

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS UFGD – UFGD

FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS – FADIR

CURSO DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E
COMPANHEIRO PARA FINS SUCESSÓRIOS**

Autora: Luana Maris Araújo dos Santos

Orientador: Gassen Zaki Gebara

DOURADOS

2017

LUANA MARIS ARAÚJO DOS SANTOS

**TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E
COMPANHEIRO PARA FINS SUCESSÓRIOS**

”Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof.Gassen Zaki Gebara.”

Dourados

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S237t Santos, Luana Maris Araujo Dos

TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E

Santos -- Dourados: UFGD, 2017.

20f. : il. ; 30 cm.

Orientador: GASSEN ZAKI GEBARA

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Sucessão. 2. Companheiro. 3. Cônjuge. 4. Inconstitucionalidade. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos trinta dias do mês de março de dois mil e dezessete, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Luana Maris Araujo dos Santos** tendo como título "*Tratamento Diferenciado entre Cônjuges e Companheiros para Fins Sucessórios*".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Gassen Gebara (orientador), Esp. Bruno Alexandre Rumiatto (examinador) e Julia Stefanello Pires (examinadora).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Me. Gassen Gebara
Orientador


Esp. Bruno Alexandre Rumiatto
Examinador


Julia Stefanello Pires
Examinadora

Luana Maris Araujo dos Santos

Agradecemos a submissão do seu manuscrito "TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO PARA FINS SUCESSÓRIOS" para REVISTA VIDERE DA FACULDADE DE DIREITO & RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFGD.

Através da interface de administração do sistema, utilizado para a submissão, será possível acompanhar o progresso do documento dentro do processo editorial, bastando logar no sistema localizado em:

URL do Manuscrito:

[http://ojs.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre&page=author&op=submission&path\[\]=6089](http://ojs.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre&page=author&op=submission&path[]=6089)

Login: luanamaris

Em caso de dúvidas, envie suas questões para este email. Agradecemos mais uma vez considerar nossa revista como meio de transmitir ao público seu trabalho.

Tiago Botelho

REVISTA VIDERE DA FACULDADE DE DIREITO & RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFGD

Prof. Me. Tiago Resende Botelho

tiagobotelho@ufgd.edu.br

TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO PARA FINS SUCESSÓRIOS

DIFFERENTIAL TREATMENT BETWEEN THE SPOUSE AND MATE FOR SUCCESSFUL PURPOSES

Luana Maris Araujo dos Santos¹

Gassen Zaki Gebara²

RESUMO: O trabalho em questão vem explanar sobre a diferença de tratamento entre o companheiro e o cônjuge no direito de família frente ao direito sucessório. Primeiramente foi estudado a evolução histórica das entidades familiares, abordando as mudanças referentes ao conceito de família desde o Código de 1916 e uma breve síntese sobre a União Estável. O segundo capítulo aborda a sucessão do cônjuge e do companheiro. Após essa introdução ao tema, aponta-se as diferenças entre os sujeitos da união estável e do casamento, travando um comparativo aos institutos. O artigo aborda a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, dispositivo este que desequipara a união estável e o casamento.

Palavras-chave: Sucessão; Companheiro; Cônjuge; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The work in question comes to explain the difference of treatment between the partner and the spouse in the family law against the inheritance law. First, the historical evolution of family entities was studied, addressing the changes concerning the concept of family since the 1916 Code and a brief synthesis on the Stable Union. The second chapter deals with the succession of the spouse and the companion. After this introduction to the theme, we point out the differences between the subjects of the stable union and marriage, locking a comparative to the institutes. The article deals with the unconstitutionality of Article 1,790 of the Civil Code, a device that would eliminate stable marriage and marriage.

Keywords: Succession; Life partner; Spouse; Unconstitutionality.

¹ Graduanda do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. E-mail: luanasantos71@hotmail.com.

² Docente efetivo da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, Mestre em Direito Constitucional. E-mail: gassenufgd@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa desenvolver um estudo sobre o tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro no direito sucessório. O problema apontado é a desigualdade entre ambos, trazida pelo Código Civil, tratando-se de uma questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. O objetivo principal deste artigo é analisar os efeitos sucessórios aplicados ao cônjuge e ao companheiro de maneira comparativa, demonstrando a inferioridade delegada ao instituto da união estável na sucessão.

A elaboração deste trabalho tem por fundamento a percepção da desigualdade trazida pelo Código Civil aos institutos do casamento e da união estável na sucessão. E a indagação do art. 1790 do Código Civil ferir a Constituição Federal, além de Princípios, tais como, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade.

Para que se chegasse aos conceitos, definições e resultados que explanaremos a seguir, foram analisados julgados dos tribunais e outros estudos sobre o tema, como livros e artigos que exploram, ainda que parcialmente, o objeto deste trabalho.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica das entidades familiares, com ênfase no reconhecimento de união estável, como um instituto familiar. A união estável passa a constituir família com a promulgação do Art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988. Além de abordar de forma sucinta o instituto da União estável.

Na segunda parte do estudo, aborda-se a temática de sucessão do cônjuge e sucessão aplicada ao companheiro. Texto este que visa apontar os pontos principais e suas especificidades que os diferenciam de forma tão polêmica.

No capítulo seguinte se abordará o tratamento diferenciado do cônjuge e do companheiro, dando destaque a hierarquização dos institutos do casamento e da união estável trazida pelo Código Civil, abordando sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Por fim, após todo o estudo dos temas elencados acima, vem a conclusão deste artigo, baseado em toda pesquisa feita sobre o tratamento diferenciado do cônjuge e do companheiro quanto aos fins sucessórios.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DAS ENTIDADES FAMILIARES E BREVE SÍNTESE SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL.

2.1. EVOLUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES.

Primeiramente, antes de adentrarmos no assunto principal, se faz necessário uma breve nota histórica acerca da evolução do instituto “família” no ordenamento jurídico brasileiro.

A família vem evoluindo gradativamente, desde os tempos mais remotos até a atualidade. Dentro dessa caminhada evolutiva o Direito precisa se adequar a sociedade, para que não caia em desuso. Apesar de apresentar vários significados, e permitir uma abordagem social, filosófica, cultural e religiosa da matéria, temos como objetivo expor uma análise jurídica.

A promulgação da Lei n. 3.071 , de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil), pode ser considerada um marco jurídico na questão da família dentro do Direito Brasileiro.

Luiz Edson Fachin destacava que o método adotado pelo referido Código, tratava de um sistema fechado que abordavam somente disposições de interesse à classe dominante, deixando de lado algumas disciplinas, tal como a vida em comunhão não instituída pelo casamento³.

Antes da Constituição de 1988, o instituto da família só era legitimado se advindo do casamento civil. O relacionamento entre duas pessoas conservada sem a oficialização do matrimônio não é exclusividade contemporânea, ultrapassam tempos, nos quais a união estável não possuía todo esse amparo legal, sendo tratada como concubinato.

Segundo Caio Mario Silva Pereira apud Azevedo⁴, concubinato é visto desde a Idade Média até a Moderna. Vejamos:

“Apesar de combatido pela igreja, nunca foi evitado e nunca deixou de existir. E os canonistas o repudiavam de *iure divino*, os juristas sempre o aceitaram de *iure*

³ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Estatuto da Família de Fato, de acordo com o novo Código Civil Lei nº10.406/02, 2ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2002.

civile. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em todas as legislações em todos os sistemas jurídicos ocidentais houve tais uniões, produzindo seus efeitos mais ou menos extensos”.

A constituição de 1988 inovou o conceito de família aplicado anteriormente no sistema jurídico brasileiro, as leis que vigoravam anteriormente apostavam em uma entidade patriarcal, privando da tutela jurisdicional quaisquer modelo de família diferente desde apresentado.

Foi a Constituição Federal de 1988 com o art. 226, § 3º, que declarou a união informal entre homem e mulher ao nível de entidade familiar. Dispõe o artigo, *in verbis*:

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

(..)

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

Antes da vigência do Código Civil de 2002, duas leis regulamentavam a união estável no Brasil, a lei n. 8.971/94 e a lei n. 9.278/96. Tais leis, surgem para regulamentar o artigo n. 226, §3º da Constituição Federal, pelo qual a família advinda da união estável passou a ser protegida. Destaca-se a opção do legislador da década de 1990, nos quais os efeitos sucessórios do casamento no artigo n. 1611 do Código Civil de 1916 e os efeitos da união estável expressos no artigo segundo da lei n. 8.971/94 e no artigo 7º da lei n. 9.278/96, serem idênticos. Para fins sucessórios, casar ou se unir em união estável produziam efeitos iguais.

a) deixando o falecido descendentes, o cônjuge ou companheiro supérstite tinha apenas o usufruto de ¼ dos bens (artigo 1611, §1º do CC/16 e artigo 2º, I da Lei 8.971/94);

b) deixando o falecido ascendentes, o cônjuge ou companheiro supérstite tinha apenas o usufruto de 1/2 dos bens (artigo 1611, §1º do CC/16 e artigo 2º, II da Lei 8.971/94);

c) se o falecido não tivesse descendentes, nem ascendentes, o cônjuge ou companheiro do falecido herdava a totalidade dos bens (artigo 1603, III do CC/16 e artigo 2º, III da Lei 8.971/94);

d) o direito real de habitação em favor do cônjuge do falecido quando casado por comunhão universal de bens decorria da previsão do artigo 1611, §2º do

CC/16 e em favor do companheiro decorria do parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96.⁵

Com a promulgação do novo Código Civil, em 2002, a equiparação do companheiro e do cônjuge foi perdida, pela força do artigo n. 1790, do código supracitado.

A norma do §3º do artigo 226 da Constituição não vem para hierarquizar qualquer um das entidades familiares, mas sim para garantir efeitos e deveres para a família formada pela união estável, bem como dar ao legislador infraconstitucional o comando para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejam casar-se.

Ao permitir tal feito, o legislador acaba por dificultar, ou ainda, obrigar a conversão de união estável em casamento, para aqueles que queiram gozar de seus benefícios, interferindo, desta maneira, na escolha pessoal dos indivíduos.

Visa contemplar os companheiros com o princípio da igualdade conferido a todas as entidades familiares. Além do princípio da liberdade de escolha, presente no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, no qual o legislador infraconstitucional não pode decidir qual a melhor e mais adequada forma de entidade familiar.

C. Massimo Bianca, tendo em conta o sistema jurídico italiano, ressalta o princípio da liberdade, pois a “necessidade da família como interesse essencial da pessoa se específica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar”. A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”.⁶

Portanto, devemos ver a família como entidade mutável, pois esta sempre se transformou através dos tempos e continuará a se modificar. Através das inúmeras transições socioeconômicas as estruturas familiares são modificadas, originando novas

⁵SIMÃO, José Fernando. E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 1). Revista Consultor Jurídico, dezembro de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-04/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>. Acessado 08/03/2017.

⁶LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus. Disponível em http://www.ifgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lobo/Entidades.pdf. Acessado em 07/03/2017.

formas e modalidades, que precisam ser abarcadas pela legislação, para evitar uma desarmonização entre o Direito e a realidade familiar dentro da sociedade.

Após esta breve exposição da evolução da família como instituto jurídico, é importante compreendermos também o que é união estável, que atualmente é aceita, social e juridicamente, dentro da família, e sua evolução jurídica.

2.1. UNIÃO ESTÁVEL

A união estável nos termos do artigo n. 1723, do Código Civil, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada da convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Segundo Maria Helena Diniz⁷, a união estável caracteriza-se pela:

“(...) convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação”. (DINIZ, 2008, p. 368).

A Constituição Federal em seu artigo 226, §3º reconheceu a união estável como entidade familiar, adicionando-a direitos e deveres. Um dos requisitos mais predominantes para a caracterização da união estável é que tenha publicidade, que não haja lapso temporal no relacionamento e que os companheiros tenham a intenção de constituir uma família.

Além dos preceitos jurídicos existente para caracterizar a união estável, deve existir amor, convivência, assistência recíproca, desvelo. Assim, atesta Eduardo de Oliveira Leite⁸

“o casamento, para o casal atual, não muda nada, nem deve mudar, porque nada masi é do que uma formalidade administrativa, exterior à realidade do casal. Se, para as gerações anteriores, esta formalidade tinha o condão de garantir a união, hoje, ela não passa de um elemtno formal e exterior que não tem o poder de garantir a intensidade, nem tampouco, a duração da união. Esta continua dependendo do valor das intenções”.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸idem

Luiz Edson Fachin⁹ sumariza que a “família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros”.

Portanto, ao reconhecer a união estável como uma unidade familiar, a Constituição abarcou todas as relações afetivas que não possuíam amparo jurídico, formalizando e resguardando os membros destas e lhes atribuindo direitos e deveres.

No que diz respeito os efeitos patrimoniais relevantes a união estável, é o texto legal do art. 1.725 do Código Civil que prevê que deve ser aplicado o regime parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros.

Ao versar sobre os efeitos patrimoniais, devemos examinar a aplicação desses efeitos na dissolução da união estável. Com o término do vínculo entre os sujeitos da relação, extinguindo-se o contrato escrito ou na falta deste, a união de fato, deve-se realizar a partilha dos bens existentes.

A partilha denomina-se *meação*, correspondendo a parte de cada um dos companheiros sobre o patrimônio adquirido durante a constância da união.

Flávio Tartuce¹⁰ leciona sobre contratos. Vejamos.

“Reforça-se que, em razão de regra contida na teoria geral dos contratos. É nulo o contrato que tiver como objetivo herança de pessoa viva (art.426,CC). São chamados pactos sucessórios ou *pacta corvina*. Ilustrando que se os companheiros fizerem disposição a produzir efeitos após sua morte, no contrato de convivência, esta será nula por ferir norma de ordem pública. Somente por testamento poderão os companheiros dar destino a seus bens quando da morte”.(TARTUCE, 2010, p. 305).

Portanto, para que o contrato tenha efeitos legais entre os companheiros, este deve ser feito através de instrumento particular. E para atingir terceiros, é necessário que este seja formalizado por escritura pública.

Desta maneira, após conceituada e compreendida a atual situação da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, bem como se desenvolve a questão patrimonial pertinente ao tema, faz-se necessário a distinção entre a questão sucessória entre o cônjuge e o companheiro, sobre o qual passamos a discorrer a seguir.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 15.

¹⁰ TARTUCE, Flávio e José Fernando Simão, Direito Civil, v. 5: Direito de Família, p. 306.

3. DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

A sucessão vem disciplinada no Livro V do Código Civil, caracterizando a morte da pessoa natural. Nasce após a morte o direito hereditário, transmitindo aos sujeitos de direito, as relações jurídicas em que o *de cujus* participava.

Clóvis Beviláqua conceitua o direito das sucessões como “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”.¹¹

Desta maneira, o patrimônio do *de cujus*¹² seguirá as normas sucessórias do direito civil positivado.

3.1. DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE

O cônjuge amparado pelo Código Civil de 1916, somente herdava na ausência de descendentes e ascendentes, por ser o terceiro na ordem sucessória. Contudo com a promulgação do Código Civil de 2002, o cônjuge passou a ser considerado *herdeiro necessário*¹³, concorrendo com os demais herdeiros.

Conforme o artigo 1829 do Código Civil, o tema de sucessão do cônjuge vem expresso. Leia-se.

“Art. 1829 – 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. 1640, parágrafo único) ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;”

¹¹ BEVILÁQUA, Direito de Família, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1938.

¹² “De quem; usado na expressão latina *de cujus successionem agitur*, literalmente: de cuja sucessão se trata; refere-se à pessoa que faleceu cuja herança não foi atribuída”. Disponível em <https://www.dicio.com.br/cujus/>. Acessado em 03/04/2017.

¹³ São as herdeiro em linha reta, tais como, descendentes, ascendentes, cônjuge. Vide artigo 1845 do Código Civil.

O cônjuge ganhou a posição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e os ascendentes (art. 1845, CC). Contudo, não é demais insistir que não devemos confundir herança com meação. A meação faz referência aos arts. 1.658 à 1.660, I, onde o viúvo meeiro tem direito à metade dos bens deixados pelo *de cujus*. Excluindo-se a meação, o resto é herança para os herdeiros necessários, inclusive o cônjuge.

Portanto, existindo meação, o cônjuge além desta, concorre a um quinhão da herança, constituindo porção legítima.

Quando há concorrência com descendentes, aplica-se o artigo 1832 do Código Civil:

“Em concorrência com os descendentes (artigo 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual aos dos sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se ascendentes dos herdeiros com que concorrer”.

Nesse sentido é possível identificar que o cônjuge dispõe de uma posição privilegiada quanto a sucessão. Pois além de herdeiro necessário, este concorrerá com os herdeiros, descendentes e ascendentes.

Uma vez conceituada a sucessão do cônjuge, antes de realizar qualquer análise comparativa, devemos compreender como se desenvolve a sucessão do companheiro.

3.2. DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Após estudos sobre a sucessão do cônjuge, estuda-se a sucessão do companheiro no que diz respeito aos seus efeitos e deveres. A sucessão é conceituada como a passagem de patrimônio e a transferência deste para herdeiros sucessíveis.

Analisando o artigo 1.790 do Código Civil, percebe-se que no direito sucessório do companheiro está expresso que este participará da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

A ampliação do conceito de família não implicou na equiparação absoluta entre o instituto do casamento e da união estável.

A Constituição Federal determina ao legislador que não dificulte a conversão da união estável em casamento, fato anteriormente fundamentado no art. 226, §3º da CF,

pois é vedada a interferência do Estado nas decisões quanto ao planejamento familiar, não devendo haver hierarquização entre os institutos.

Porém existe uma lacuna quando o legislador especifica o tipo do bem e como foi adquirido para compor a herança. O que nos leva a interpretar que os bens particulares adquiridos antes da união estável não constituem a herança.

A problemática surge quando verificada a participação do companheiro na sucessão, inicia-se a concorrência com os demais herdeiros. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes destes, percebendo, quanto aos bens comuns, apenas a meação do condomínio até então existente (e não mais do que isso), o companheiro que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns (e aqui em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite), como herda quota parte destes mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo, no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando, solução esta que, não tem lógica alguma.¹⁴

Portanto, com o implemento do Código Civil de 2002 a igualdade e equiparação sucessória foi perdida por força do artigo 1.790. Enquanto o cônjuge concorre com os demais descendentes em regra, salvo em certos regimes de bens (artigo 1829, I); o companheiro só concorre quanto aos bens onerosamente adquiridos no curso da união estável (art. 1790, caput).

Outra vantagem do cônjuge, é quanto a reserva da quarta parte se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer¹⁵(art. 1832), já o companheiro terá quinhão igual se for ascendente de herdeiros ou meio quinhão se não o for (art. 1790, I e II).

O cônjuge sempre concorre com os ascendentes do falecido e receberá 1/3 da herança se concorrer com o pai e mãe do morto, ou ½ parte se concorrer com os demais ascendentes (art. 1837), já o companheiro sempre receberá 1/3 da herança (art. 1790, III).

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência Do Companheiro E Do Cônjuge, Na Sucessão Dos Descendentes?. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/129.pdf>, acessado em 09/03/2017.

¹⁵Segundo orientação da doutrina majoritária, apenas se for ascendente de **todos** os herdeiros com quem concorrer (Enunciado 527 do CJF).

Ainda, o cônjuge exclui os colaterais da sucessão recebendo a totalidade da herança caso não haja descendentes, nem ascendentes (art. 1829, III e 1838, ambos do CC), já o companheiro concorre com os colaterais e recebe 1/3 da herança (art. 1790, III).

Assim, quase realizando um quadro comparativo, podemos enxergar a diferença no tratamento do companheiro e do cônjuge. Além de que cada inciso do referido artigo 1790 trás uma controvérsia própria, com várias posições doutrinárias e jurisprudências divergentes, as quais passamos a expor brevemente.

4. DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE O CONJUGÊ E O COMPANHEIRO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.

A Carta Magna de 1988 ao reconhecer em seu texto a união estável como entidade familiar, materializa a busca do interprete do direito em efetivar os princípios basilares da Constituição. O princípio da dignidade humana proibi qualquer distinção discriminatória, assim os diversos arranjos familiares ganharam proteção do Estado.

Como anteriormente citado, a Constituição Federal, equiparou as entidades familiares. Contudo, com o implemento do Código Civil de 2002, houve uma desequiparação quanto a sucessão referente ao cônjuge e ao companheiro. Outorgando a estes últimos direitos menores aos designados aos cônjuges. Anteriormente duas leis regulamentavam o art. 226, §3º da Constituição Federal: Lei 8.971/94 e 9.278/96. Essas leis equiparavam a união estável ao casamento para fins sucessórios.

Ao momento que o art. 1790 do Código Civil revogou as leis supracitadas e começou a regulamentar a sucessão na união estável, iniciou-se uma batalha para tornar o artigo inconstitucional, devido as divergências nas decisões dos tribunais, já que outorga direitos distintos e inferiores aos cônjuges, trazendo a tona uma hierarquização das entidades familiares.

A hierarquização do casamento e da união estável não tem amparo Constitucional, visto que, o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade são norteadores da Carta Maior.

Ao regulamentar a sucessão do companheiro, o Código Civil, restringe sua participação na concorrência aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Só é considerado herdeiro quando for meeiro, excluindo da herança os bens adquiridos gratuitamente pelo de cujus ou bens adquiridos onerosamente antes da vigência da união estável, caso não averiguado no instuto do casamento.¹⁶

Ademais, outra questão de relevância é o *direito real de habitação* sobre o imóvel do casal, cujo Código Civil não abrange:

“O direito real de habitação é o direito que tem o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens de seu casamento, de permanecer residindo na morada do casal após o falecimento de seu consorte, desde que aquele imóvel, que era usado para moradia, seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado, não havendo limitações temporais ao exercício do direito aqui assegurado, de tal forma que o cônjuge sobrevivente o detém de maneira vitalícia.”¹⁷

Contudo, o Enunciado 117 CJF/STJ, da Jornada de Direito Civil traz que “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”, equiparando o companheiro ao cônjuge diante dos preceitos constitucionais.

Vale dizer que o companheiro somente continuará residindo no imóvel que era destinado à moradia da família se este corresponder ao único imóvel dessa natureza no inventário (analogia com o art. 1831, CC).

O Superior Tribunal de Justiça entende que na união estável não se faz necessário o reconhecimento em cartório ou perante a justiça, para que na ação de inventário, o companheiro tenha o direito de habitação.¹⁸

Nesse mesmo sentido, destaca-se o entendimento do STJ. Vejamos.

“DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do

¹⁶GANDRA, Vanessa Miranda. Tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios. Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-fev-02/tratamento-diferenciado-entre-conjuges-companheiros-sucessao>, acessado dia 09/03/2017.

¹⁷SILVA PINTO, Bráulio Dinarte da. Direito Real de Habitação no Novo Código Civil. Revista Jus Navegandi, fevereiro de 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7945/direito-real-de-habitacao-no-novo-codigo-civil>. Acessado em 03/04/2017.

¹⁸REsp 1203144/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 15/08/2014.

art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. **2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico.** 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. **O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso.** 6. Recurso especial não provido. (REsp 1329993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 18/03/2014). (grifo meu).

Assim, apesar do legislador não tratar do direito real de habitação do companheiro, se aos cônjuges reconhece-se a incidência desse direito, de igual modo deve ser reconhecido ao companheiro sobrevivente, não em decorrência da união mas sim, em razão da proteção aos membros da família¹⁹.

Após apontados certos pontos de destaque que traduzem a inferioridade acarretada ao companheiro pelo art. 1.790 do Código Civil, voltamos o estudo para a tese de inconstitucionalidade deste artigo.

Um dos maiores juristas sucessionista, Zeno Veloso²⁰, leciona que

(...) as famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito da sucessão - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²⁰ VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 6ª Edição, 2008.

Em concordância Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²¹, sustenta que o dispositivo seja inconstitucional, por depreciar a equalização do companheiro ao cônjuge constante do art. 226, § 3º, da Constituição.

Podemos averiguar uma enorme gama de entendimentos em relação a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002:

Em um primeiro momento, há aqueles que re reconhecem apenas a inconstitucionalidade do inciso terceiro do artigo em questão. Esta tese de inconstitucionalidade se dá pela desproporcionalidade e desprestígio da união estável.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria”. (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007, DJERS 27/11/2009, pág. 38).

Há também julgados que sustentam a inconstitucionalidade do art. 1.790 em seu todo, por inferiorizar o companheiro, lhe garantindo menos direitos sucessórios, em comparação aos direitos sucessórios do cônjuge. Vejamos:

“DIREITO SUCESSÓRIO. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. **Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil.** Reconhecido direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes. Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO”. (TJSP, Apelação n. 994.08.061243-8, Acórdão n. 4421651, Piracicaba, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, julgado em 07/04/2010, DJESP 22/04/2010). (grifo meu).

Há também aqueles que apontam pela inexistência da inconstitucionalidade do dispositivo, visto que a Constituição não equipara os dois institutos, o que resulta no

²¹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Versão da Autora, 2010.

tratamento diferenciado, esta apenas reconhece o instituto da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º, CF):

“A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF). Dessa forma, é possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro. Sendo assim, o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia”. (TJDF, Recurso n. 2009.00.2.001862-2, Acórdão n. 355.492, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Natanael Caetano, DJDFTE 12/05/2009, pág. 81).

Assim diante de tamanha divergência trazida pelo Código Civil, os tribunais não possuem uma paralelidade nas decisões. Pertinente se faz, o reconhecimento da repercussão geral ao tema, no RE 878.694.

O ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, votou pela procedência do recurso interposto, no sentido de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, devido ao prejuízo causado ao companheiro em relação ao cônjuge. Seguido pelas ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Apontando para um entendimento favorável no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo²².

O voto do ministro Barroso, acerca da inconstitucionalidade, possui vários fundamentos, contudo um merece destaque. A incompatibilidade da hierarquização dos institutos da união estável e do casamento, desequiparando-os.

A norma estabelecida no artigo 1.790 do Código Civil acaba por diferenciar as formas de entidades familiares, contidas na união estável e no casamento, porém tal distinção não é encontrada na Constituição Federal, estando o dispositivo em desarmonia com a Texto Maior.

Concluindo, o melhor entendimento acerca do assunto é a não utilização do artigo 1.790 do Código Civil, por trazer incorporado em seu texto, injustiça aos companheiros em união estável, ao diferencia-los dos cônjuges, tratando-os com inferioridade, aplicação esta que agride a Lei Maior.

²²idem.

Assim, uma vez exposta a evolução jurídica da família, os desdobramentos que hoje apresenta, as características patrimoniais dos tipos estudados (cônjuge e companheiros), assim como as divergências na aplicação da lei, passamos à conclusão do presente trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o estudo sobre o tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro, destaca-se a importância de abordar um assunto pertinente à atualidade, que faz parte do cotidiano da sociedade, como a sucessão.

Podemos ver no trabalho apresentado as dificuldades e enalces que a união estável enfrentou em sua evolução. Porém, observa-se a melhora significativa do reconhecimento dado aos que convivem juntos e para os sujeitos consagrados pelo casamento. A Constituição Federal de 1988, assegurou aos companheiros direitos e deveres que antes não tinham, tornando a união estável uma unidade familiar reconhecida.

Contudo, com a promulgação do art. 1.790 do Código Civil, criou-se uma desequiparação entre os institutos, injustificando os companheiros em relação aos cônjuges. Travando uma batalha entre os tribunais, por não haver um entendimento único na interpretação da aplicação do art. 226, §3º, CF. O legislador infraconstitucional deve apenas proteger e garantir os efeitos referentes à união estável.

Ante todo o exposto deste trabalho, conclui-se que não há de se falar em hierarquização dos institutos do casamento e da união estável, não há nem melhor e nem pior. Deve-se garantir aos sujeitos que compõem as entidades que tenham seus direitos sucessórios garantidos de forma justa, de forma que não ofenda o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

Para tanto, o companheiro deve ser equiparado ao cônjuge quanto aos direitos e deveres, já que este é resguardado pela Carta Maior, que não o coloca de forma inferior, mas sim, o coloca no âmbito legal de entidade familiar, assim como o casamento o é.

A única certeza, que o operador do direito deve ser ciente, é que o artigo 1790 do Código Civil, trás desigualdade aos sujeitos da união estável, hierarquiza as entidades familiares, inferiorizando o instituto que não seja o casamento. Nessa perspectiva a

inconstitucionalidade do art. 1.790, é condizente com o apontado, por ferir os princípios enbasadores da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Estatuto da Família de Fato, de acordo com o novo Código Civil Lei nº10.406/02**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2002.

BEVILÁQUA, **Direito de Família**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1938.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acessado em 10/02/2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Estatuto da Família de Fato, de acordo com o novo Código Civil Lei nº10.406/02**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GANDRA, Vanessa Miranda. **Tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios**. Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-fev-02/tratamento-diferenciado-entre-conjuges-companheiros-sucessao>, acessado dia 09/03/2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência Do Companheiro E Do Cônjuge, Na Sucessão Dos Descendentes?**. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/129.pdf, acessado em 09/03/2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Versão da Autora, 2010.

LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acessado em 10/02/2017

LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm, acessado em 10/02/2017

LEI No 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm, acessado em 10/02/2017

LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm, acessado em 10/02/2017

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito da sucessão** - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus**. Disponível

em http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lobo/Entidades.pdf.
Acessado em 07/03/2017.

SIMÃO, José Fernando. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 1)**. Revista Consultor Jurídico, dezembro de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-04/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>. Acessado 08/03/2017.

TARTUCE, Flávio e José Fernando Simão, **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família, p. 306.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 6ª Edição, 2008.