



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os direitos sucessórios na união estável – Análise da constitucionalidade do artigo 1790 do
Código Civil

Isabela Brasil de Andrade Lagoeiro Jorge

Rio de Janeiro

2015

ISABELA BRASIL DE ANDRADE LAGOEIRO JORGE

**Os direitos sucessórios na união estável – Análise da Constitucionalidade do artigo 1790
do Código Civil**

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2015

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL

Isabela Brasil de Andrade Lagoeiro Jorge
Graduada pelo Centro Universitário La Salle do
Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente estudo se dedica a analisar o direito sucessório do companheiro de união estável no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a edição do Código Civil de 2002. Com o advento da Constituição de 1988 a união estável foi reconhecida como entidade familiar ao lado do casamento, cabendo a esse instituto igual dignidade e proteção estatal. O legislador infraconstitucional, contudo, optou por disciplinar a sucessão do companheiro de forma diversa da do cônjuge, gerando inúmeras críticas da doutrina e divergências na jurisprudência. A essência do trabalho é abordar o instituto da união estável e sua evolução legislativa e a sucessão legítima do companheiro, analisando, destacadamente, o artigo 1.790, do Código Civil.

Palavras-chave: Direito Civil. Entidade Familiar. União Estável. Sucessão.

Sumário: Introdução. 1. A união estável e sua evolução legislativa. 2. Direito sucessório do companheiro em comparação com o cônjuge. 3. Análise da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo consiste em analisar os direitos sucessórios na união estável, com enfoque na análise da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tendo em vista a controvérsia sobre o tratamento normativo diferenciado dado ao companheiro, não justificável à luz dos princípios constitucionais do Direito de Família.

A Carta Magna de 1988 alterou significativamente os aspectos familiares, incluindo outras formas de entidades, dentre elas, a união estável, a teor do disposto no artigo 226, §3º do texto constitucional. Após essa previsão, a nova entidade restou merecedora da proteção do Estado, surgindo, assim, leis no intuito de regulamentá-la, especialmente o novo Código Civil de 2002.

Com efeito, o referido diploma resolveu tratar diferentemente a sucessão do companheiro da sucessão do cônjuge, sendo, dessa forma, objeto de inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais.

No primeiro capítulo, cuida-se de uma breve análise do tratamento conferido à união estável pela Carta Magna de 1988, catalogando os requisitos para sua configuração e os direitos garantidos aos companheiros à luz das leis n. 8.971/94, 9.278/96 e do Código Civil de 2002.

No segundo capítulo, o objeto de estudo é demonstrar e analisar os direitos sucessórios do companheiro supérstite, comparando-os com os direitos conferidos aos cônjuges, com uma breve análise da legislação referente ao tema.

No terceiro e último capítulo promove-se uma análise mais profunda da regra prevista no artigo 1.790 do Código Civil, defendendo a sua inconstitucionalidade, pois tal norma não encontra respaldo nos princípios norteadores do tema. Busca-se ainda defender que os direitos sucessórios do companheiro devem ser realocados no Código Civil, devendo ser tratados no título da sucessão legítima, junto à ordem da vocação hereditária de parentes do *de cuius* e de seu cônjuge sobrevivente.

Este artigo, visando ao trabalho final de conclusão de curso, justifica-se pela necessidade de analisar a constitucionalidade das regras atinentes aos direitos sucessórios dos companheiros que vivem em união estável, haja vista que o Código Civil de 2002 resolveu tratar diferentemente a sucessão do companheiro da sucessão do cônjuge, sendo, dessa forma, objeto de inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais.

Na pesquisa, foram adotados os métodos científicos, indutivo e dedutivo, visando a um modo de pensar ordenado, coerente e lógico. Valendo-se do raciocínio indutivo, o propósito foi obter conclusões mais amplas a partir dos dados coletados a respeito do tema pesquisado. Usando o método dedutivo, partiu-se de dados gerais sobre o tema para extrair deles afirmações que permitam o estudo da jurisprudência.

A presente pesquisa tem cunho teórico, pois foi trabalhado material bibliográfico suficiente para revisão do tema e sustentação de abordagem projetada no objeto da

investigação. Portanto, os dados foram levantados em livros, artigos publicados em revistas, decisões dos Tribunais e textos legais. Assim, a pesquisa envolveu a análise da legislação, doutrina e jurisprudência dos tribunais.

A pesquisa tem caráter explicativo, por se cuidar de registrar fatos, analisá-los, interpretá-los e identificar seus aspectos jurídicos, promovendo-se interpretação necessária à formulação de respostas para questões sobre o tema.

1. A UNIÃO ESTÁVEL E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No ordenamento jurídico pátrio o instituto da união estável possui previsão legal no artigo 226, §3º da Carta Magna, nos artigos 1.723 a 1.727 e 1.790, do Código Civil, bem como nas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

A união estável consiste em uma relação duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, sem a formalização do matrimônio. Para tanto, é fundamental que haja vontade ou o compromisso pessoal e mútuo de constituir família.

Maria Helena Diniz¹ afirma que a união estável é uma relação afetiva próxima ao casamento, não sofrendo, porém, suas restrições formais, mas ainda, mantendo certos requisitos em comum.

Carlos Roberto Gonçalves² declara que não é o tempo com determinação de números de anos que deverá caracterizar uma relação como união estável, mas outros elementos mencionados: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família, v. 5. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 270.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 554.

No que tange a convivência *more uxória*, esclarece ainda Carlos Roberto Gonçalves³:

[...] É mister uma comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar.

No Brasil, antes do reconhecimento jurídico da união estável, as pessoas que assim viviam eram consideradas como concubinas, conforme assinala Vitória Dall'Osso Diniz⁴:

[...] A união estável por muito tempo ficou conhecida como concubinato, por muitas vezes tal denominação foi considerada um ato impuro, proibido. Era considerado impuro porque na época do Direito Romano quem era concubina não tinha intenção de formar família.

No concubinato impuro nem sempre tais relações iam por esse caminho de não formar uma família, foi aí que surgiu o concubinato puro que seria uma relação não oficializada mais com intenção de formar uma família.

O atual instituto, portanto, era considerado como concubinato, ficando de fora da regulamentação do direito de família, sendo apenas considerado como uma sociedade de fato que deveria ser judicialmente dissolvida, com base nas regras do direito das obrigações, visando tão somente evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em relação à outra.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar em seu artigo 226, §3º, nos seguintes termos: “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.”⁵

Com a regulamentação constitucional da união estável, era imprescindível sua regulamentação infraconstitucional, o que se deu através da elaboração das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. A primeira tratou do direito de usufruto e do direito à herança e a segunda norma regulamentou o direito real de habitação dos companheiros que vivem em união estável.

³ Ibid., p. 557.

⁴ DINIZ, Vitória Dall'Osso. A. Periódicos eletrônicos: *A união estavel e o direito sucessório*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33333/a-uniao-estavel-e-o-direito-sucessorio#ixzz3Wc9Fv828>. Acesso em: 02 Abr. 2015.

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Abr. 2015.

A partir desse momento a pessoa do companheiro passou a ficar protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que tange aos direitos sucessórios.

Cumprе ressaltar que a Lei n. 9.278/96 não revogou a norma anterior, Lei n. 8.971/94, uma vez que tais normas abarcam diferentes assuntos de um mesmo instituto, sendo certo que ambas continuam vigentes nos dias atuais.

A problemática se instaurou com a vigência do novo Código Civil de 2002, pois a nova legislação não tratou do instituto como era esperado, uma vez que não resolveu as controvérsias que pairavam sobre a doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Conforme afirma Demétrio Tadeu de Sousa Furtado⁶:

[...] O conflito surgiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que tratou da situação da união estável de forma muito superficial, diversamente do que se esperava, pois se vislumbrava uma grande evolução, o que não aconteceu, pelo menos no que tange à tutela sucessória da união estável. Tal norma ao invés de manter ou até mesmo ampliar este direito, fez exatamente o contrário, prejudicando o direito do companheiro sobrevivente em comparação com o do cônjuge.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723 dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”⁷

O §1º do Art. 1723 admitiu expressamente a configuração de união estável entre pessoas que mantiveram o estado civil de casadas, desde que as mesmas estivessem separadas de fato⁸.

Em relação aos direitos sucessórios do companheiro na união estável, quando da análise do artigo 1790 do Código Civil de 2002, observa-se a injustiça praticada por parte do

⁶FURTADO, Demétrio Tadeu de Sousa. A. Periódicos eletrônicos: Direito sucessório na união estável: *Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380. Acesso em: 03 Abr. 2015.

⁷BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁸ Ibid.

legislador do texto civilista em comparação com o tratamento do direito sucessório dispensado aos cônjuges.

Tal afirmativa se dá pela localização topográfica do instituto da união estável no Código Civil de 2002, eis que o tratamento legal se dá no Título I, Capítulo I, enquanto a sucessão do cônjuge encontra-se estabelecida no Título II, Capítulo I, todos do Livro V – Do Direito das Sucessões.

Deste problema, surge, portanto, um retrocesso, haja vista que, embora o Código Civil de 2002 tenha regulamentado a união estável e seu direito sucessório, tal regulamentação não se deu com observância aos preceitos constitucionais, uma vez que deixou de dar um tratamento isonômico aos cônjuges e companheiros.

2. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO EM COMPARAÇÃO COM O CÔNJUGE

O direito sucessório dos companheiros começou a ser tratado pelas já citadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, editadas após o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988.

A primeira norma, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, em seu art. 2º, incisos I, II e III,⁹ disciplinou que o companheiro comprovado de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, que convivesse com ela há mais de cinco anos, ou dela tivesse prole, participaria da sucessão, nas seguintes condições:

Art. 2º (...)

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

⁹BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

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

Posteriormente, entrou em vigor a Lei n. 9.278/96, que regulava o §3º do art. 226 da Constituição Federal, dispondo, em seu art. 7º, parágrafo único¹⁰, acerca do direito real de habitação, no sentido de que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

O companheiro passou, então, a dispor de uma posição privilegiada em relação ao cônjuge supérstite. Enquanto o companheiro sobrevivente podia cumular os direitos de usufruto e habitação, por exemplo, o viúvo ou a viúva tinham direito a um benefício ou outro, nos termos do artigo 1.611, §§ 1º e 2º¹¹ do Código Civil de 1916.

Verificava-se, portanto, uma tendência do legislador a aproximar os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros.

A situação já estava se consolidando na doutrina e jurisprudência, com apenas algumas objeções secundárias, quando, em 2002, surgiu o Código Civil que alterou toda a situação com relação à sucessão dos companheiros.

Com a edição do novo Código Civil, ocorreu um enorme retrocesso, já que o legislador optou por disciplinar a sucessão do companheiro em dispositivo à parte, afastando-a das disposições concernentes ao cônjuge sobrevivente.

Nas palavras de Ana Luiza Maia Nevares¹²:

O Código Civil de 2002 regula a sucessão dos companheiros em seu art. 1.790, no Título I, referente à Sucessão em Geral. De acordo com referido dispositivo, a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (CC/02, art. 1.790, *caput*), concorrendo com filhos comuns, hipótese em que terá direito a uma quota

¹⁰BRASIL. Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

¹¹BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

equivalente à que por lei for atribuída ao filho (CC/02, art. 1.790, I), concorrendo com descendentes só do autor da herança, quando lhe tocará a metade do que couber a cada um daqueles (CC/02, art. 1.790, II), e concorrendo com outros parentes sucessíveis, ocasião em que terá direito a um terço da herança (CC/02, art. 1.790, III). Não havendo parentes sucessíveis, o Código Civil prevê que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC/02, art. 1.790, IV). No entanto, note-se que, nesta última hipótese, a totalidade da herança se refere unicamente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em virtude do que determina o caput do art. 1.790.

Segundo o artigo 1.790¹³ do CC/02, a sucessão dos companheiros se dará em concorrência com descendentes, ascendentes e outros parentes sucessíveis em relação apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, não compreendendo, assim, os bens pertencentes ao falecido antes do início da convivência, nem os bens adquiridos a título gratuito durante ela.

O supracitado artigo trouxe outros prejuízos, pois não reconheceu o companheiro como herdeiro necessário, como ocorreu com o cônjuge, no art. 1.845 do Código Civil, bem como não lhe assegurou cota mínima. Ademais, além de ter sido inserido em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, não lhe foi conferido direito real de habitação.

Ocorre, porém, que o companheiro, assim como o cônjuge, é o único componente estável e essencial da entidade familiar, já que os filhos, em determinado momento, irão seguir seus caminhos, formando suas próprias famílias. Por essa razão, o companheiro também deveria ter sido englobado na categoria dos herdeiros necessários.

Observa-se que, diante dessas novas regras, o convivente pode ser excluído da sucessão. Para isto, basta que haja um testamento dispendo sobre a totalidade da herança, ou, no caso de haver outros herdeiros necessários, tais como os descendentes e ascendentes, dispendo sobre a parte disponível.

Para Maria Helena Diniz¹⁴, a diferenciação se deu de forma correta:

¹³BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015

¹⁴DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. v. 6. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154-155.

A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente, não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem. Não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais freqüente entre nós. Dá-se uma solução humana ao amparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração no patrimônio autor da herança.

Todavia, muito embora a Constituição Federal não tenha igualado os institutos do matrimônio e da união estável, esta estabeleceu uma evidente equiparação no tratamento dispensado a ambos, estando estes num mesmo patamar de igualdade, asseverando o dever de solidariedade entre os membros da família.

Conforme assevera Ana Luiza Maia Nevares¹⁵:

Para que a solidariedade constitucional (CF/88, art. 3º, I) tenha ampla realização no âmbito do Direito Sucessório, é preciso que as regras da sucessão legal observem a pessoa do sucessor, em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais, não havendo discriminação quanto à entidade familiar a qual pertence o chamado à sucessão. Somente assim será construído um sistema sucessório em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Infere-se, portanto, que o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório se comparado com o posicionamento reservado ao cônjuge. Contudo, se o sistema jurídico à luz da Constituição Federal de 1988 recomenda a proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento, nada justifica essa diversidade de tratamento legislativo.

Em suma, é clara a afronta cometida pela lei civil ao princípio da igualdade, colocando o companheiro em posição muito inferior a do cônjuge, retomando, assim, a ultrapassada mentalidade de que a união estável é uma comunidade familiar inferior ao casamento.

¹⁵NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 125.

3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Diante da clara equiparação trazida pela Constituição Federal de 1988 entre a união estável e o casamento, as novas regras relativas ao primeiro instituto, em especial o disposto no artigo 1.790, do CC, levaram os jurisdicionados a provocar os Tribunais acerca da constitucionalidade das disposições, tanto pela via direta, quanto por meio de incidentes.

Em sua literalidade, dispõe o artigo 1.790¹⁶, do Código Civil:

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.

De início, sob uma análise formal, não há razão para que o artigo acima seja tratado em capítulo à parte, totalmente isolado do Capítulo I, do Título II, do Livro V, especialmente do art. 1.829, CC, que trata da ordem de vocação hereditária.

A circunstância de o dispositivo ter sido introduzido em momento posterior, durante a tramitação do projeto do Código Civil não justifica o tratamento diferenciado da matéria. O correto seria ter incluído a companheira ou o companheiro no próprio art. 1.829, CC, e não acrescentar mais um artigo ao texto do novo código.

O *caput* do artigo 1.790, CC/02 traz uma limitação do direito hereditário do companheiro, restringindo-o aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Todavia, considerando que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1.725 do Código Civil, tal regra não tem sentido.

¹⁶BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015

De acordo com o artigo supra, caso o *de cujus* não tenha adquirido nenhum bem na constância da união estável, ainda que tenha deixado patrimônio valioso formado anteriormente, o companheiro supérstite nada herdaria independente dos herdeiros eventualmente existentes.

Justo seria, na verdade, que o companheiro se beneficiasse da herança, justamente, quanto aos bens particulares do falecido, sobre os quais não recai a meação, assim como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente no art. 1.829, CC.

Vale, no momento, realizar uma breve análise em relação aos incisos do artigo 1.790 do Código Civil.

O inciso I impõe que o companheiro ou a companheira terá direito a uma quota equivalente a dos filhos comuns, no que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

A crítica, nesse ponto, se faz ainda em relação a essa concorrência se dar apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, excluindo-se os demais.

O supra mencionado inciso II, estipula que, concorrendo o companheiro com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. Assim, o companheiro terá direito à metade do que couber ao descendente, em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como já dito.

O inciso sob análise realiza a equivocada distinção entre descendente apenas do *de cujus* e descendentes comuns, havidos da união entre o autor da herança e o companheiro sobrevivente. Tal distinção não encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil, eis que esta, no §6º do artigo 227¹⁷, proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, devendo os filhos ser considerados de forma igualitária como ascendentes.

¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Abr. 2015.

Com efeito, a solução mais adequada, havendo descendentes que se enquadrem nos incisos I e II, artigo 1.790, CC/02, seria realizar a divisão dos quinhões hereditários de forma igualitária, incluindo o companheiro sobrevivente, afastando, destarte, o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente.

O inciso III, do artigo em análise, refere-se à concorrência do companheiro ou companheira com os ascendentes e os colaterais até o quarto grau, quais sejam os irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do *de cujus*.

Aqui se encontra uma das maiores desigualdades trazidas pelo novo Código Civil entre os companheiros e o cônjuge, ferindo gravemente os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Nesse sentido, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em agosto de 2012, se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, consoante se extrai da seguinte decisão¹⁸:

1ª Ementa - ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE
DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO - Julgamento: 06/08/2012 -
ORGAO ESPECIAL
Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável.
Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a "nova família". Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário. (Processo nº 0019097-98.2011.8.19.0000 - Data de Julgamento: 06/08/2012)

Por fim, o inciso IV do art. 1.790 afirma que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança, lembrando-se que tal totalidade se refere tão

¹⁸BRASIL. OE – Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Processo n. 0019097-98.2011.8.19.0000. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BA949C2676AD8074DE10A958CEF6C7FC9AC4032E172F&USER=>>>. Acesso em: 20 ago. 2015

somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, segundo o estabelecido no *caput* do artigo 1.790 do Código Civil.

No tocante ao inciso acima, vale trazer à baila a crítica da autora Giselda Hironaka¹⁹:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil Brasileiro, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus. Temos que convir. Isso é demais! (...) Sem dúvida, neste ponto o Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbiu de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu as indicações da história da civilização [...]

Diante dessa breve análise do artigo 1.790 do Código Civil e seus respectivos incisos, observa-se que o legislador civilista, além de colocar a companheira e o companheiro em posição inferior se comparado ao cônjuge, ainda acabou por cometer equívocos de colocação, bem como erros materiais, o que faz com que beire a inconstitucionalidade, de forma inegável.

Em suma pode-se dizer que, com a edição do diploma civilista de 2002, o legislador trouxe de volta a já ultrapassada concepção matrimonialista do Código Civil de 1916, provocando um retrocesso sem tamanho na evolução do direito sucessório brasileiro.

A respeito da jurisprudência acerca do tema, com a edição do novo Código Civil, a grande maioria dos Tribunais Estaduais entendia devida a aplicação literal do artigo 1.790, do Código Civil.

Esse entendimento, porém, vem sendo modificado ao longo dos últimos anos. Atualmente, a jurisprudência vem se dividindo acerca da constitucionalidade do artigo em análise.

¹⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Direito das Sucessões. v. 20. Organizador; Aristides Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

A inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC vem sendo apontada com frequência por inúmeros doutrinadores e magistrados, sendo certo que, no STJ, esse entendimento já foi sustentado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, quando da relatoria do REsp. 1.135.354/PB²⁰. Muito embora o mérito não tenha sido analisado, o Ministro Relator manifestou suas críticas ao artigo supra.

Em setembro de 2014, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça começou a discussão acerca da sucessão dos companheiros diante da arguição de inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, feita pelo Ministério Público²¹.

Em análise do referido recurso especial, a Quarta Turma decidiu por remeter a questão à Corte Especial, uma vez que apenas tal órgão pode declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal.

É certo que o Código Civil de 2002 é bastante objetivo e atende a diversas situações jurídicas importantes. Todavia, com relação ao tratamento da união estável, em especial sobre o direito sucessório, este código deixou a desejar, uma vez que impõe diversas barreiras ao alcance dos bens deixados pelo *de cuius* ao seu companheiro.

O entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sob a ótica do direito civil-constitucional, é o mais benéfico e justo perante aquelas pessoas que vivem em união estável.

CONCLUSÃO

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.135.354/PB. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901600515&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

²¹ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM com informações do STJ. *STJ inicia discussão sobre a constitucionalidade da sucessão em casos de união estável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440/STJ+inicia+discuss%C3%A3o+sobre+a+constitucionalidade+da+sucess%C3%A3o+em+casos+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+>>>. Acesso em: 05 set. 2015.

O presente trabalho teve como objetivo analisar a sucessão do companheiro, tendo em vista a controvérsia acerca do regime normativo diferenciado entre a sucessão na união estável e no matrimônio, não justificável à luz dos princípios constitucionais advindos com a Constituição Federal de 1988.

O novo direito de família, trazido pelo constituinte de 1988, assim como o Código Civil de 2002, procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, regendo-se por normas legais e princípios próprios das relações familiares.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base da comunidade familiar, visando garantir o desenvolvimento integral de todos os seus membros.

A Carta Magna, com fundamento no princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, estabelece o reconhecimento da união estável como entidade familiar, tal como sempre ocorreu com o casamento, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Por conseguinte, surgiram as Leis n. 8.971/94, 9.278/96 e o Código Civil de 2002, catalogando os requisitos para configuração da união estável, bem como os direitos garantidos aos companheiros.

O legislador do Código Civil de 2002 optou por disciplinar a sucessão legítima do companheiro em dispositivo à parte das demais disposições atinentes à matéria, mais precisamente no artigo 1.790 do Código Civil. Tal artigo recebeu críticas doutrinárias muito contundentes.

O companheiro não foi alçado à condição de herdeiro necessário, como ocorreu com o cônjuge, no art. 1.845. Tal diferenciação traz relevantes consequências práticas, visto que, sendo negada a condição de herdeiro necessário, ele pode ser excluído da sucessão. Para isto, basta que haja um testamento dispondo sobre a totalidade da herança, ou, no caso de haver outros herdeiros necessários, dispondo sobre a parte disponível.

À luz do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro irá herdar onde já é meeiro, sistemática diversa da adotada para a sucessão do cônjuge que herda onde não é meeiro.

Embora o regime de bens aplicável à união estável seja, em regra, o da comunhão parcial, os companheiros podem estipular outro regime, através de contrato escrito. Caso o façam, porém, não haverá qualquer reflexo em termos de direitos sucessórios, pois será da mesma forma garantida ao companheiro a concorrência com os descendentes apenas quanto aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável.

É evidente que todas as normas contidas no Artigo 1.790 do Código Civil que diferenciam a sucessão entre cônjuges e companheiros padecem de inconstitucionalidade, na medida em que as regras ali estipuladas podem gerar consequências extremamente injustas, além de violar os princípios da proibição ou vedação do retrocesso, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM com informações do STJ. *STJ inicia discussão sobre a constitucionalidade da sucessão em casos de união estável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440/STJ+inicia+discuss%C3%A3o+sobre+a+constitucionalidade+da+sucess%C3%A3o+em+casos+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+>>>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. Lei Nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>.

_____. Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>.

_____. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

_____. OE – Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Processo n. 0019097-98.2011.8.19.0000. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BA949C2676AD8074DE10A958CEF6C7FC9AC4032E172F&USER=>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.135.354/PB. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901600515&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. v. 5. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. v. 6. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Vitória Dall’Osso. A. *Periódicos eletrônicos: A união estável e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33333/a-uniao-estavel-e-o-direito-sucessorio#ixzz3Wc9Fv828>>.

FURTADO, Demétrio Tadeu de Sousa. A. *Periódicos eletrônicos: Direito sucessório na união estável: Novo posicionamento jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5380>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Direito das Sucessões. v. 20. Organizador; Aristides Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.