

O Direito Sucessório do(a) Companheiro(a) no *Novo Código Civil*

Maria Isabel Paes Gonçalves¹

1 - INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise do direito sucessório alcançado pelos *conviventes*, desde a especial proteção à entidade familiar, imposta pela Constituição Federal de 1988, ao afirmar que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado, até a edição de 2002, do *Novo Código Civil*, no que diz respeito ao Direito sucessório do companheiro.

No âmbito da família, partindo do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída pelo casamento, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se dar a mesma proteção legal, ademais quando a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não conferiu tratamento desigual, e digamos até perverso, aos cônjuges e companheiros.

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

¹ Juíza de Direito Titular da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

damentais e patrimônio da sociedade, cabendo ao legislador a importante tarefa de editar normas progressivas e capazes de atender a coletividade.

2 - DESENVOLVIMENTO

2.1 - O RETROCESSO DO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEGISLAÇÃO VIGENTE

2.1.1 - Princípio do não retrocesso e Princípio da Igualdade

A Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, não foi por si só capaz de conceder direito sucessório aos companheiros; foi necessária lei integrativa, essencial à plenitude de sua eficácia, tendo a jurisprudência, à época, insistido em conceder a herança do parceiro aos parentes, apenas admitindo a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum². Portanto, faltava regulamentar a norma constitucional, o que veio a ocorrer com o advento das leis especiais 8.971/94 e 9.278/96. Foi um grande passo legislativo, uma vez que com a edição dessas leis, os conviventes foram admitidos de fato como família, com direitos iguais aos dos cônjuges sobreviventes.

A Constituição deu as linhas mestras de um dos principais institutos de direito privado, o direito de família, mas não a ponto de dispensar uma regulamentação mais ampla³.

Foi então que, em 2002, surge o esperado *novo* Código Civil, que já nasceu defasado em razão de seu longo trâmite legislativo no Congresso. E, ao tratar do direito sucessório na união estável, trouxe inegável prejuízo ao companheiro, tendo um deles violado frontalmente o Princípio Constitucional da Igualdade, uma vez que promoveu o cônjuge a herdeiro necessário, ficando o companheiro na condição de herdeiro legítimo. Zeno Veloso, em obra sobre o assunto, se manifestou no sentido de que este tratamento dife-

2 Apelação nº 55881/2007 processo de origem nº 2002.001.28460 da 11ª Vara Cível da Capital - 8ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

3 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, v. 2, 37ª ed., revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo – Saraiva, 2004.

renciado não é só perverso, mas flagrantemente inconstitucional.⁴

Outra questão relevante mencionada por doutrinadores é o Princípio do não retrocesso social, que atendendo ao Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana dispõe pela impossibilidade de redução dos direitos sociais, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico. Luiz Roberto Barroso alerta que, apesar de não explícito, este princípio detém plena aplicabilidade porque é consequência do sistema jurídico-constitucional, e esclarece que uma lei, ao implementar um mandamento constitucional, se incorpora ao patrimônio legal da cidadania e não pode ser inteiramente suprimido.⁵

Assim, importante se faz uma breve evolução legislativa, partindo da Constituição Federal de 1988, passando pelas conquistas alcançadas pelos companheiros com as Leis especiais 8.971/94 e 9.278/96, para só então nos atermos aos aspectos polêmicos trazidos pelo Código Civil de 2002.

2.1.2 - Constituição Federal de 1988

O legislador constituinte, logo em seu artigo 1º da Constituição Federal, destaca que, a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Temos com isso que o advento dessa nova Constituição deu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais para depois pensar na organização do Estado.

No que diz respeito à parte dedicada à Família e à Sucessão, foi grande a agitação na doutrina e na jurisprudência ao se afirmar no texto constitucional que a união estável entre o homem e a mulher, para efeito da proteção do Estado, estaria reconhecida como entidade familiar. Desaparecia, a partir de um único artigo, a expressão depreciativa do *concubinato*, colocando aqueles que viviam uniões extramatrimoniais, *sem impedimentos*, na legalidade.

4 VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil, Direito das Sucessões**, v. 21. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

5 BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A expressão concubinato ainda é utilizada para a relação amorosa envolvendo pessoas casadas, com impedimento legal, que infringem o dever de fidelidade (adulterino). O denominado concubinato impuro não enseja a configuração da união estável, pois o objetivo desta é a constituição de família.⁶

Não havia mais que se falar em família legítima e ilegítima, mas em atender às necessidades de seus indivíduos e reconhecer a célula familiar independentemente da existência de matrimônio ou vínculo de sangue. Os laços de afeto passaram a traduzir a comunhão de vida, antes só reconhecida dentro do casamento. Sílvio Venosa esclarece, sobre o posicionamento legislativo pretérito, que: “Essa oposição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja católica.”⁷

A doutrina se dividiu e a jurisprudência assumiu o difícil papel de aplicar os novos Princípios a grande diversidade de situações, no Direito Sucessório em especial, o legislador infraconstitucional levou seis anos para regular as novas relações, e a união estável só foi admitida de fato como família, com direitos sucessórios iguais ao do casamento, com a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Lembrando que antes os companheiros só poderiam pleitear o reconhecimento da sociedade de fato, tratada como mera relação obrigacional, de modo a evitar o enriquecimento sem causa.⁸

2.1.3 - Lei 8.971/94 – Direito aos alimentos e à sucessão

Foi com essa lei que o legislador infraconstitucional finalmente regulamentou o comando constitucional e recepcionou a união estável como entidade familiar.

O artigo 1º da Lei 8.971/94 regulava o direito a alimentos, compro-

6 GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito das Sucessões** /Carlos Roberto Gonçalves, 10 ed. – São Paulo, Saraiva, 2008 (Coleção sinopses jurídicas, v. 4).

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de família**, v. 6, 7ª ed, p. 35 – São Paulo – Atlas, 2007.

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

vada a convivência por mais de cinco anos ou na existência de prole, enquanto não constituir família e desde que provada a necessidade, aplicava-se o disposto na Lei 5.478/68.

O artigo 2º conferiu aos companheiros direito à sucessão legítima ampliando o rol de herdeiros estabelecidos no artigo 1603 do Código Civil de 1916. Assim, na falta de herdeiros necessários, descendentes ou ascendentes, e na inexistência de testamento válido dispendo o contrário, os companheiros, e não os colaterais, sucederiam, na integralidade, na propriedade dos bens do falecido. Para tanto, a lei exigia união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole.⁹

Na existência de descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente sucederia no direito ao usufruto de $\frac{1}{4}$ dos bens, inexistindo descendentes a $\frac{1}{2}$ do bens, tal qual se havia na sucessão do cônjuge sobrevivente, direito no entanto, condicionado a sua permanência no estado de viuvez.¹⁰

Outro grande passo foi o direito a meação, considerando que até a vigência dessa lei, ao concubino, que obtivesse judicialmente o reconhecimento da sociedade de fato e a comprovação do esforço comum, só era possível obter a sua parcela do patrimônio adquirida onerosamente durante a união estável.¹¹

Com o direito a meação¹², que não se confunde com a herança, afastou-se essa injustiça e o patrimônio adquirido durante a união estável seria dividido, bastando para tanto, a comprovação da colaboração do companheiro.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto – *ob.cit.*

10 Vide art. 2º da Lei 8.971/94. *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

12 Vide art 3º da Lei 8.971/94. *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

2.1.4 - Lei 9.278/96 – Direito real de habitação

Esta lei complementou a Lei 8.971/94 e não mais se exigiam os requisitos para caracterização da sociedade de fato, apenas reconhecia como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de homem e mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, provada a sociedade conjugal com formação de patrimônio.

O parágrafo único do artigo 7º expressamente assegurou ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, estendendo aos conviventes direito já garantido aos casados (relativamente ao único imóvel de natureza residencial), condicionando-o ainda ao estado de viuvez, à semelhança do cônjuge. Ressalta-se que a Lei 9.278/96 não exigiu para a concessão do direito real de habitação que existisse apenas um único bem imóvel a ser inventariado, o que colocou o convivente em situação privilegiada em relação ao cônjuge. Esta constatação foi alvo de muitas críticas, sobretudo, por aqueles que defendiam a supremacia do casamento frente à união estável, mas diferentemente do que pretendeu o legislador do Código Civil, suprimindo direitos em evidente retrocesso, pecou o legislador especial indo além. O importante é reconhecer que o objetivo do direito em pauta é amparar o sobrevivente, companheiro ou cônjuge, sempre em igualdade e que partilhou de uma vida comum com o falecido até o final da dissolução da união por morte; intenção que sem dúvida atende ao Princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 - A CONSTITUCIONALIDADE DO CÓDIGO CIVIL

Inicialmente, cabe ressaltar que o artigo 226 § 3º da CF/88, ao dispor em sua parte final, que a lei deverá “*facilitar a conversão da união estável em casamento*”, não quis certamente igualar uma coisa a outra por serem obviamente institutos diferentes – o casamento é negócio jurídico e solene, enquanto a união estável é um fato social e jurídico, fundado na liberdade de escolha, mas ambos, sem dúvida, geram efeitos jurídicos.

Certo é que, a partir do momento em que a união estável é reconhecida como entidade familiar e a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, não há como concluir, como fez Maria Helena

Diniz, que a lei só pode atribuir às pessoas que tenham um convívio estável, *certas garantias*, direitos e obrigações, *desde que*, o convertam em casamento, e completando: “A lei, ante a Carta Magna, não deverá regular o *concubinato*, mas tão somente traçar requisitos para que possa ser futuramente, convertido em casamento; com isso, parece-nos que as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 são inconstitucionais por estimularem o concubinato puro...”¹³

Acredita-se que a intenção do legislador foi a de igualar a proteção e, conseqüentemente, os direitos dos membros das entidades familiares, independentemente da forma em que se constituam, pois o papel exercido pelo cônjuge dentro da família se iguala ao do companheiro e está fundado nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, sendo o planejamento familiar livre decisão do casal¹⁴. Não havendo razão para fazer distinção entre os efeitos jurídicos produzidos entre uma ou outra, família, dentro ou fora do casamento – dentre eles os efeitos patrimoniais dos quais trata o direito sucessório.

Conceituando o direito sucessório, por Maria Berenice Dias: “O direito sucessório trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte de uma pessoa aos seus herdeiros, de um modo geral seus familiares. Tratando-se de direito sucessório, tem sua razão de ser no direito de propriedade, conjugado ao direito das famílias.”¹⁵ Assim, se indissociável a ideia de sucessão/família, não se pode limitar ou condicionar os direitos dos companheiros.

O artigo 1790 trata de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situado no capítulo referente à ordem de vocação hereditária.

Outro equívoco, logo no *caput* do referido artigo, ao estabelecer que a sucessão do companheiro se restringe aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, confundindo nitidamente os institutos da meação, pertinente ao Direito de Família, e da herança, este sim pertencente ao Direito das Sucessões.

13 DINIZ, M^a Helena – **Curso de direito civil brasileiro, Direito de família**, v. 5, p. 297 – São Paulo – Saraiva, 2001.

14 BRASIL. Constituição (1988). Art. 226 § 7º, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

15 DIAS, M^a Berenice – **Manual das Sucessões**, p. 29 – São Paulo – Revista dos Tribunais, 2008.

Cabe lembrar que, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o companheiro já é meeiro, conforme previsão do artigo 1.725, que dispõe sobre o regime da comunhão parcial de bens.

2.2.1 - Não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário

O artigo 1.790 estabelece que o companheiro *participará* da sucessão; ora, primeiramente deve-se observar que o mesmo código no artigo 1845 excluiu o companheiro da qualidade de herdeiro necessário e, em contrapartida, dispõe o artigo 1.850 que, para excluir os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem o contemplar.

Esclarecendo: Herdeiro necessário é aquele que não pode ser afastado da sucessão por testamento válido, o companheiro não é herdeiro necessário, mas apenas os herdeiros colaterais poderão ser afastados por testamento. A pergunta que fica é, que tipo de figura híbrida criou o legislador para os companheiros?

Sílvio Venosa afirma: “É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!”¹⁶

Compare-se a situação do cônjuge que, no antigo Código de 1916 integrava a ordem de vocação hereditária ocupando o terceiro lugar¹⁷ mas, como não era herdeiro necessário poderia ser excluído da sucessão por testamento. O mesmo não ocorre com o companheiro, que embora não integre a ordem de vocação hereditária, sendo tratado de forma estanque, não poderá ser excluído por força do artigo 1.850.

Ocorre, porém, que a situação deixada pelo legislador divide a doutrina e a jurisprudência, ensejando decisões diferentes em situações iguais. Há quem entenda que os companheiros não podem ser considerados herdeiros necessários, uma vez que a lei não lhe atribuiu essa qualidade, isso implicaria poder afastar totalmente o companheiro da sucessão por

16 VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil – Direito das Sucessões**, v. 7, 7. ed., p. 120 – São Paulo – Atlas, 2007.

17 BRASIL. Código Civil (1916), art. 1603, III, Saraiva, 1986.

testamento, posicionamento já defendido por Eduardo Oliveira Leite em seu julgado: “...não resta dúvida que a idéia de igualdade e equiparação entre as duas realidades ressurgiu sempre veemente, com a ressalva que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e o companheiro herdeiro facultativo...”¹⁸ Outra corrente, no entanto, defende que o companheiro não pode ser afastado, porque assim não determinou o legislador como o fez com os colaterais no artigo 1.850 e ao fim, se são inafastáveis por testamento, são herdeiros necessários. Posicionamento sustentado na voz do ilustre Barbosa Moreira: “Não haverá como o testador, em qualquer das duas hipóteses (do art. 1790), suprimir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro, não se podendo, por isso, deixar de ali reconhecer herança necessária...”¹⁹

O cônjuge por sua vez, no atual Código, continua a ocupar o terceiro lugar e ainda foi reconhecido como herdeiro necessário por força do artigo 1.845. Isso significa que, quando do falecimento de um dos cônjuges e na ausência de descendentes ou ascendentes, a parte legítima será automaticamente transmitida ao sobrevivente, independentemente do regime de bens e de disposições testamentárias e, na ausência de testamento válido, terá direito à totalidade dos bens.

A situação diferenciada imposta ao companheiro pelo artigo 1.790, que pelo novo Código Civil ocupa a quarta e última posição na ordem de vocação, além de ferir a igualdade constitucional alcançada entre o casamento e a união estável, vergonhosamente retirou direitos já adquiridos pela Lei 8.971/94, que equiparou a situação dos companheiros a do cônjuge, na ordem de sucessão, atendendo ao comando constitucional. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “Mais do que isso, a norma é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.”²⁰

18 Agravo de Instrumento nº 2004.002.16474 - 8ª Câmara Civil do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro - Direito de família e das sucessões. Direitos da companheira na sucessão do ex-companheiro.

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Direito das Sucessões**, v.6, p. 165 - Rio de Janeiro – Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

20 DIAS, M^a Berenice – *ob.cit.*, p. 66.

Ressalta-se, portanto, que antes de 11/01/2003, data da vigência do Código Civil de 2002, sobrevivendo a morte do autor da herança, sendo ele convivente, e não tendo deixado herdeiros necessários, descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente sucederia em terceiro lugar e recolheria a herança em sua totalidade, não obstante a existência de herdeiros legítimos colaterais, tal qual se deferia aos cônjuges. Disposição que se extraía do inciso III, do art. 2º, da Lei 8.971/94.

2.2.2 - Prevalência dos colaterais até o 4º grau em detrimento do companheiro, inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária

O polêmico artigo 1.790 traduz uma discussão sem fim, o inciso I estabelece que, concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito a mesma quota atribuída aos filhos. O inciso II prevê que, concorrendo apenas com descendentes do falecido, o companheiro terá direito à metade do que couber a cada um que herdar por direito próprio. Assim, o inciso I se refere a filhos e, o inciso II a descendentes. Quanto à hipótese frequente em que o companheiro sobrevivente concorre na sucessão com descendentes comuns e com descendentes apenas do autor da herança, o legislador simplesmente se omitiu.

O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 estabelece que, concorrendo com outros parentes sucessíveis (até o 4º grau) que não os descendentes, o companheiro terá direito a um terço da herança. O artigo 1839, ao dispor sobre os parentes sucessíveis na concorrência sucessória do cônjuge, por sua vez, só autoriza o chamamento para a sucessão dos colaterais até o quarto grau, na ausência de cônjuge sobrevivente.

Ao final, o inciso IV prevê que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Importante destacar que, apesar de os incisos III e IV se referirem a *totalidade da herança*, parte da doutrina entende que estes incisos devam ser interpretados em conformidade com o *caput* do artigo, ou seja, restringem-se apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo assim, se durante a união estável, não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade do sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o falecido tenha deixado vasto patrimônio

formado antes da união estável.

Em sentido oposto, se manifesta, dentre outros, o professor Barbosa Moreira²¹, defendendo que o termo *herança*, mencionado nos incisos III e IV do artigo 1790, possui conceito próprio e deve ser interpretado como sendo a totalidade dos bens do autor da herança, assim, pelo inciso III, independentemente da meação assegurada (bens adquiridos onerosamente), destina-se ao companheiro um terço da herança e os dois terços restantes aos parentes sucessíveis. Na falta de parentes sucessíveis, destina-se ao companheiro a totalidade do patrimônio, além da meação a que já teria direito.

A partir desta última interpretação, no caso do inciso IV, afasta-se a possibilidade de, na falta de testamento válido, o patrimônio formado antes da união estável, bens que não foram adquiridos durante a união estável, se destinarem ao Município, Distrito Federal ou União, em detrimento do companheiro sobrevivente. Contudo, esta injustiça ainda poderá ser afastada a partir da previsão do artigo 1844, o que não afasta as críticas a respeito, uma vez que não se tem uma legislação normativa coerente entre seus próprios artigos.

A doutrina propõe diversas soluções, interpretações e sugestões a respeito de todos os quatro incisos do artigo 1.790, que comportam várias possibilidades de aplicação e ainda, como visto, são omissos em alguns casos, e, ao fim, os cálculos para divisão dos bens sempre dependerão da corrente a que se deseje filiar o intérprete. Sugere-se, para maior compreensão do tema, a leitura do livro de Claudia de Almeida Nogueira²² que, por meio de esquemas ilustrativos com exemplos de uma e outra corrente, demonstra com clareza a diferença de resultados, o que traz muita insegurança às relações familiares e deve ser observado.

Note-se ainda, que com relação ao companheiro, como *partícipe* – hoje colocado em último lugar na ordem de sucessão, com aplicação do disposto no artigo 1790 – falecendo o ex-companheiro, desde que a aber-

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Direito das Sucessões**, v. 6, p. 156 - Rio de Janeiro – Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

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

tura da sucessão tenha se verificado em data posterior a 10/01/2003, o sobrevivente só terá direito a recolher a totalidade da herança se não existir nenhum parente sucessível até o 4º grau, por força da norma que se extrai do inciso III, do artigo supracitado.

Lembre-se de que antes o companheiro sobrevivente era precedido na ordem vocacional sucessória apenas pelos descendentes ou ascendentes. Hoje, para que o companheiro sobrevivente receba toda a herança é preciso concorrer com herdeiros colaterais até o 4º grau, irmão, tio, sobrinho, tios-avós, sobrinhos-netos ou mesmo um primo, que recebem dois terços dos aquestos e a totalidade dos bens, ficando o companheiro com apenas um terço do patrimônio amealhado onerosamente durante a união estável.

Após uma constituição dirigente e inovadora, fruto de um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento o Princípio da dignidade humana e por consequência o Princípio da proibição do retrocesso social, visando a garantir o progresso de conquistas alcançadas pela sociedade, o legislador infraconstitucional simplesmente decidiu que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação de afeto com o falecido, rodeada por obrigações legalmente impostas²³, ainda que advindas de uma família informal, seja colocada atrás de parentes colaterais no que diz respeito a direitos na ordem de vocação hereditária. Prestigiando-se parentes que, na sua grande maioria, no mundo acelerado como o de hoje, mal se encontram, às vezes, nem mesmo se conhecem, extrapolou o bom senso e desrespeitou a Lei Maior.

O legislador não fez a melhor opção ao deixar a questão nas mãos de seus intérpretes, o que pode ser temerário, mas exemplo de justiça pode-se encontrar na jurisprudência do Rio Grande do Sul, conhecida e respeitada por sua ousadia, que afastou da sucessão um irmão da falecida²⁴, mas é certo que se podem encontrar muitas outras que entendem de forma diferente²⁵.

Ao retirar direitos adquiridos pelos companheiros com a legislação

23 BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.724, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

24 TSRS, 7ª C.Civ., AI 70020389284, rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 12/09/200/.

25 Agravo de Instrumento nº 2003.002.14421 - 18ª Câmara Civil do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro – j. 16/03/2004.

especial, retrocedeu o novo código, distanciou-se do alcance social, sociológico e jurídico alcançado e não atendeu aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito: construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação²⁶. Já nos alertava Canotilho que a proibição do retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como núcleo efetivo do ordenamento jurídico, ficando proibido ao legislador instituir políticas discriminatórias²⁷.

Por fim, deve-se considerar a norma disposta no artigo 1790 materialmente inconstitucional, pois no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retirou direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros²⁸.

2.2.3 - Concorrência sucessória com privilégios ao cônjuge

A concorrência do companheiro à herança exige que a união estável tenha perdurado até a data do óbito; nada mais lógico, uma vez que, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na ausência de convenção, preserve-se o direito a meação. Não haveria polêmica sobre o tema se o legislador, mais uma vez desastrosamente, não tivesse conferido ao cônjuge o direito à herança mesmo após a separação de fato²⁹ num artigo, inútil, incompatível com o ordenamento, com a desprezível intenção de privilegiar o casamento. No entanto, a norma não consegue ser aplicável nem mesmo aos cônjuges em concorrência com descendentes e ascendentes, pois perquirir a culpa de uma relação em que o outro par já é falecido, seria simplesmente impossível, ainda que não fosse invasão à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, cuja violação é passível de indenização³⁰.

26 BRASIL. Constituição (1988). Art. 3º, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

27 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição** – Coimbra - Coimbra, 1998.

28 GAMA Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil – Sucessões** – São Paulo - Atlas, 2003.

29 BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.830, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

30 BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º, X, *Vade mecum*, Saraiva, 2008.

Ocorre que a lei permite o reconhecimento da união estável de quem está separado de fato, porque inexistente impedimento segundo o artigo 1.723 § 1º do CC/02. Ao preservar o ex-cônjuge na condição de herdeiro, permitiu o legislador a concorrência sucessória do cônjuge com o companheiro, situação que, na vigência da lei anterior, era afastada pela doutrina e jurisprudência, deferindo direitos àquele que vivia com o autor da herança à época do óbito, porém não havia previsão legal conferindo direito ao separado de fato, como se encontra hoje expressamente no Código Civil de 2002.

O artigo 1.830 prevê que o cônjuge sobrevivente separado de fato a menos de dois anos sempre sucederá e, se separado de fato a mais de dois anos, sucederá se não tiver dado causa à separação. A pergunta básica é quem e como sucederá no caso de concorrência? Claudia Nogueira³¹ levanta três propostas possíveis. A primeira e mais absurda, mas em consonância com o que dispõe o artigo, afastaria o convivente, conferindo ao cônjuge separado de fato os direitos sucessórios. A segunda, mais justa e consonante com a jurisprudência, garantiria ao companheiro o direito sucessório dentro das particularidades do artigo 1790. Na terceira e intermediária, o companheiro sucederia nos moldes do artigo 1790, herdando parte dos bens comprados durante a união estável e o restante do patrimônio, que não adquirido onerosamente durante a união estável, ficaria com o cônjuge sobrevivente.

Propostas à parte, mais uma vez o legislador pretendeu privilegiar o casamento, ignorando a equiparação e a proteção constitucional à união estável.

2.2.4 - Omissão quanto ao Direito Real de Habitação

Igualmente ficou aquém do esperado, o fato de o legislador não inserir expressamente o direito real de habitação, antes já previsto no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96. Tal omissão divide mais uma vez doutrina e jurisprudência sobre o assunto, proporcionando o entendi-

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

mento de que o referido parágrafo único encontra-se revogado e, por conseguinte, afastada do ordenamento jurídico a possibilidade de deferir ao companheiro, por ocasião da morte do outro, o direito real de habitação.

Argumentam os adeptos deste entendimento que, se o legislador não incluiu o direito real de habitação no seu único artigo 1.790, que dispõe sobre os direitos sucessórios dos companheiros, e expressamente previu no artigo 1.831, quando tratou da sucessão do cônjuge, é porque teve a clara intenção de excluir tal vantagem que antes lhe era reservada.

O posicionamento majoritário rebate com fortes argumentos, defendem seus adeptos³² que o direito real de habitação foi previsto em lei especial, e como o benefício não é incompatível com qualquer artigo do Código Civil de 2002, não estaria revogado. Além do que, se aos cônjuges foi conferido o direito, expressamente previsto no artigo 1.831, deve ser estendido ao companheiro sobrevivente simplesmente porque a Constituição prevê a proteção aos membros da família e a união estável como entidade familiar tem especial proteção do Estado, e o direito real de habitação visa a amparar o sobrevivente, não podendo o legislador infraconstitucional desampará-lo, em consonância ainda com o princípio da dignidade humana.

Reforça este último entendimento a aprovação do Enunciado 117 do STJ, da 1ª Jornada do Conselho da Justiça Federal de Direito Civil de 2002, dispondo que o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º *caput*, da CF/88. E, na mesma esteira, o próprio Poder Legislativo, por meio do Projeto de Lei 6.920/2002, pretendendo modificar não só a redação do artigo 1.790, mas também o conteúdo do direito aplicável, acrescentou o parágrafo único que reedita a norma relacionada ao direito real de habitação, conforme já estabelecido na Lei 9.278/96, porém de forma mais adequada, uma vez que corrige imprecisões, estabelecendo que o direito em tela seria reconhecido na hipótese de ser o único imóvel destinado à residência da família, pois do contrário haveria vantagem dos

32 Dentre outros: LEITE, Eduardo Oliveira, VENOSA, Silvio de Salvo, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *In* NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Ob.cit.*

companheiros em relação aos casados, diante da limitação constante da parte final do artigo 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916, reproduzido pelo artigo 1.831 do Código Civil de 2002.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim de breve estudo, pode-se concluir que legislador poderia ter avançado mais, sendo que o silêncio quanto a alguns pontos geram grande insegurança jurídica à sociedade como, por exemplo, a reserva da quota mínima atribuída ao cônjuge e omissa quanto aos companheiros. Neste caso, não reside a injustiça em conceder menos direitos ao companheiro, mas aos filhos e parentes em razão da origem da família.

Sem falar em algumas consequências jurídicas de não ser a união estável reconhecida como um novo estado civil. Basta imaginar que durante a união estável, um dos companheiros tenha adquirido onerosamente um bem imóvel com registro apenas em seu nome e, uma vez que possui status jurídico de solteiro, poderá alienar o bem, fato que não elimina o direito do outro à meação. Ao fim, o adquirente de um imóvel nessa situação, terceiro de boa-fé, que não tinha como saber que o imóvel não pertencia integralmente ao alienante, estaria sujeito a ver sua compra anulada.

A constituição da família por meio da união estável, como ocorre com o casamento, produz efeitos não somente entre os conviventes, ou entre eles e os seus filhos, mas à sociedade como um todo.

Finalizando, a par das considerações esposadas, certo é que o Código muito acrescentou em termos gerais. ♦

4 – REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição** – Coimbra, 1998.

DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, - São Paulo - Revista dos Tribunais, 2008.

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

GAMA Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil - Sucessões** - São Paulo - Atlas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito das Sucessões** / Carlos Roberto Gonçalves, 10 ed. – São Paulo - Saraiva, 2008 (Coleção sinopses jurídicas, v. 4)

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, v. 2, 37ª ed., revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo – Saraiva, 2004.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - Direito das Sucessões**, v. 6 - Rio de Janeiro - Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. - Porto Alegre - Livraria do advogado, 1998.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil, Direito das Sucessões**, v. 21 - Rio de Janeiro - Saraiva, 2006.

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