

SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL SOB A ÓPTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

SUCCESSION IN THE STABLE RELATIONSHIP: ANALYSIS ON ARTICLE 1.790 OF THE CIVIL CODE CONSIDERED IN A CIVIL- CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Carolina Maria Morro Gomes Galbiati¹

RESUMO:

O Artigo 226 da Constituição Federal de 1988 confere à família especial proteção do Estado, para cujo efeito de tutela se reconhece a união estável como entidade familiar. Conquanto fosse aceito pela sociedade, é certa que, por muito tempo, a lei tenha rejeitado esse ajuste. Trata-se, pois, de conquista social que encontrou abrigo na Constituição Federal de 1988. Impelido pelo esforço para regulamentar a situação de famílias unidas pelo afeto – contudo destituídas das correspondentes formalidades civis –, para deferir-lhes equiparação às que se constituíram sob o manto do vínculo civil, conferindo-lhes igualdade substantiva, o legislador infraconstitucional editou as Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996, que, respectivamente, regulamentam o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e o Parágrafo 3º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988, uma vez que aquelas estruturas familiares se despojavam de regulamentação pelo Código Civil de 1916, vigente à época. De fato, com o advento do Código Civil/2002, imprimiram-se significativas alterações ao cenário dos direitos conferidos aos companheiros. Quase lacunosas, as novas previsões legislativas deixaram a desejar, tanto assim que representaram um retrocesso às conquistas sociais. Uma vez considerados esses aspectos, o presente artigo pretende examinar a questão da sucessão dos companheiros nos bens particulares do falecido, sob a perspectiva do Artigo 1.790 do Código Civil. Para tanto, o estudo inicialmente tratará do conceito de família e do reconhecimento da união estável como entidade familiar. A seguir, procede-se à análise do direito sucessório dos companheiros no ordenamento jurídico brasileiro e abordar-se-á a constitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil, para, finalmente, observar a compatibilidade entre o referido Artigo e o sistema jurídico de proteção constitucional às entidades familiares que perseguem a solidariedade, a liberdade, a igualdade, além do direito à herança.

PALAVRAS-CHAVE: Entidades Familiares. União Estável. Constituição Federal. Direito à Sucessão. Companheiros.

¹ Advogada. Mestranda pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Estado de São Paulo – Bolsista CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre a “Constitucionalização do Direito Processual” e do “Gramática dos Direitos Fundamentais”, ambos da instituição mencionada.

ABSTRACT

The Article 226 of the Federal Constitution of 1988 confers a special protection by the State on family, to whose assets of defense the stable union is recognized as a family entity. Although it was accepted by society, the truth of the matter is that the Law had dismissed this settlement for a long time. For that reason, it is regarded as a social conquest which found shelter in Federal Constitution of 1988. Urged by an earnestly effort to regulate the situation of families united by affection but destitute of corresponding civil formalities, and to concede them equality of rights as those families which were constituted under the shelter of civil entailments, conferring on them substantive equity, the infraconstitutional legislator published Laws ns. 8.971/1994 and 9.278/1996, which regulate the partners' rights to alimony and succession and the Third Paragraph in Article 226 of Federal Constitution respectively, for partners were deprived of regulation by the Civil Code of 1916, in effect until then. In fact, since the advent of the Civil Code/2002 some relevant changes were impressed on the scenario of rights conferred to the partners. However, those changes were almost fully lacunose – leaving a lot to be desired, so that they represented a retrogression to social conquests. Taking into account all of these aspects, the present article is intended for an analysis on the partners' process of succession to the deceased's private properties under the perspective of Article 1.790 of the Civil Code. To further this aim firstly the essay will deal with the concept of family and the recognition of a stable union as a family entity. The following is an analysis on the partners' rights to succession under the Brazilian Judiciary and the approaches dealing with the constitutionality of Article 1.790 of the Civil Code. Finally, there is a brief exam on the compatibility between that Article and the judicial system of constitutional protection to family entities which look for solidarity, liberty, equality, besides the right of inheritance.

KEYWORDS: Family entities. Stable union. Federal Constitution. Right of inheritance. Partners.

INTRODUÇÃO

Em se tratando da análise jurídico-hermenêutica, a fonte de referência fundamental do ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição Federal de 1988, em cuja essência se aninham diretrizes, valores e princípios, visando orientar a interpretação do sistema jurídico.

No âmbito do Direito Civil, particularmente no Direito de Família, esse manancial não fluiu e influenciou de forma diferente, porque traçou orientações normativas para conferir à família a especial proteção do Estado.

O novo ajuste exigiu a releitura dos institutos jurídicos sob o enfoque dos valores gravados pela Constituição Federal de 1988, de modo que se alterou o foco do Direito Civil, desvinculando-o do patrimônio, em busca da realização da pessoa humana.

Essas circunstâncias paradigmáticas também se irradiaram no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões, gerando controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha equiparado a união estável àquelas constituídas sob o manto do matrimônio, a regulamentação dos direitos advindos desses relacionamentos não ocorreu simultaneamente antes tardou em acontecer, deixando de conferir efetividade ao comando constitucional: não reconheceu, nem mesmo estendeu às uniões estáveis os direitos decorrentes das uniões de acordo com as formalidades civis.

Nesse contexto, insere-se o direito sucessório dos companheiros cujos lineamentos legislativos envolvem questões controvertidas e um embate jurídico em torno das Leis Federais de números 8.971/1994 e 9.278/1996. Por sua vez, o Código Civil de 2002 representou um retrocesso em relação a leis anteriores e ao texto constitucional que preza pela proteção da pessoa humana na efetivação dos direitos fundamentais.

O exame detalhado do direito sucessório dos companheiros pretende compreender a estrutura da norma do Artigo 1.790 do Código Civil e conferir uma interpretação fundada na releitura do sistema jurídico à luz da Constituição Federal de 1988 e dos valores nela consagrados, na tentativa de impedir o retrocesso social.

1 FAMÍLIA, ENTIDADE FAMILIAR E UNIÃO ESTÁVEL

Em linhas gerais, constitui-se família a reunião de indivíduos unidos por laços de afetividade. Não há como definir em termos exatos a noção de família, tampouco existe a seu respeito um conceito jurídico.

As transformações sociais são responsáveis pelas alterações das estruturas de diversos segmentos ou grupos pertinentes à sociedade. Com a família não poderia ser diferente, porque sua estrutura, forma de composição, as formalidades para a formação dos vínculos familiares evoluíram e passaram a compreender outras formatações.

Os conceitos antes utilizados para definir família encontram-se ultrapassados e não mais se amoldam aos modelos atuais: a doutrina, jurisprudência e a legislação prescindem de novas medidas para adequar o Direito visando atender às vicissitudes e demandas da atualidade. Em natural decorrência desse fato, adotaram-se novos conceitos e definições acerca do termo **família** para atender aos moldes familiares contemporâneos.

A esse respeito, Maria Berenice Dias² pondera:

Faz-se necessário ter uma **visão pluralista** da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família.

A legislação não tratava do conceito de família; no mais das vezes, com o propósito de defini-la, utilizava-se de um elemento identificador: a formalidade do matrimônio, deixando de reconhecer juridicidade em vínculos e estruturas familiares desprovidas do mecanismo formal de união, negando-lhes a correspondente segurança jurídica.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil passa a fundar-se em valores constitucionais. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes³ anotam, a propósito:

Na atualidade, a crença no chamado “papel constitucional” do Código Civil e no “individualismo como verdadeira religião”, característicos das

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 41. (grifos da autora).

³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 3.

codificações liberais, dão lugar à tutela da pessoa humana de acordo com suas necessidades existenciais, a partir de uma releitura do direito civil à luz da Constituição, “de maneira a privilegiar (...) os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (...)

Essa nova perspectiva de interpretação do Código Civil em conformidade com as normas da Constituição Federal de 1988 provocou o realinhamento do ordenamento jurídico que não mais se volta para o indivíduo isoladamente, mas para a proteção da dignidade da pessoa humana, perseguindo a realização dos princípios e valores constitucionais da solidariedade social, liberdade e igualdade substancial⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 226⁵, garante especial proteção do Estado à família, e os parágrafos do mesmo Artigo trazem algumas definições a respeito de como se apresenta a concepção de família.

Interessante síntese acerca do reconhecimento de outras entidades familiares pela Constituição Federal de 1988 é apresentada por Heloisa Helena Barboza⁶:

A Constituição Federal de 1988 (...) revolucionou as relações familiares, ao reconhecer três tipos de família: a resultante do casamento, a união estável e a formada por um dos genitores e sua prole, denominada família monoparental.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias⁷ enfatiza que “A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo **casamento**.”

Nota-se que a proposta de releitura dos institutos jurídicos através da óptica civil-constitucional impõe a reformulação do conceito de família que não esteja adstrito e em plena harmonia com os conceitos propostos pela Constituição.

⁴ O conceito de igualdade substancial pode ser compreendido segundo a observação de Carvalho: “(...)a igualdade de todos os homens perante os bens da vida(...)”. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 731.)

⁵ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

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

⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o artigo 1.790 do Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, nº 7 – Dezembro de 2005, p. 149. Disponível em: < <https://docs.google.com> > Acesso em: 25 fev. 2012.

⁷ DIAS, op. Cit., p. 39. (grifos da autora).

As estruturas familiares originadas das transformações sociais demandam a adoção de conceitos plurais de família, de forma que sejam fundados na valorização da pessoa humana, na afetividade, na pluralidade, na felicidade. Por conseguinte, além do conceito de família matrimonial e daqueles previstos pela Constituição Federal de 1988, surgem os de família informal, homoafetiva, monoparental, anaparental, pluriparental, paralela e eudemonista⁸.

Matrimonial identificava-se a família ao vínculo do matrimônio. Informal juridicamente, apenas existia a família legítima; vedavam-se direitos às adúlteras (concubinárias). Homoafetiva reconhecido o *status* de família à uniões fundadas no afeto. Monoparental formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Anaparental fundada na convivência entre parentes ou afins, em estruturação com identidade de propósitos. Pluriparental (ou mosaico) pluralidade de relações parentais fomentadas por divórcio, separação, recasamento. Seguem-se famílias não matrimoniais e desuniões. Essa especificidade decorre da peculiar organização do núcleo reconstruído por casais em que um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores citam-se, ainda estes ajustes familiares: família paralela, onde as ligações afetivas se fundam em distinções de ordem doutrinária (livres, eventuais, transitórias e adúlteras), afastando-as da identificação das uniões estáveis, porque lhes neguem consequências jurídicas. Finalmente, caracteriza-se eudemonista a nova tendência para identificar a família por seu envolvimento afetivo.

A esse respeito Maria Berenice Dias⁹ observa:

Agora, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

As definições apresentadas fundam-se em matizes de origens diversas e todas procuram conferir juridicidade às relações estabelecidas entre os indivíduos, visando à proteção da pessoa humana, porque, embora rejeitadas pelo ordenamento jurídico, são plenamente aceitas pela sociedade.

Observados os aspectos gerais das possíveis definições de família, conquanto se sustentem em argumentos doutrinários e legislativos, verifica-se que o reconhecimento de

⁸ DIAS, op. Cit., p. 40-53.

⁹ Idem, p. 40.

novas entidades familiares e sua correspondente proteção busca a realização da pessoa humana e o realinhamento da leitura do sistema civil ao constitucional.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar deveu-se a esse processo evolutivo do conceito de família, porque, como antes mencionado, o que a legislação deixava de reconhecer (ou o fazia timidamente) já era plenamente aceito pela sociedade. Em contrapartida, os efeitos deletérios da omissão ou da tímida regulamentação legislativa faziam-se sentir pelos indivíduos envolvidos em tais relacionamentos, porque destituídos do reconhecimento de consequências jurídicas mais relevantes, oriundas dessas relações familiares. Justifica-se, destarte, a falta de normas no sentido de outorgar o direito sucessório aos companheiros.

Verifica-se o acanhamento das leis anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988 nos direitos de menor estatura e nas consequências jurídicas, conferidos aos companheiros, elencadas a seguir: a possibilidade de o(a) companheiro(a) usar o nome do outro (Lei n. 6.015/73¹⁰); de escolher o regime de bens, quando, após o período de 10 anos de convivência, seguir o matrimônio (Lei n. 6.515/77¹¹); de ser considerado beneficiário perante a Previdência Social (Lei n. 4.297/63¹²), entre outros.

No âmbito das decisões judiciais, antes da edição da Constituição Federal de 1988, era árdua a tarefa de conferir justiça às questões relativas a uniões estáveis, de tal forma que aos julgadores tornava-se imprescindível criar caminhos alternativos, porque não se abandonasse ao desamparo os companheiros. Por conseguinte, no tocante ao direito de família e sucessões, em cujo âmbito o afeto se revelava a causa precípua, relegavam-se as soluções à esfera do obrigacional e do empresarial – contratual. Valendo-se dessa postura interpretativa, impedia-se, ao menos, o enriquecimento ilícito. Não obstante, nada se resolvia quanto ao direito a alimentos e ao sucessório.

Ante as injustiças do sistema, a Constituição Federal de 1988 urgiu reconhecer a união estável como entidade familiar em seu Artigo 226, Parágrafo 3º, nos seguintes termos: “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 casamento¹³”, visando corrigir as distorções do sistema jurídico anterior.

Ademais, é forçoso lembrar que o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, resultou destituída de regulamentação infraconstitucional, porque o

¹⁰ Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹¹ Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹² Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹³ Disponível em: www.planalto.gov.br.

Código Civil de 1916, vigente à época, não possuía dispositivos equivalentes aos da Constituição Federal de 1988, no sentido de dar efetividade ao direito ali previsto. Observa-se, ainda, que o legislador infraconstitucional não se apressou a regulamentar a diretriz constitucional, deixando transcorrer um significativo lapso temporal.

No entanto, após a edição da Constituição Federal de 1988 a legislação infraconstitucional, embora tardiamente, procurou regulamentar as consequências jurídicas advindas desse novo desenho familiar, por meio das Leis Federais de números 8.971¹⁴ de 1994 e a 9.278¹⁵ de 1996 que, respectivamente, regulamentaram o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, além do Parágrafo 3º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

As Leis Federais 8.971/94 e 9.278/96 foram significativas na regulamentação da união estável no sentido de realizar o comando constitucional do Artigo 226. Por outro lado, o Código Civil de 2002, visando atender aos ditames da Constituição Federal de 1988, procurou tratar da união estável e regulamentar os direitos dela decorrentes. Não obstante, trouxe em seu bojo disposições lacunosas, deixou a desejar o que representou um retrocesso às conquistas até então alcançadas pela sociedade.

Essa circunstância é facilmente percebida em relação ao direito sucessório dos companheiros, uma vez que a Lei 8.971/94, em seu Artigo 2º, inciso III¹⁶, equiparava-o juridicamente ao cônjuge.

Muitas vezes, não se respeitam os dispositivos constitucionais, ora pela omissão legislativa, ora pela regulamentação infraconstitucional que deixa de observar os valores constitucionais. Destarte, os direitos conferidos pelo texto constitucional despem-se da eficácia social de origem, conforme a almejou o constituinte, de forma que se configura um verdadeiro retrocesso social¹⁷.

Expuseram-se justificações gerais acerca de uma possível definição de família, entidade familiar e união estável, considerados os avanços e retrocessos por que passaram estes institutos, e, concomitantemente, lançaram-se os questionamentos essenciais acerca do

¹⁴ Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹⁵ Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹⁶ Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participação da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições: III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (Disponível em: www.planalto.gov.br).

¹⁷ O conceito acerca da terminologia retrocesso social será empregado no sentido adotado por Cristina Queiroz: “Concretamente, o princípio da ‘proibição do retrocesso social’ determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dinamada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de protecção’, a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.” (QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. São Paulo: Coimbra Editora, 2006. p. 116.)

direito sucessório dos companheiros com vistas ao desenvolvimento de um estudo voltado à realização dos valores constitucionais: solidariedade, liberdade, igualdade substancial e direito à herança.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: ABORDAGEM DAS CONTROVÉRSIAS

Neste tópico, o aspecto a se tratar refere-se à sucessão dos companheiros na união estável. O tema suscita polêmicas de diversas ordens, a começar pela dificuldade em reconhecer a união estável como entidade familiar. Outros problemas esbarram em circunstâncias de fundamento porque assegurados pelo texto constitucional, como acontece com o respeito à pessoa humana, à solidariedade, à liberdade, à igualdade, de modo especial o direito à herança – o respeito à propriedade. No entanto, o ordenamento jurídico não deve estimular as distinções infundadas; precipuamente deve ser o guardião dos valores constitucionais.

A legislação buscou regulamentar os direitos concernentes às uniões fundadas no afeto e, no processo de busca do valor igualdade, apresentou avanços e retrocessos.

No âmbito patrimonial, as distinções entre entidades familiares, formalizadas ou não, são facilmente percebidas, mormente quanto respeitam ao direito sucessório.

Heloisa Helena Barboza¹⁸ assim acentua a respeito:

(...) da análise sistemática dos dispositivos do Código Civil pertinentes à sucessão dos cônjuges e dos companheiros, que induz concluir que, se para efeitos sucessórios, há diferença entre os casamentos em função do regime de bens adotado, não deve haver distinção entre o cônjuge e o companheiro, no que concerne à participação nos bens do outro, sob pena de se criar um privilégio em razão do modelo familiar adotado, que não encontra amparo constitucional, pelas razões expostas.

A releitura do Direito Civil, sob o enfoque da Constituição Federal, impõe que o tratamento jurídico entre as entidades deve observar a igualdade – o que sugere mais um esclarecimento de Heloisa Helena Barboza¹⁹:

Tratando-se de situações familiares iguais, exercendo os integrantes do casal, no âmbito interno, as mesmas funções familiares, devem os companheiros e cônjuges ter situações jurídicas iguais. Se o cônjuge foi incluído no rol dos herdeiros necessários, qual a razão de não o ser também o companheiro?

O contexto considerado pela autora remete à análise da sucessão do(a) companheiro(a), por meio da qual, uma vez observada a igualdade de condições em relação

¹⁸ BARBOZA, op. Cit, p. 154.

¹⁹ Ibidem, p. 155.

aos cônjuges²⁰, evitam-se as distinções arbitrárias entre categorias que desfrutam de uma mesma condição jurídica.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, editou-se a Lei nº 8.971/94 que regulamentou o direito a alimentos, nos termos do Artigo 1º²¹, e a participação dos companheiros na sucessão do outro, nos termos do Artigo 2º²², ademais demonstrando a forma como se daria essa sucessão e assegurando ao sobrevivente, enquanto não constituída nova união, o usufruto de quarta parte dos bens deixados pelo *de cujus*, na hipótese da existência de filhos comuns, ou apenas do falecido. Na falta de descendentes e ascendentes, ao sobrevivente era assegurada a totalidade da herança; e na hipótese de existirem ascendentes vivos ao sobrevivente, garantia-se, enquanto não constituísse nova união, o usufruto da metade dos bens do falecido. Amparou-se, ainda, o direito à meação quanto aos bens adquiridos onerosamente pelo esforço comum, nos termos do Artigo 3º²³.

A Lei nº 8.971/94 representou um grande avanço na realização e promoção do comando constitucional da igualdade substancial entre companheiros e cônjuge, equiparando-os à mesma condição jurídica, porquanto outorgou aos primeiros os mesmos direitos do cônjuge.

A Lei nº 9.278/96²⁴ surgiu para regulamentar o Parágrafo 3º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988, alterando as condições para o reconhecimento da união estável. Estabeleceu direitos e deveres impostos aos conviventes e estipulou disposições acerca da aquisição de bens móveis e imóveis por um ou ambos conviventes, já prevendo o direito a alimentos e o direito real de habitação, ainda disposições concernentes à conversão da união estável em casamento.

As discussões mais acirradas advieram após a edição da Lei 9.278/96, porque não se estipulou o que seria revogado da Lei 8.971/94. Em contrapartida, observa-se que a Lei de 1996 não regulamentou inteiramente as matérias da lei anterior, no que concernia solucionar futuras controvérsias do que teria sido revogado ou não. Perseguindo a solução do impasse e para evitar um retrocesso na concessão dos direitos sucessórios aos companheiros, os operadores do direito e intérpretes houveram por bem ajustar a interatividade entre as leis.

Com o advento do Código Civil de 2002, a matéria concernente à união estável foi inteiramente regulamentada, afastando todas as discussões que envolviam as leis anteriores.

²⁰ A menção à sucessão do cônjuge, neste trabalho, reveste-se de caráter meramente comparativo.

²¹ Disponível em: www.planalto.gov.br.

²² Disponível em: www.planalto.gov.br.

²³ Disponível em: www.planalto.gov.br.

²⁴ Disponível em: www.planalto.gov.br.

Uma breve anotação de Heloisa Helena Barboza²⁵ merece ser transcrita com relação a convivência do Código Civil de 2002 com as leis anteriores. Consideremo-la

Ambas as leis foram atingidas pelo Código Civil de 2002, que regulamentou inteiramente a matéria relativa à união estável, exceção feita aos direitos anteriormente concedidos, não disciplinados na lei nova, mas com ela compatíveis. Assim, de entender-se ainda em vigor o disposto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, que atribui ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. A interpretação contrária parece não se harmonizar com o direito fundamental à moradia e com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Percebe-se que as leis anteriores realizavam o comando constitucional equiparando-se cônjuges e companheiros. No entanto, o Código Civil de 2002, ao tratar do direito sucessório, retirou do(a) companheiro(a) numa relação estável a qualidade de herdeiro necessário, conforme conferida pela Lei 8.971/94.

Essa postura não corrobora os valores constitucionais e configura-se retrocesso social, porque o direito incorporado ao patrimônio jurídico do cidadão não deve ser diminuído e nem suprimido.

A análise do direito sucessório, sob o enfoque do Artigo 1.790 do Código Civil, evidenciará que a condição jurídica dos companheiros e do cônjuge não se equiparam. Ademais, revela-se lesiva à igualdade substancial outorgada pela Constituição Federal de 1988 aos relacionamentos oriundos das uniões estáveis.

O teor do Artigo 1.790 do Código Civil demonstra que o(a) companheiro(a) não participa da sucessão do *de cuius* nas mesmas condições do cônjuge. Com o advento do Código Civil de 2002, esta igualdade jurídica foi supressa, de forma que não se ajusta a companheiro(a) a condição de herdeiro necessário.

Relativamente ao tema, Maria Helena Diniz²⁶ assim o entende:

(...) o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de cuius*, na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro *sui generis*, ou seja, sucessor regular (visto que não figura na ordem de vocação hereditária) somente quanto à “meação” do falecido relativa aos bens *adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial* (...)

²⁵ BARBOZA, op. Cit, p. 156.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 166.

Por conseguinte, deduz-se que o primeiro traço distintivo entre a sucessão do cônjuge e a do(a) companheiro(a) num estado convivencial é a de que este não ostenta a condição de herdeiro necessário, o que corrobora o teor do Artigo 1.845 do Código Civil de 2002. Destarte, não tem assegurada para si a legítima. Essa regra permite ao autor da herança dispor da integralidade de seu patrimônio deixando o(a) companheiro(a) desamparado, salvo a possível existência da meação.

De outro lado, além da condição de herdeiro necessário do cônjuge, este agrega a possibilidade de concorrer ou não com os descendentes, dependendo do regime de bens. Ademais, observa-se que o cônjuge, a teor do Artigo 1.832 do Código Civil, tem assegurado o seu quinhão mínimo, podendo participar da herança havida sobre os bens particulares do falecido.

No entanto, o sistema apresenta incompatibilidades, porque ao companheiro(a), além da meação, reserva-se-lhe o direito sucessório, o que lhe confere a possibilidade de concorrer com os descendentes²⁷, de modo que o(a) companheiro(a), nessas circunstâncias, encontra-se em situação mais confortável, condição bem observada por Euclides de Oliveira²⁸:

Mas, em determinadas situações, inverte-se o tratamento legal, aparecendo o companheiro como privilegiado em relação aos direitos sucessórios do cônjuge. Isso acontece em duas hipóteses de fácil exame: A primeira decorre do direito do companheiro em concorrer na herança com os descendentes sem restrições quanto ao regime de bens adotado na união estável. Não importa que tenha vivido sob o regime legal da comunhão parcial, ou se adotou outro regime por meio de um contrato escrito. Em qualquer situação, e mesmo que tenha iniciado a união estável com mais de 60 anos, hipótese em que o casado se vincula ao regime da separação obrigatória de bens, o companheiro continua partícipe da herança sobre os bens havidos onerosamente durante a vida em comum. Para o casado existem as ressalvas do artigo 1.829 do Código Civil, pois o direito de concorrer na herança com descendentes não ocorre se o casamento foi celebrado no regime da comunhão universal, no regime da separação obrigatória, ou se no regime da comunhão parcial o falecido não deixou bens particulares.

A outra vantagem do companheiro resulta da forma da concorrência, que se dá cumulativamente, isto é, direito de meação sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência e mais o direito de uma quota na herança devida aos descendentes.

Com efeito, da forma como está no texto do Código, apresenta-se flagrantemente vantajoso ao companheiro o direito sucessório,

²⁷ Mostra-se pertinente adotar o mesmo posicionamento de Luciana de Paula Assis Ferriani quando da ocorrência de filiação híbrida: “Portanto, na hipótese de filiação híbrida, a melhor solução possível é considerar todos os descendentes como se fossem comuns e proceder à divisão da herança de forma igualitária entre filhos ou descendentes comuns e exclusivos e o companheiro supérstite. (FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.)

²⁸ OLIVEIRA, Euclides. Companheiro leva vantagem na herança. Disponível em: < <http://www.apamagis.com.br/noticia.php?noticia=1301>> Acesso em: 25 fev. 2012.

comparativamente ao cônjuge, no que respeita aos bens havidos onerosamente durante a convivência. Dá-se a cumulação, para o companheiro, dos direitos de meação e de herança, pois o art. 1.790 manda aplicar a concorrência com os descendentes, sobre aquela categoria de bens, sem qualquer ressalva.

Não obstante, as contradições advindas do Código Civil de 2002 não cessam por aqui: o(a) companheiro(a) não receberá a totalidade da herança dos bens adquiridos onerosamente, se houver parentes sucessíveis até o quarto grau, porquanto estes receberão 2/3, e o(a) companheiro(a) apenas 1/3, ao passo que o cônjuge encontra-se à frente dos colaterais para tal fim. Essa distinção torna clara a ofensa ao Princípio da Igualdade e representa um retrocesso social em relação ao regime da Lei 8.971/94.

Maria Berenice Dias²⁹ pondera assim:

A consagração das entidades familiares e a proteção que lhes foi assegurada passam a constituir garantia constitucional. Não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores. A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico-social inferior ao que tinha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de ocorrer retrocesso ao estado pré-constituinte. É o que se chama de princípio da proibição do retrocesso social.

Outro ponto que merece ser enfatizado diz respeito à circunstância de o(a) companheiro(a), na união estável, não ter assegurado para si o direito sucessório em relação aos bens particulares – bens adquiridos pelo companheiro(a) falecido antes do início da união estável. Na hipótese, pois, da inexistência de parentes sucessíveis, ou seja, colaterais até o quarto grau, os bens serão arrecadados pelo Estado.

Importa revelar que a situação apresentada não comporta a aplicação do inciso IV do Artigo 1.790 do Código Civil, porquanto o fato de se mencionar “terá direito à totalidade da herança” basta para ser compreendida em conjunto com o *caput* do Artigo, ou seja, “dos bens adquiridos onerosamente”.

Silvio Rodrigues³⁰ afirma:

Finalmente, o inciso IV do art. 1790, enuncia que, *não havendo parentes sucessíveis*, o companheiro sobrevivente *terá direito à totalidade da herança*. Entenda-se, porém, da herança que ele está autorizado a recolher: bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

²⁹ DIAS, op. Cit., p. 159.

³⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direitos das sucessões**. 25 ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.146, de 10-1-2002, com a colaboração de Zeno Veloso). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7. p. 119.

Verifica-se que o Código Civil de 2002 pecou em diversos pontos e agravou a desigualdade entre cônjuge e companheiro(a).

Atualmente, a família oriunda de uma união estável encontra-se em categoria inferior àquela constituída sob o manto da lei, ferindo frontalmente o texto constitucional que deferiu às entidades familiares idêntica posição e condição jurídica de igualdade.

Apresentados os traços gerais acerca da sucessão na união estável e demonstrada a relevância da discussão estabelecida entre os operadores do direito, a atenção volta-se para o campo da interpretação jurídica conferida ao Artigo 1.790 do Código Civil que melhor atende aos ditames da constitucionalidade.

3 ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: UMA COMPREENSÃO SOB A ÓPTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

No que respeita ao interesse de perseguir uma compreensão sob a óptica civil-constitucional concernente ao Artigo 1.790 do Código Civil, alguns questionamentos foram lançados, visando descortinar as inconsistências legislativas. Observa-se que todas elas trazem em seu bojo questões fundamentais a se rebaterem, porque as diferenças estabelecidas não encontram justificativas frente aos valores enaltecidos pela Constituição Federal de 1988, dado que irradiam suas diretrizes em face de todo o ordenamento jurídico.

Os textos normativos que orientam os relacionamentos decorrentes das uniões estáveis não apresentam uniformidade na regulamentação dessas relações. Por conseguinte, na contramão das Leis 8.971/94 e 9.278/96, o Código Civil de 2002 diminuiu em demasia os direitos concernentes à sucessão na união estável, o que representa um retrocesso social.

Notam-se facilmente as distorções legislativas diante das circunstâncias elencadas a seguir: o(a) companheiro(a) não é considerado herdeiro necessário como o cônjuge; restringiu-se o direito à herança do(a) companheiro(a) aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável; deixou de contemplá-lo com relação aos bens particulares, deferindo-os a outros parentes sucessíveis e, na falta destes, a arrecadação será efetuada pelo Poder Público; em relação ao direito concorrencial do(a) companheiro(a), o legislador não tratou de apresentar uma solução que conferisse igualdade na atribuição dos quinhões, quando da existência de filhos comuns e exclusivos, tratando-os de forma diferenciada; o(a) companheiro(a) não foi contemplado com a reserva de quinhões mínimos; na concorrência com herdeiros de outras classes, que não a dos descendentes, seu quinhão passou a ficar reservado em 1/3.

Verifica-se que os Artigos do Código Civil de 2002 que regulamentam a união estável, de modo especial o Artigo 1.790, são incompatíveis com o sistema constitucional que equiparou para todos os efeitos as entidades familiares. O Código Civil de 2002 estabeleceu categorias diferenciadas de entidades familiares, gerando incompatibilidade no ordenamento jurídico, porque lesiva à proteção dos valores, princípios e direitos fundamentais das famílias tal qual preconizado pela Constituição Federal de 1988.

A falha legislativa ofende o tratamento igualitário que deve ser conferido às famílias formalizadas pelo matrimônio daquelas constituídas e fundadas no afeto, mas despidas da formalidade legal.

Ademais, o tratamento desigual lesa a dignidade da pessoa humana – fundamento da República –, inscrito no Artigo 1º³¹, inciso III, porquanto expõe e exclui o(a) companheiro(a) que, conforme o teor do texto constitucional, Artigo 226, agrega uma idêntica condição jurídica desfrutada pelo cônjuge, tratando-os desigualmente.

A doutrina expõe suas críticas concernentes às alterações que provocaram a redução dos direitos sucessórios na união estável. Eis o que aduz Silvio Rodrigues³²:

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

Destarte, o tratamento privilegiado ao casamento, em prejuízo das uniões estáveis fundadas no afeto não encontram justificativas frente ao sistema constitucional, no que tange ao princípio da igualdade na postura de proteção da pessoa humana e de sua dignidade.

Ademais, uma interpretação que não enalteça a compreensão do Artigo 1.790 do Código Civil, sob a óptica civil-constitucional, viabilizaria a conclusão de que a Constituição Federal de 1988 não reconheceu a igualdade havida entre os diversos ajustes de família; antes conferiu prevalência à relação matrimonial no âmbito do direito sucessório.

Torna-se inadmissível, por conseguinte, que a legislação infraconstitucional suprima os direitos fundamentais conquistados, mormente o direito à herança.

Com efeito, Maria Berenice Dias³³ releva essa postura:

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim, não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição do retrocesso social. A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma **obrigação positiva** para a sua satisfação – passa a haver também uma **obrigação negativa** de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.

³¹ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: **III - a dignidade da pessoa humana.**

³² RODRIGUES, op. Cit., p. 119.

³³ DIAS, op. Cit., p. 66.

Não obstante persistam esses equívocos legislativos concernentes à sucessão na união estável, há a possibilidade de repará-los, bastando para tanto a alteração da norma infraconstitucional. Posto que não sobrevenha aprovação de textos legislativos para o aperfeiçoamento do Artigo 1.790 do Código Civil de 2002, espera-se que os julgadores corrijam distorções e incompatibilidades do sistema por meio do esforço interpretativo, sob a óptica civil-constitucional.

A correção do sistema da sucessão na união estável visa solucionar as controvérsias doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, como forma de promover as diretrizes do direito das famílias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

O conceito de entidade familiar restringia-se àquelas uniões oriundas do casamento. Os processos de mutabilidade social exigiram o reconhecimento de novas entidades familiares, o que urgiu soluções que conferissem amparo legislativo a relacionamentos fundados no afeto. De fato, tratava-se de situações não amparadas pelo ordenamento jurídico, despidas, pois, de conseqüências jurídicas.

Por meio de um esforço jurídico, hermenêutico, e fundando-se em outros campos do Direito, a Jurisprudência conferia efeitos jurídicos a esses relacionamentos. Em se contemplando direitos aos relacionamentos advindos do afeto, era tímida a legislação da época anterior à Constituição Federal de 1988, cujo texto garantiu especial proteção à família e estabeleceu o conceito plural de entidade familiar.

No entanto, o legislador infraconstitucional tardou em regulamentar o texto constitucional, no intuito de conferir-lhe a efetividade idealizada, o que somente ocorreu com o advento das Leis ns. 8.981/94 e 9.278/96, quando se reconheceu o direito sucessório dos companheiros, à meação, aos alimentos, o direito real de habitação e a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Em contrapartida, o Código Civil de 2002 tratou em direção oposta os direitos até então conferidos aos companheiros, o que representou um retrocesso às conquistas sociais, legislativas e a jurisprudências até então efetivadas.

Demonstra-se que a legislação infraconstitucional não enalteceu os ideais, valores e princípios perseguidos pelo legislador constituinte, referentes à proteção da família: solidariedade social, liberdade e igualdade substancial, mormente quanto ao direito sucessório decorrente de uma união estável, porque a compreensão do Artigo 1.790 do Código Civil não ocorre sob a óptica civil-constitucional, conferindo, pois, primazia ao casamento.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. **Direitos Sucessórios dos Companheiros: reflexões sobre o artigo 1.790 do Código Civil.** Disponível em: <<https://docs.google.com>>. Acesso em: 06 fev. 2012.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 166.
- FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Giselda/Direito.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2012.
- OLIVEIRA, Euclides. **Companheiro leva vantagem na herança.** Disponível em: <<http://www.apamagis.com.br/noticia.php?noticia=1301>> Acesso em: 25 fev. 2012.
- QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** São Paulo: Coimbra Editora, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direitos das sucessões.** 25 ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.146, de 10-1-2002, com a colaboração de Zeno Veloso). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo código civil.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf> Acesso em 25 fev. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Revista e Atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TREVISAN, Antônio Carlos. **Sucessão de companheiros sob a égide da Lei nº 10.406/2002.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 425, 5 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5663>>. Acesso em: 24 fev. 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.