderia ter testado a totalidade de seus bens diante da ausência de herdeiros necessários. Em prevalecendo o entendimento de que a equiparação do cônjuge ao companheiro para fins sucessórios pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC tornou o companheiro herdeiro necessário, há que se fazer a interpretação de que o testamento, feito sem ressalva da legítima, deve ser considerado rompido, por interpretação do artigo 1.974 também do CC, que diz que se rompe o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários

Como visto, a decisão do STF pacificou apenas a concorrência do companheiro. Entretanto, sua consideração como herdeiro necessário tem enormes implicações de ordem prática que podem, ainda, serem levadas à julgamento pelos Tribunais.

5 CONCLUSÃO

Após a análise desde a instituição familiar, passando pela união estável, e em fim sua sucessão, não tem como deixar passar o modo de como esta espécie de família vem alcançando direitos a passos vagarosos na sociedade brasileira, podendo notar todo preconceito social que por anos, e ainda hoje atravessam. Em tempos de igualdade de sexo, raça e religião, para que originar a desigualdade em uniões familiares, enaltecendo aquelas que se unem por única e exclusiva vontade de afeto, amor e carinho? A realidade é outra e os valores também dessa forma frente a descaso legislativo competem aos tribunais promoverem justiça.

O estudo fez referencia a temática do instituto familiar, procurando sua origem, e salientando as modificações advindas para a atual família contemporânea. Logo em seguida deu se o estudo da família instituída pela união estável, atingindo sua história, sua formação e regime de bens.

Constatou-se que o casamento não é a exclusiva forma de família vivente, ou seja, com a possibilidade do divórcio/separação veio também à família monoparental, constituída por um dos pais e filhos e também a família homoafetiva, entre pessoas do mesmo sexo, e ainda a família formada pela união estável, entre homem e mulher, sem restrições matrimoniais.

A união estável por vários anos foi uma união discriminada, pois bem antes de seu reconhecimento era versada como concubinato, que era analisada de duas formas, puro e impuro. Essa abordava a união de homem e mulher, onde um ou ambos estavam casados, e assim era impossível formar uma nova família, sendo uma união distinguida pela bigamia. Já aquela é a união constituída entre homem e mulher livres e desimpedidos.

Deste modo, a religião desaprovava estas formas de família, no entanto isso não evitou que estas deixassem de surgir, deste modo os companheiros permaneceram lutando por seus direitos bem como a importância frente esta sociedade preconceituosa. Diante da união de fato apareceram efeitos jurídicos, os quais trouxeram repercussão no judiciário fazendo com que o mesmo se articulasse sobre esses direitos. Foi assim que a união estável conseguiu a passos lentos ver seus direitos garantidos, sendo cometidas muitas injustiças para que então esta forma de família livre apresentasse um reconhecimento constitucional.

Após o seu reconhecimento surgiram duas leis com a intenção de buscar a proteção desta forma de família são elas a Lei 8.971/94 e 9.278/96. A primeira trouxe os requisitos para o reconhecimento da relação entre os companheiros, seus direitos e deveres, bem como

usufruto na habitação no período da sucessão, e a segunda discorre com exclusividade sobre a sucessão do companheiro. Portanto, foi equiparado os direitos do cônjuge e em alguns casos, até mesmo, pode se ver um favorecimento ao companheiro em igual situação com o cônjuge.

No entanto, mesmo com seus direitos preservados pela Constituição e pelo Código Civil, a sucessão do companheiro se apresentou de forma, se não injusta, incompreensível. Quando todos idealizavam que o legislador infraconstitucional respeitando o preceituado na Carta Magna nacional regularia os direitos do companheiro igualados aos do cônjuge, o mesmo, com muita má vontade voltou atrás com tais direitos que já se havia aferido, e de uma forma bem diferente colocou em posição inferior no momento de suceder em comparação ao cônjuge.

O trabalho apresentou o entendimento dos tribunais, onde foi possível perceber que não houve um entendimento pacificado a respeito da equiparação do cônjuge ao companheiro, até que o STF a declarou, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, ainda que permaneça a dúvida a respeito da condição do companheiro como herdeiro necessário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agravo de Instrumento nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22043415/agravo-de-instrumento-ai-70048339006-rs-tjrs/inteiro-teor-22043416?ref=juris-tabs>. acesso em 22/05/2020

BRASIL. Agravo de instrumento nº 781868620138260000, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville, Julgado em 25/07/2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116837446/agravo-de-instrumento-ai-781868620138260000-sp-0078186-8620138260000/inteiro-teor-116837456>> Acesso em 22/05/2020

BRASIL. Constituição Federal(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro, Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 5

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. Local: São Paulo: Saraiva, 2012. (Sinopses Jurídicas). v. IV.

JUS BRASIL. **STF entende que art. 1.790 do CC é inconstitucional**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional>>.Acesso em: 05 Mar. 2020

JUS BRASIL. **Equiparação entre companheiro e cônjuge no plano sucessório**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69154/equiparacao-entre-companheiro-e-conjuge-no-plano-sucessorio>. Acesso em: 06 Mar. 2020

LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**, 4ª Edição, - Rio de Janeiro – Ed. Forense, 2011, página 1.050

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. Comentários à parte geral e a sucessão legítima, 4. ed. - Rio de Janeiro - Lumen Juris, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Niterói: Impetus, 2007.

PEIXOTO, Paulo Daniel Sena Almeida. **A tutela sucessória dos companheiros: uma visão civil constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

SÃO PAULO. Agravo de instrumento nº 499944620138260000, Sétima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Miguel Brandi, Julgado em 21/08/2013.

STF. Ano de 2008. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>> Acesso em 08 Nov. 2019

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: família**. São Paulo: Método, 2007, v. 5.

TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Disponível em

<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/604480778/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>> Acesso em: 01 Jun. 2020.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.