

NOTAS SOBRE OS DIREITOS DOS CÔNJUGES E COMPANHEIROS EM MATÉRIA DE SUCESSÕES

NOTAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CÓNYUGUES Y COMPAÑEROS EM LA SUCESIÓN

Geny Marques Pinheiro

Valter Moura do Carmo

RESUMO

A união estável como forma de constituição de família deixou de ser repudiada para se tornar uma forma de união bastante aceita na sociedade brasileira, sendo constitucionalmente reconhecida. Assim, foram conferidos muitos direitos aos companheiros. Entretanto, quando o assunto é direitos sucessórios, os conviventes são preteridos, possuindo direitos sucessórios ínfimos se comparados com os conferidos às pessoas casadas, bem como com os direitos que lhe eram conferidos antes do advento do Código Civil de 2002. Assim, o objetivo geral do estudo que ora se introduz é determinar se os direitos sucessórios conferidos aos companheiros estão de acordo com os mandamentos constitucionais. Para o desenvolvimento do estudo foi utilizada pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. Mediante o desenvolvimento desse trabalho científico, pode-se constatar que o artigo 1.790 do CC deve ser considerado inconstitucional, devendo os direitos sucessórios dos companheiros ser igualados aos dos cônjuges, para que possam se concretizar os princípios constitucionais que regem o estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Companheiro; Sucessão; Constitucionalidade.

RESUMEN

La unión estable como medio de construcción de la familia dejó de ser repudiada para convertirse en una forma ampliamente aceptada de matrimonio en la sociedad brasileña, siendo constitucionalmente reconocida. Así que muchos derechos fueron otorgados a los compañeros. Sin embargo, cuando se trata de la herencia, los convivientes son preteridos, tiene herencia insignificante en comparación con las conferidas a los casados, así como de los derechos que fueron otorgados antes de la aparición del Código Civil de 2002. Por lo tanto, el objetivo general del estudio que se presenta ahora es si los derechos concedidos a los compañeros de herencia son consistentes con los comandos constitucionales. Para desarrollar el estudio se utilizó la literatura, de cuño cualitativo. Mediante el desarrollo de este trabajo científico, se puede observar que el artículo 1790 del CC debe ser considerada inconstitucional, los derechos de herencia de dos compañeros deben corresponder a de los cónyuges, por lo que pueden lograr los principios constitucionales que rigen el estado democrático de derecho.

PALABRAS-CLAVE: Compañero; Sucesión; Constitucionalidad.

INTRODUÇÃO

A convivência de casais fora do instituto do casamento tornou-se, ao longo dos anos, uma realidade na sociedade brasileira, pois os requisitos legais para realização do casamento e as conseqüências advindas dele tornaram a união estável uma forma de união mais comum aos casais.

Todavia, segundo a doutrina de Veloso (2010), até o advento da Constituição Federal de 1988 o referido instituto não era reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e a união de pessoas não casadas era conhecida como concubinato. Convém esclarecer que o concubinato abarcava tanto as uniões entre pessoas “livres”, quanto às extraconjugais, o que fazia com que instituto fosse repudiado.

A partir de 1988, a união sem casamento de pessoas livres, foi reconhecida e passou a ser alvo de proteção do Estado, segundo dispõe o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal.

Para disciplinar o novo instituto o legislador infraconstitucional editou algumas normas, que conferiram amplos direitos aos conviventes. Porém, no entendimento de Oliveira (2009) tais leis foram revogadas com a entrada em vigor do novo código civil.

No Código Civil de 2002 a união estável foi inserida no livro IV, que trata do direito de família, regulamentando aspectos gerais desse instituto, seguindo o que já vinha disposto na ordem jurídica anterior.

Com tal regramento a união estável passou a ser cada vez mais constante, pois os direitos que lhe foram conferidos a consolidaram na sociedade brasileira. Entretanto, ela não pode ser confundida com casamento, que por possuir cunho cultural e religioso ainda é bem difundido. Além disso, aos casados civilmente são conferidos maiores direitos, principalmente quando se trata de sucessões, como se verificará no decorrer deste trabalho.

Ocorre que as disparidades trazidas em matéria de sucessões não têm uma explicação lógica, vez que ao mesmo tempo em que o Código iguala companheiro e cônjuges no diz respeito à pensão alimentícia, por exemplo, os distancia ao conferir direitos hereditários diferentes.

Destarte o interesse por esta pesquisa surgiu da necessidade de construir conhecimento mais apurado sobre as diferenças existentes entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, para buscar entender e analisar o porquê de tal distinção, levando-se em consideração que o estudo de qualquer ramo do direito deve ser feito à luz da Constituição Federal e de seus princípios basilares.

Esse tema é de suma importância para a sociedade, e possui grande relevância no nosso ordenamento jurídico, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão,

porque trata de um assunto que envolve relações jurídicas cada vez mais comuns na sociedade. Existem importantes divergências acerca do tema em enfoque, as quais serão entendidas e esclarecidas através da estudo desenvolvida.

Considerando, assim, toda essa reflexão a respeito da temática, procurou-se definir o seguinte problema da pesquisa: os direitos sucessórios fato constitucionais conferidos aos conviventes são tratados juridicamente iguais aos direitos dos conjugues?.

No intuito de responder da melhor forma possível essa questão adotou-se como objetivo principal do estudo que ora se introduz: determinar a constitucionalidade dos direitos sucessórios dos companheiros e especificamente realizar uma análise histórica dos direitos sucessórios dos conviventes, identificar as diferenças entre os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros e analisar os projetos de que se propõem a realizar mudanças no que diz respeito a direitos sucessórios dos companheiros.

Com base no exposto para desvelar a problemática do referido estudo, os questionamentos a seguir se fazem necessários para refletirmos sobre as seguintes questões: Ate que ponto a união estável mesmo sendo um instituto amplamente aceito pela sociedade brasileira, tem o tratamento devido pela legislação pátria?, Quais os direitos sucessórios foram retirados dos conviventes com a entrada em vigor da lei 10.406/02?, Ate que ponto os direitos sucessórios dos cônjuges são bem mais abrangentes do que os dos conviventes?.

Acredita-se que com a realização desta revisão bibliográfica estar-se-á contribuindo para que as disparidades de tratamento dadas aos companheiros relativamente aos cônjuges sejam diminuídas ou pelo menos entendidas pela sociedade, principalmente por aqueles que vivem em união estável.

1. DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

A sucessão é uma forma de aquisição patrimonial decorrente da morte. Através dela os herdeiros do falecido passam, após todos os tramites legais, a serem proprietários dos bens pertencentes ao acervo hereditário. O companheiro também participa da sucessão, porém segundo regras próprias.

Visto que o presente estudo trata da constitucionalidade dos direitos sucessórios dos companheiros, esse capítulo propõe-se a tecer uma breve abordagem sobre a evolução histórica dos direitos sucessórios, enfocando o aspecto sócio-cultural da família; comparar os direitos sucessórios dos cônjuges; realizar uma abordagem de projetos de leis que tratam da temática.

1.1. Visão Histórica dos Direitos Sucessórios: Um Enfoque Voltado na Evolução Sócio-cultural da Família

Para tratar diretamente sobre direito sucessório de conjugues e conviventes, cabe primeiramente conceituar a união estável a luz da Constituição Federal brasileira a qual no seu art. 1723 CC, conceitua a união estável como sendo: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Mister salientar, que a união estável não necessita de prazo para ser reconhecida. É sabido que a Lei 8.971/94, imputou o prazo de 5 (cinco) anos ou a existência de prole para que fosse reconhecida, entretanto, a Lei 9.278/96, eximiu de tempo mínimo para o reconhecimento da união estável.

Assim, percebemos que a união estável não dispõe de nenhum fator condicionante, nascendo a partir do vínculo afetivo, tomando-se como constituída no momento em que a relação torna-se ostensiva, sendo desde então reconhecida e aceita socialmente.

A Carta Magna de 1988 reconhece de forma expressa a união estável, que adquiriu pela primeira vez sede constitucional, segundo o que está disposto no artigo 226, § 3º, in verbis: "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."

Com isso, as relações estáveis entre um homem e uma mulher passaram a ter caráter de legitimidade ao lado da família legítima, como entidade familiar. Como a união estável é uma situação que em vários aspectos se equipara ao casamento, não haveria mais como se continuar sendo representada por uma relação condenável, sem que se ferissem os direitos inerentes à pessoa dos próprios conviventes.

Antes de adentrar nos direitos sucessórios propriamente ditos, faz-se necessário um breve estudo acerca da evolução sócio-cultural da família, pois os direitos sucessórios só possuem razão de ser dentro de uma ambiente familiar.

A família é um fenômeno social tão antigo quanto à história do próprio homem, e com ele vem evoluindo ao longo dos tempos. O conceito de família de hoje é bem diverso do que se tinha há 50 anos.

Através da doutrina de Farias (2008), pode-se afirmar que o propósito da família de antigamente era a geração de herdeiros e união de patrimônio, tanto é que as pessoas se casavam por escolha de seus pais, sem muitas vezes conhecer o futuro cônjuge. As uniões

tinham que ser religiosamente sacramentadas, pois a cultura era eminentemente religiosa, tendo a união que perdurar até a morte dos cônjuges.

Nos dias atuais, as famílias possuem faces bem diversificadas, ainda existem aquelas constituídas de maneira tradicional, porém também são consideradas entidades familiares as monoparentais, as nascidas sem a realização do casamento (união estável) e, quebrando todas as regras, as formadas por pessoas do mesmo sexo. As famílias de hoje se formam pelo afeto, e caso esse afeto acabe é plenamente possível sua desconstituição.

Assim, conforme a evolução da sócio-cultural do homem nascem novas concepções de família que são aceitas pela sociedade, por corresponderem as expectativas sociais daquele momento histórico.

Para demonstrar que o conceito de família não é estático, Dias (2009) elenca Princípios do Direito das Famílias, que dão margem a constituição de novas formas de grupo familiar. Entre eles encontra-se, o princípio da liberdade, princípio do pluralismo das entidades familiares, bem como o princípio da afetividade, que rege a formação das famílias nos dias atuais.

Assim, sendo a sucessão um instituto próprio da vida em família, todas as formas de entidade familiar devem ser contempladas com direitos sucessórios correspondentes, não podendo existir distinções injustificáveis.

Posto essas considerações preliminares, passa-se a uma visão histórica dos direitos sucessórios, que como se observará evolui juntamente com a evolução da família.

Destarte, o estudo histórico inicia-se pelo o direito romano, que muito influenciou o brasileiro, sendo àquele adepto do amplo respeito à liberdade de testar. No entanto, os romanos conheceram quatro sistemas diferentes que disciplinaram os direitos sucessórios.

De acordo com Cretella Júnior (2007), o primeiro deles estava previsto na Lei das XII Tábuas que dispunha sobre três classes de herdeiros: *heredes sui*, *agnata proximi* e *gentiles*. Nesse momento da história de Roma não se privilegiava os laços de consanguineidade, o que não era diferente em matéria de sucessões.

Posteriormente, o sistema pretoriano veio enfatizar as relações familiares, entretanto a viúva não tinha direitos sucessórios. Já no sistema do direito imperial a figura da mãe dos herdeiros ganhou alguma força quando da sucessão.

Por fim, o sistema de Justiniano trouxe enorme evolução aos direitos sucessórios, que foram compilados nas Novelas 118 e 127, nas quais foi reconhecido o direito à legítima, sendo o testador obrigado a reservar parte de seu patrimônio aos parentes mais próximos. Inovaram, ainda, criando quatro ordens de herdeiros: descendentes, ascendentes, colaterais

privilegiados e colaterais ordinários, assemelhando-se com a ordem sucessória de hoje. Já nessa época, o chamamento dos herdeiros se dava por classes, em ordem de prioridade.

Quanto aos direitos sucessórios da viúva no ordenamento jurídico romano, a Novela 53 conferiu-lhe direito a uma parte dos bens que fossem deixados aos seus filhos, limitada ao máximo de $\frac{1}{4}$ desses bens, desde que a viúva não possuísse recursos que lhe garantissem o sustento, motivo pelo qual, segundo Cretela (2007, p. 265), o instituto ficou conhecido como "quarta do cônjuge pobre".

Segundo Carvalho Júnior (2007), na Idade Média o que se tinha era a desigual distribuição da herança pelo fator sexo e primogenitura. Porém, nessa época surgiu um importante princípio em matéria de sucessões, ainda utilizado nos dias atuais, o *droit de saisine*, que é o direito que determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do *de cuius* independentemente de qualquer formalidade. Durante a Idade Moderna não houve nenhuma inovação quanto aos direitos sucessórios, vigorando, ainda, a herança para o varão e a primogenitura.

O Brasil durante muito tempo foi regido pelo direito português, que na época era regulado por meio de ordenações. De acordo com Carvalho Neto (2007), as primeiras a serem aplicadas no Brasil foram as Ordenações Afonsinas que trataram do direito de meação, pelo qual a mulher era considerada meeira, mas só se tornava cabeça-de-casal, quando seu marido falecia, cabendo a ela a entrega dos bens aos herdeiros e legatários, não possuindo, pois, direito à herança. Posteriormente vieram as Ordenações Manuelinas que apenas repetiram as Afonsinas.

Contudo, com as Ordenações Filipinas o cônjuge passou a fazer parte da ordem de vocação hereditária, sendo chamado a herdar depois de esgotados os colaterais sucessíveis até o décimo grau. Assim, o cônjuge tinha a oportunidade de receber a herança do falecido, porém pelo fato de só ser chamado após os colaterais, seus direitos sucessórios eram quase nulos. Tanto é assim, que nas palavras de Carvalho Neto (2007, p. 51-52):

Se o marido era parente de sua mulher, falecendo um deles ab intestato, o sobrevivente tomava o seu lugar, segundo o grau de parentesco que tivesse, para excluir os outros parentes mais remotos até o décimo grau. Ou seja, o fato de se tratar de cônjuge não afastava o grau normal do parentesco, sucedendo o cônjuge como parente, se o era, e preferindo como parente mais distante.

As Ordenações Filipinas vigoraram em nosso país até o advento do Código Civil de 1.916 (prova de tal afirmação consta do artigo 1.807 do CC/16), sendo que em matéria de sucessões, a ordem de vocação hereditária no Brasil se dava da seguinte forma: descendentes;

ascendentes; colaterais até o 10º grau; cônjuge; Fisco. Por conta disso, é de Beviláqua apud Carvalho Neto (2007, p. 63) a seguinte frase: "não se distingue mais parente de conterrâneo", pela qual tece crítica ao fato de os colaterais até o décimo grau pudessem ser contemplados com a herança.

Entretanto, após a Independência do Brasil, várias foram as tentativas de se codificar o direito brasileiro, que ainda vivia sob a égide do direito português. Em 1.858, foi aprovada pelo Imperador a Consolidação das Leis Civis que pouco inovou em matéria de sucessões dos cônjuges, uma vez que apenas compilou as leis existentes, estando nela abrangidas leis portuguesas.

Ainda antes do Código Civil de 1.916 foi publicado o Decreto 1.839 (Lei Feliciano Penha), que colocou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária e limitou os direitos sucessórios dos colaterais aos parentes do sexto grau. Essa mesma lei estipulou a legítima, que até então não era conhecida no Brasil, regulamentando que o autor da herança só poderia dispor da metade de seus bens, reservada a outra metade aos parentes mais próximos.

Finalmente, em 1.916 foi aprovado o primeiro Código Civil brasileiro, que de maneira sistematizada tratou sobre as mais diversas matérias de direito privado.

Entre os artigos 1.572 e 1.805 disciplinou o direito das sucessões. O cônjuge continuou a figurar em terceira posição na ordem dos herdeiros, entretanto o artigo 1.611 limitava o direito à herança ao viúvo que ainda convivía com o falecido quando da morte deste. Dessa forma, caso a sociedade conjugal estivesse dissolvida, o cônjuge sobrevivente perdia seu direito de herdar. Nesse momento, o cônjuge não figurava como herdeiro necessário, motivo pelo qual poderia ser afastado da sucessão por disposição testamentária.

Beviláqua apud Carvalho Neto (2007, p. 97) avaliando as inovações trazidas pelo Código Civil, assim refletiu: " unidos pelos mais íntimos dos laços, pela comunhão de afetos e interesses, era uma necessidade moral indeclinável conceder ao cônjuge sobrevivente direito sucessório preferente ao dos colaterais".

Em 1.962 entrou em vigor a Lei 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que com intuito de proteger amplamente a figura feminina acrescentou os parágrafos primeiro e segundo no artigo 1.611 do CC/16, criando o usufruto viual e o direito real de habitação, importantes direitos conferidos às mulheres viúvas.

De inspiração romana (Novela 53, acima citada) o usufruto viual conferia à viúva, desde que não casada sob o regime de comunhão universal, enquanto durasse o estado de viuvez, o usufruto (direito real pelo qual o usufrutuário pode usar coisa alheia e até patrimônio alheio, durante certo tempo, retirando frutos, utilidades e vantagens que o bem

móvel ou imóvel produza) da quarta parte dos bens pertencentes ao espólio, se existissem descendentes. Caso contrário, teria o usufruto da metade dos bens. Para Veloso (2010, p. 21), esse instituto renunciou a concorrência entre cônjuges e os outros herdeiros.

Segundo a referida lei, se o casamento fosse sob o regime de comunhão universal e o único bem imóvel deixado pelo *de cujus* fosse o da residência do casal, caberia ao cônjuge sobrevivente o denominado direito real de habitação. Com esse direito o cônjuge supérstite poderia residir de forma gratuita no referido imóvel, não sendo este passível de divisão entre os herdeiros.

Percebe-se que, até então, a legislação não tinha conferido nenhum direito sucessório aos unidos sem casamento. Pode-se afirmar, que o Código Civil de 1.916 repudiou essa forma de união, pois não a regulamentou no livro que tratava do direito de família e muito menos conferiu direitos sucessórios aos conviventes.

Tanto é verdade que o Código trouxe normas que proibiam à pessoa casada de fazer disposições testamentárias ao concubino (artigo 1.177 e 1.719, III). Vale ressaltar que naquela época a lei não fazia distinções entre uniões puras (formadas por pessoas desimpedidas) e impuras. Todavia, já no final da década de 70 os Tribunais amparavam os conviventes com metade dos bens deixados pelo companheiro falecido e considerava a união entre eles sociedade de fato. Com isso, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 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.”

Porém, somente com o advento da Constituição Federal de 1.988 é que foi reconhecida a união entre pessoas não casadas, que a partir de então passaram a receber proteção estatal, segundo os termos do artigo 226, § 3º da nossa lei maior, que reza:

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

§3º Para efeito de 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.

Segundo a doutrina de Oliveira (2009), antes da edição de leis que regeram o instituto recém reconhecido constitucionalmente, o direito previdenciário deu largos passos, quanto ao reconhecimento do direito de pensão por morte ao convivente, lei 8.213/91. A lei do inquilinato (lei 8.245/91) também reconheceu a união estável, garantindo a continuidade da locação pelo convivente.

Contudo, apenas em 1994 surgiu o primeiro corpo normativo que tratou do tema, Lei 8.971, que em matéria de sucessões praticamente equiparou a união estável ao casamento, vez que previu o usufruto viual e o direito hereditário do companheiro, figurando este em terceiro lugar na ordem de sucessão (artigo 2º da citada lei).

Em seguida, a lei 9.278/96 também conferiu direitos sucessórios aos companheiros, vez que em seu artigo 7º, parágrafo único, regulou o direito real de habitação em favor dos conviventes.

Destarte, após a Constituição Cidadã os companheiros tiveram regulamentados seus direitos sucessórios, mas assim como os cônjuges não foram reconhecidos como herdeiros necessários, motivo pelo qual poderiam ser excluídos da sucessão.

Atualmente, vigora no Brasil o Código Civil de 2002, o qual alterou profundamente o livro de sucessões, conforme se verá a seguir.

É importante destacar, que o novo código previu a união estável dentro do livro que trata de direito de família e normatizou amplamente o tema. No entanto, em matéria de sucessões foi totalmente de encontro com que as leis anteriores regulamentavam, sendo alvo de duras críticas, como se observará ao longo desse estudo.

Em conclusão, diante dos dados históricos colhidos, percebe-se que em matéria de sucessão houve evolução considerável em relação aos direitos dos cônjuges, que passaram de estranhos na sucessão para agentes de direito, reconhecendo-se a importância dos laços afetivos e não só dos consanguíneos, em relação à herança.

Por outro lado, no tocante ao companheiro, o que se tem é um retrocesso, pois ainda que o conceito de família tenha evoluído e aceito a união estável como entidade familiar, o legislador não correspondeu à expectativas sociais e como será observado no item a seguir, houve uma considerável diminuição dos seus direitos.

1.2. Estudo Comparativo entre os Direitos Sucessórios dos Cônjuges e dos Conviventes segundo a Legislação Civil Vigente

Em 10/01/2002 foi sancionada a lei 10.406, que só entrou em vigor 10/01/2003, instituindo uma ordem civil nova, que trouxe muitas mudanças.

Conforme fora afirmado no tópico antecedente, o novo código civil inovou bastante em matéria de sucessões, principalmente no que diz respeito aos direitos dos cônjuges e dos conviventes.

Os direitos sucessórios dos companheiros estão previstos no artigo 1.790, que dispõe:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A primeira crítica que deve ser feita a esse dispositivo, diz respeito a sua localização dentro do livro de sucessões, estando inserido no capítulo de disposições gerais, distante dos direitos dos cônjuges, iniciando por aí as diferenças. Pode-se até imaginar, que tal situação não gera nenhum efeito, mas uma lei codificada tem uma lógica para disposições de seus artigos e tal situação faz despertar muitas críticas. Para Almeida (2003, p. 59): “talvez isso tenha se dado por preconceito contra a inclusão do companheiro entre os herdeiros”.

Analisando a cabeça do artigo, percebe-se que o legislador dispôs, de forma clara, que os direitos hereditários do convivente se restringem aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Por outro lado, o novo código civil trouxe a figura da concorrência, que em relação ao companheiro se dá de três maneiras diferentes, a depender da classe de hereditária com a qual concorre, conforme o previsto nos incisos I, II e III do citado artigo.

Cumprindo observar, que o inciso I fala em *filhos* comuns, o que excluiria outros descendentes da concorrência. No entanto, segundo Oliveira (2009, p.163), essa situação não passa de impropriedade vocabular do legislador, devendo a palavra filhos ser interpretada como *descendentes*. Conforme o Enunciado 226, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Aplica-se o inciso I do artigo 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

Nota-se, ainda, que existem posicionamentos diversos sobre o que se deve entender da palavra herança contida nos incisos III e IV do artigo em análise. Para Pereira (2007, pág. 167): “[...] se deve interpretar a expressão “herança” constante dos incisos III e IV do artigo 1.790, em seu sentido próprio, mais abrangente do que “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Já no entendimento de Veloso (2010), o termo herança deve ser interpretado à luz do *caput* do artigo, restringindo-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Outro ponto a ser abordado, diz respeito ao fato de o convivente sobrevivente, mesmo possuindo direito de concorrência, herdar sozinho somente se o falecido não houver deixado nenhum outro parente sucessível, ou seja, colaterais até o quarto grau. Dessa forma, seguindo os ensinamentos de Oliveira (2009), pode-se afirmar que relativamente à união estável, o código resolveu valorizar os laços de consanguineidade em detrimento dos afetivos.

Por ser o artigo 1.790, o único dispositivo a tratar da participação do unido estavelmente na sucessão, presume-se que não foi conferido ao companheiro o direito real de habitação. Porém, há quem entenda que deve ser adotado o direito real de habitação contido na Lei 9.278/96, pois não tendo sido esta revogada expressamente e não sendo o instituto do direito real de habitação incompatível com o novo código, esse direito ainda é conferido aos conviventes.

Segundo o Enunciado 117, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "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". Compactua de tal com entendimento Rodrigues (2003).

No entanto, Veloso (2010) entende que com a falta de previsão legal no do direito real de habitação aos conviventes, esse direito não deve ser estendido a eles. Pois segundo o autor, a não previsão desse direito seria uma atitude pensada e não um mero esquecimento do legislador.

Vale ressaltar, que convivente não figura no rol dos herdeiros necessários trazidos pelo artigo 1.845 do CC, sendo interessante notar que o convivente só terá direito à sucessão, se quando da abertura desta estiver convivendo com o *de cujus*.

Assim, comparativamente à ordem civil anterior, o convivente teve perdas significativas em seus direitos sucessórios, pois, como fora dito anteriormente, lhe eram atribuídos amplos direitos, sendo estes regrados pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, que conferiram aos companheiros direito a herança, participando, tal como o cônjuge, do terceiro lugar na ordem de sucessão. Sendo que a lei não restringia esse direito aos bens provenientes do esforço comum. Além de gozar do usufruto viual e do direito real de habitação.

Tantos eram os direitos sucessórios dos companheiros, que alguns autores como Veloso (2010), chegaram a afirmar que o companheiro gozava de mais direitos que o casado,

pois poderia cumular o usufruto viual com o direito real de habitação, já que para o cônjuge tais direitos estavam condicionados ao regime de bem, não podendo coexistirem.

Entretanto, com o advento do novo código os cônjuges tiveram um ganho substancial em seus direitos de sucessão. Para melhor visualizar tal afirmação, recapitula-se os direitos vigentes no código anterior.

Na vigência da lei nº 3.071/16, quando o autor da herança falecia, seus bens eram repassados imediatamente aos herdeiros, que eram graduados na forma do artigo 1.603 do antigo código, tendo o cônjuge a possibilidade de receber os bens deixados pelo *de cujus*.

Todavia, por mais que o viúvo figurasse em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, a ele não era concedido o título de herdeiro necessário, podendo, pois, ser excluído da herança por disposição testamentária. Por outro lado, tinha direito ao usufruto viual, desde que não fosse casado pelo regime de comunhão total de bens, e se casado no referido regime possuía o direito real de habitação, conforme fora explicitado no tópico anterior (artigo 1.611, §§ 1º e 2º do CC/16).

Na lei civil atual, além de ser herdeiro necessário, o cônjuge passa a ter direito real de habitação independentemente do regime de bem adotado no casamento, conforme dispõe o artigo 1.831. Ademais, ainda que separado judicialmente ou de fato, o sobrevivente terá direito à herança, desde que ainda não tenha se passado dois anos da separação. E mesmo passado esse período, o separado de fato que comprove não ter dado causa à ruptura da união poderá herdar, tal regra está prevista no artigo 1.830.

No tocante à concorrência, os casados tiveram seus direitos explicitados pelo artigo 1.829:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

Todavia, os limites de concorrência foram regradados nos artigos 1.832 e 1.837, em proporções que serão explanadas adiante. Do exposto, pode-se perceber que o legislador civil de 2002 distanciou, e muito, os direitos do cônjuge e dos companheiros. Por conta de tantas diferenças, não faltam críticas e estudos para tentar entender tal absurdo. Nas palavras de Rodrigues (2003, p. 119):

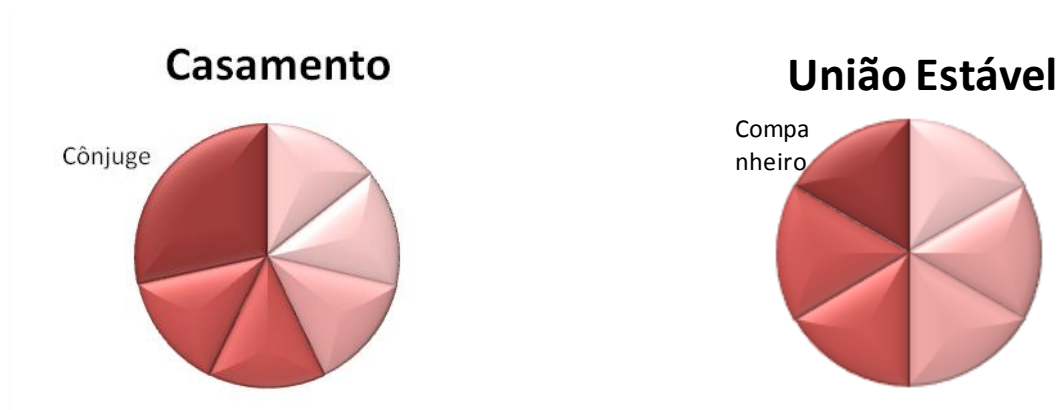
em suma, o Código Civil regulou direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e restrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com desenvolvimento de nosso direito sobre a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

Não bastasse o novo código ter retirado todos os direitos sucessórios que os companheiros possuíam na ordem civil anterior, no único direito que lhe foi conferido igualmente ao do cônjuge, direito de concorrência, ainda foram tratados distintamente.

Desse modo, com intuito de melhor identificar as diferenças existentes na concorrência, utilizar-se-á gráficos elaborados por Dias (2008, 150/152) , que de forma clara comparam as cotas de concorrência dos cônjuges (casados pelo regime de comunhão parcial de bens) e companheiros (que em regra vivem sob esse regime artigo:

Na concorrência com descendentes, o casado tem o direito de receber porção igual à reservada a estes, porém a lei lhe reserva $\frac{1}{4}$ dos bens, que independentemente do número de descendentes lhe serão resguardados, quando concorrem com descendentes comuns. Assim, se o número de descendentes for maior que três, o viúvo receberá uma parte maior que eles (artigo 1.832).

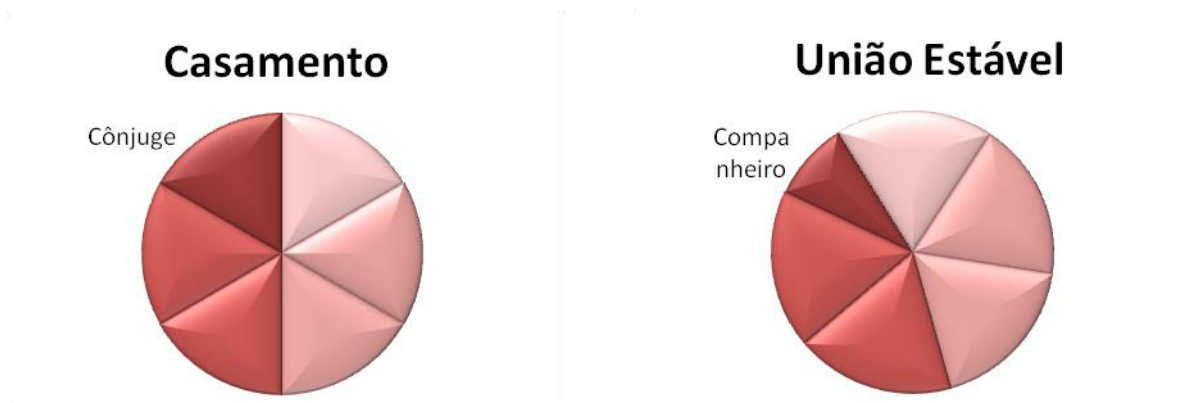
Já o companheiro, quando concorre com descendentes comuns, recebe o mesmo quinhão conferido a estes, não lhe sendo garantida reserva. (artigo 1.790, I). Assim, na situação de existirem cinco filhos comuns a disposição da herança será da seguinte forma:



Fonte: Dias (2008, p. 150)

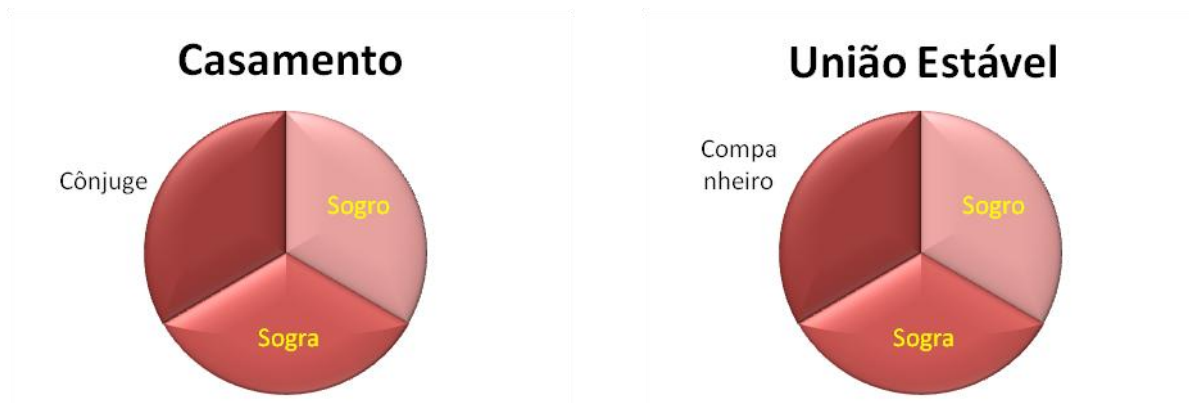
Em relação a descendentes somente do autor da herança, o cônjuge não tem direito a reserva de bens, porém herda na mesma proporção que eles (artigo 1.832). Por outro lado, o convivente só faz jus ao recebimento de metade do que for conferido aos descendentes

exclusivos do *de cuius* (artigo 1.790, II). Desse modo, se o falecido deixar cinco descendentes exclusivos, a herança será distribuída da seguinte forma:



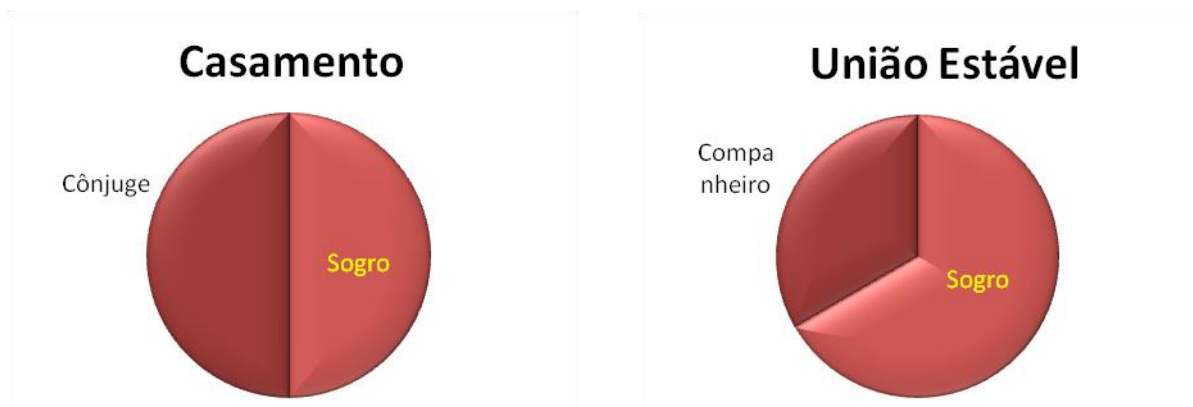
Fonte: Dias (2008, p.150)

Só haverá compatibilidade de direitos entre cônjuges e companheiros, quando concorrem com ambos os pais do falecido, vez que é reservado 1/3 da totalidade de bens tanto para os cônjuges (artigo 1.837) quanto para os conviventes (artigo 1.790, III).



Fonte: Dias (200, p.151)

Porém se apenas um dos pais for sobrevivente e também nos casos de só existirem ascendentes de outros graus, ao cônjuge é conferido metade dos bens (artigo 1.837). Já aos companheiros, na concorrência com ascendentes e outros parentes sucessíveis só receberá 1/3 da herança (artigo 1.790, III).



Fonte: Dias (2008, p. 151)

Contudo, o que se tem por certo é que o tratamento dado aos cônjuges e aos companheiros em matéria de sucessão é bastante dispare e a compreensão de tal diferença e a solução para este problema será discutido ao longe desse trabalho.

1.3. Análise de Projetos de Lei que Propõem Alterações aos Direitos Sucessórios dos Conviventes

O tratamento diversificado dos direitos sucessórios dos companheiros relativamente aos dos cônjuges é notório. Qualquer pessoa ao estudá-los percebe facilmente as distinções e assusta-se com elas.

Por isso mesmo, com a intenção de corrigir tais divergências é que desde que o código civil passou a vigorar existem pessoas que pretendem sanar os equívocos constantes no código.

Ressalta-se que os equívocos não ficam adstritos aos direitos sucessórios dos companheiros, sendo sugeridas muitas alterações, pois o CC apesar de corresponder a diversos anseios sociais, nasceu velho, pois foram muitos os anos que passou tramitando no Congresso Nacional, regulamentado muitos institutos de forma não tão apropriada.

Para tanto, Gonçalves (2009) explica são formulados inúmeros projetos de lei com a finalidade de adequar o código. Um dos que merece destaque é o PL 6.960/2002 proposto por Ricardo Fiuza que tinha a intenção de alterar cerca de 180 artigos do CC. Tal projeto passou cinco anos tramitando no Congresso, tendo sido arquivado em 31/01/2007.

No tocante ao que interessa a esse estudo, o referido projeto de lei propôs alterações no artigo 1.790, que ficaria com a seguinte redação conforme descreve Pereira (2008):

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:
I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);
II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;
III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.
Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Analisando-o, deduz-se que o companheiro herdaria não apenas os bens adquiridos onerosamente, pois a alteração do *caput* ampliaria os direitos dos conviventes. Caso tivesse sido aprovado o PL 6.960/2002, o companheiro teria o direito à mesma proporção da herança na concorrência com filhos comuns ou exclusivos do falecido, porém não lhe seria reservado uma quota fixa de $\frac{1}{4}$ a que faz jus o cônjuge supérstite. Na concorrência com ascendentes seu direito seria ampliado, pois teria direito a metade do que couber a cada um dos ascendentes.

Segundo Perlinger (2007) de acordo com o projeto, o companheiro poderia herdar sozinho, caso não existissem descendentes e ascendentes, o que seria um grande avanço, ou melhor, a volta do que existia na ordem civil anterior. Além disso, voltaria a ser conferido ao convivente o direito real de habitação.

Entretanto, conforme fora dito, esse projeto de lei já foi arquivado, não sendo possível de trazer qualquer mudança no ordenamento. Acontece que pelo estudo das mudanças que ocorreriam caso tal projeto fosse aprovado, entende-se que ele não solucionaria os problemas, pois não equacionaria as diferenças.

Em primeiro lugar, o artigo 1.790, que se encontra no título de disposições gerais do direito das sucessões ainda regularia o instituo, persistindo a discriminação. Ademais, de acordo com o explicitado, na concorrência com descendentes os companheiros ainda estariam em situação de desvantagem em relação aos cônjuges. Assim, as mudanças seriam interessantes mais não suficientes para resolver a problemática que gira ao redor do tema.

Outro projeto de lei que merece destaque é o elaborado pelo senador Sergio Barradas Carneiro, PL 508/2007, que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados, estando desde 08/07/2011 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Diferentemente do projeto anteriormente referido, este visa exclusivamente efetuar mudanças nos direitos sucessórios dos companheiros e traz uma justificativa muito bem

fundamentada, pois conforme consta a proposta de lei foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBFAM), do qual fazem parte brilhantes estudiosos do Direito, que não compactuam com as distinções. E o projeto tem a missão de acabar com elas, pois o próprio artigo primeiro aduz enfaticamente que vem para trazer igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios. Tanto é verdade que com a aprovação dessa proposição legal o artigo 1.829 do Código Civil terá a seguinte redação:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados.

Com a aprovação desse PL, além de o companheiro figurar ao lado do cônjuge, haverá substancial alteração na concorrência sucessória, vez que o direito à herança do cônjuge não estará mais adstrito ao regime de casamento, o que será uma inovação importante pois não se pode olvidar que meação é diferença de herança e que o regime de bens deve servir exclusivamente para determinar a meação. Além disso, os direitos sucessórios dos cônjuges ficarão restritos aos bens adquiridos onerosamente na durante do casamento. Assim, tal regra alteraria o direito dos cônjuges e não dos companheiros, pois assim já está previsto no artigo 1.790 do CC.

Segundo Fiúza (2008) o projeto também inova quanto à possibilidade de o cônjuge separado de fato ou judicialmente herdar, pois através desse projeto estarão restritos os direitos sucessórios aos que estiverem casados ao tempo da abertura da sucessão, conforme a nova redação que será dada ao artigo 1.830¹.

Quanto direito real de habitação, o PL 508/07 confere aos companheiros esse direito, porém o restringe tanto para o cônjuge quanto para o convivente, quando o imóvel fizer parte da legítima de um descendente incapaz, conforme possível reforma no artigo 1.831². Observa-

¹ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.

² Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

se que andou muito bem o autor do projeto quanto a esse ponto, resguardando os interesses dos incapazes.

Na concorrência com descendentes, cônjuges e companheiros terão direito a parte igual a conferida a cada um dos descendentes, na forma do futuro artigo 1.832³, porém não será mais reservada uma quota ao cônjuge e conseqüentemente ao companheiro. Interessante tal alteração, pois assegura maiores direitos aos herdeiros, que, no sistema vigente, com reserva de ¼ dos bens a seu ascendente sobrevivente, ficam em uma situação desvantajosa, pois muitas vezes o cônjuge supérstite é meeiro e fica com a maior parte da herança.

Nos artigos 1.837⁴, 1.838⁵ e 1.839⁶ as alterações trazidas pelo PL encontram-se exclusivamente no fato de os direitos estendidos por eles previstos aos conviventes, não prevendo outras mudanças.

No tocante artigo 1.845, que trata dos herdeiros necessários a alteração será bastante interessante, pois não inclui o convivente no rol do artigo. Porém, cumprindo seu propósito de igualar os direitos cônjuges e companheiros, propõe a seguinte redação: Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.

Entende-se que o autor andou para trás nesse ponto, pois conforme fora estudado no primeiro capítulo desse trabalho, os cônjuges só foram elevados a condição de herdeiros necessários com o CC/02, e isso se deu pela evolução do direito, não se considera razoável supressão dele. Seria suficiente a inclusão do companheiro no rol do artigo citado.

Do exposto observa-se que o PL 508 é bastante inovador, vez que não se resumiu a incluir a figura do companheiro ao lado da do cônjuge, mas realmente efetuou importantes mudanças nos direitos sucessórios, porém a principal delas é a equiparação. Por isso, tal projeto merece uma efetiva análise do legislativo, pois de fato cumpre a proposta de trazer a igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.

³ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.

⁴ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

⁵ Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

⁶ Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.

1.4 Estudo dos Princípios Constitucionais Aplicados aos Direitos Sucessórios dos Companheiros

Nas palavras de Gonçalves (2009, p. 387) princípios constitucionais: “São diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser”. Em outros termos, os princípios constitucionais devem nortear as ações do Estado, nesse sentido faz-se necessário discorrer sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que são princípios válidos para a abordagem da temática.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se insculpido no artigo 1º, inciso III do nosso texto maior. Com efeito, quando da elaboração de uma norma legal, deve-se ter como base o princípio em comento, posto que este é um dos pilares em que se sustenta a República Federativa do Brasil.

É de suma importância a alocação desse princípio como base da República, pois segundo as lições de Canotilho (2003, p. 225) isso significa que: “a República Federativa é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”, conferindo-se grande importância ao papel do ser humano na organização e definição de metas do Estado.

No entanto, definir tal princípio é uma tarefa bastante difícil, pois ele dá margens a diversas conceituações. Porém, não há dúvidas de que a dignidade existe e é facilmente perceptível quando desrespeitada.

Para Moraes (2007, p.105): “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Tão grande é a amplitude desse princípio que há quem diga que ele é absoluto, não podendo ser sacrificado em nenhuma hipótese e para Tavares (2010), precede aos demais princípios. E por sua importância, também na doutrina de Tavares (2010), é entendido como base para os direitos fundamentais, no sentido de que da dignidade da pessoa emanam os direitos considerados fundamentais para o homem.

Conforme assevera Moraes (2007, p.16):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, construindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a estima que merecem todos os seres humanos.

Desse modo, infere-se que uma norma não pode restringir direitos das pessoas sem um motivo que justifique a restrição, sob pena de estar contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é princípio norteador dos direitos hereditários, pois estes visam conferir aos herdeiros do *de cuius*, os bens pertencentes ao acervo hereditário, para que após a morte do autor da herança, aqueles que com ele convivam, muitas vezes dele dependendo, possam continuar tendo uma existência digna.

De acordo com Oliveira (2009, p. 3) “a distribuição de herança aos sucessores deve ser pautada de acordo com esse critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado lhes transmita uma existência mais justa e digna dentro do contexto social”.

Todavia, tal orientação parece não ter sido a utilizada pelo legislador ao tratar dos direitos sucessórios dos conviventes. Dando a entender que o código civil não se preocupou com a dignidade do convivente, não levando em consideração a presunção de afeto existente entre o falecido e o sobrevivente.

Outro princípio constitucional que deve ser guardado pelos direitos sucessórios é o da isonomia, este está expressamente previsto no artigo 5º, *caput*, da CF e também em seu inciso I. De acordo com Dias (2008) ocorre a isonomia quando os iguais são tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.

Para concretizar de tal princípio, faz-se necessário que tanto o legislador quanto o interprete da norma saibam dar os reais contornos que ele requer, sendo o legislador o primeiro destinatário do princípio.

De outro norte, quando se fala em igualdade não está falando-se apenas em seu aspecto formal, segundo a qual nas palavras de Canotilho (2003, p.426): “a lei deve ser executada sem olhar as pessoas”, mas sim em uma efetiva igualdade entre pessoas que submetem-se a uma mesma situação jurídica.

Destarte, não basta que as pessoas sejam consideradas iguais pela lei, pois isso não é o bastante e nem mesmo garante uma igualdade efetiva. Faz-se necessário, pois, que a igualdade realmente ocorra na vida em sociedade, que seja efetivada no seio social.

Dentro dos direitos sucessórios é cabível aplicação deste princípio para evitar tratamentos diferenciados. Oliveira (2009, p. 3) assevera que “deve aplicar-se tratamento igualitário ao cônjuge e ao companheiro na concorrência com descendentes e ascendentes”, o que não se observa em nosso código civil.

Entretanto, ao elaborar as normas para reger os direitos sucessórios dos companheiros, parece que o legislador não se ateu ao princípio da isonomia, vez que o companheiro recebeu um tratamento flagrantemente discriminatório.

Segundo os ensinamentos de Canotilho (2008, p.1295):

Saber quando há um tratamento justo de igualdade ou desigualdade não é tarefa fácil. Como ponto de apoio metódico sugere-se o seguinte esquema: (1) quais as situações de facto que são objecto de comparação, pois, se o princípio da igualdade é, por definição, um princípio relacional, e a norma jurídica comporta sempre um âmbito ou setor real ou fático, então importa sempre determinar quais os candidatos(objectos, pessoas, situações) que se consideram iguais ou desiguais; (2) quais os critérios ou medidas materiais com base nos quais avaliamos se determinados pressupostos de fato devem ser tratados de forma essencialmente igual ou essencialmente igual?

Utilizando-se o método do mestre português para detectar desigualdades é fácil vislumbrar que esta ocorre nos direitos sucessórios dos companheiros, pois é flagrante a desigualdade de tratamento dada aos companheiros relativamente aos cônjuges, e também é simples observar que dentro da entidade familiar este ocupam a mesma posição, devendo dessa forma serem tratados da mesma maneira, mostrando-se indevida a distinção.

1.5 A (In)Constitucionalidade do Dispositivo 1.790 do Código Civil

Conforme todo o exposto, pode-se afirmar que a norma contida no artigo 1.790 do CC quebra a lógica de interpretação do código civil de acordo com a CF, vez que o artigo em referência atropela princípios e, mais do que isso, os anseios da sociedade, lembrando que a norma é feita para regular a vida das pessoas, mas de acordo com o mínimo que se pode esperar dela.

A Constituição Federal de 1.988, também conhecida como Constituição Cidadã, foi brilhante ao conferir proteção estatal à união estável, correspondendo aos anseios sociais. Da mesma forma, andou bem o legislador que elaborou as normas que trataram do tema em 1.994 e 1.996, conferindo amplos direitos sucessórios aos conviventes. Porém, ratificando o que já fora argumentado, o código civil vigente deixou muito a desejar.

Repete-se que a leitura da norma civil deve ser realizada de acordo com a CF, o que se torna impossível quando a atividade hermenêutica volta-se ao artigo referido, pois ele contradiz os princípios constitucionais e toda uma ordem que já vinha sendo firmada.

Além de romper com os princípios citados anteriormente, há ruptura com o princípio da proibição de retrocesso social, que segundo Canotilho (2003, p. 338), é próprio do Estado

democrático de direito. Sob a égide do referido princípio “os direitos econômicos e sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjetivo”, devendo ser conservados pela legislação. No entanto, tal princípio não passou pelo fito do legislador do Código Civil de 2002, que inovou negativamente os direitos sucessórios dos companheiros, restringindo-os profundamente.

Quanto à determinação da (in)constitucionalidade do artigo 1.790, primeiramente, faz-se necessário ouvir o que renomados doutrinadores têm a dizer.

Para Wald (2009, p.115):

(o artigo 1.790) é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar proteção especial à família fundada no companheirismo (CF, artigo 226, *caput* e §3º) ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior apud Oliveira (2009) atine que a inconstitucionalidade do artigo em comento advém do fato de agredir o princípio da igualdade. Segundo o autor não se deve aceitar superioridade entre espécies diferentes de familiares que desempenhem a mesma função no núcleo familiar.

Nessa oportunidade, urge tratar que a constitucionalidade do artigo em referência ainda é controvertida nos tribunais. Recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar recurso especial⁷ pelo qual foi suscitada a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do CC, resolveu acolher o incidente de constitucionalidade suscitado pelo relator, ministro Luis Filipe Salomão. Em seu brilhante voto, o ministro levantou todas as controvérsias acerca do tema, citando doutrina e jurisprudência para respaldar sua decisão e pugnou que o dispositivo legal citado deve ser apreciado pela Corte Especial do referido Tribunal, cumprindo o disposto na súmula vinculante 10 do STF. Assim, aguarda-se o posicionamento do tribunal acerca do tema.

Por outro lado, existem entendimentos afirmando a constitucionalidade do artigo 1.790, aduzido que podem ser cônjuges e companheiros tratados desigualmente, dando-se mais direitos à pessoa casada, como forma de incentivar a conversão da união estável em casamento, considerando que CF não equiparou a os institutos referidos e o casamento precede à união estável.

⁷ AI no Recurso Especial nº 1.135.354-PB (2009/0160051-5), texto integral anexo.

Entende-se, conquanto, não ser esta a forma correta de interpretar o tema. Conforme vem se afirmando ao longo desse estudo, não se quer dizer que união estável e casamento são a mesma coisa, absolutamente. O que se pretende é entender a distinção de tratamento dada a cônjuges e companheiros em matéria de sucessões, já que por todos os ângulos pelos quais o assunto é examinado não se encontra uma explicação plausível.

Dentro desse contexto cabe a seguinte indagação: Caso o artigo 1.790 seja tido por inconstitucional por quais regras serão regidos os direitos sucessórios dos companheiros?

Pela doutrina de Wald (2009, p. 119): “A melhor solução será admitir, tal como analisado, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, e desse modo permitir a continuidade do artigo 2º da lei 8971/94, devidamente combinado com o artigo 1.829 do CC, nos incisos I, II e III”.

De outro norte, Nogueira (2007, p. 115) observa que não se pode considerar que com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 as leis de 94 e 96 voltariam a vigorar, porque não há nelas o instituto da concorrência. O melhor seria a interpretação analógica do artigo 1.829.

De acordo tudo que foi estudado, analisando-se o caráter social da família, passando-se pela evolução histórica dos direitos sucessórios, não se encontra explicação hábil a justificar a diferença entre os direitos sucessórios dos cônjuges e conviventes. Tanto é assim que no entendimento de Oliveira (2009, p. 156) os equívocos legislativos emanam de falta de conhecimento do sistema sucessório e do princípio da isonomia, é a falta de técnica dos legisladores.

Destarte, por entender que o legislador infraconstitucional não tinha e não tem motivos para trazer tais distinções, por ferir princípios constitucionais, não seguir a tendência da constitucionalização do direito privado e por extinguir direitos já existentes, indo na contramão da evolução histórico-cultural do país, frustrando as expectativas sociais, constata-se que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 é INCONSTITUCIONAL.

Para não restar dúvidas quanto a esse aspecto, reproduz-se o entendimento do mestre Tavares (2010, p. 227): “uma das formas de se cometer inconstitucionalidades através de discriminações não autorizadas pela CF é: outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos de pessoas”

Entende-se que com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 deverá o código civil ser alterado, colocando-se o convivente ao lado da do cônjuge. Com esse propósito existe projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, conforme se será abordado a seguir.

Entretanto, segundo explica temer (2010) até que ocorra a alteração legislativa, deverão ser aplicados, analogicamente, os artigos que conferem direitos sucessórios aos cônjuges. Não se entende cabível a aplicação das leis 8.974/94 e 9.278/96, pois por uma questão de tratamento isonômico, não se justifica que em uma nova ordem civil os companheiros sejam tratados por leis vigentes sob a égide de uma lei civil antiga. Já que existem diferenças injustificáveis trazidas pelo novo código, utilizando-o é que essas diferenças devem ser sanadas.

CONCLUSÃO

O presente estudo revelou que a união estável mesmo sendo um instituto amplamente aceito pela sociedade brasileira, ainda não tem o tratamento devido pela legislação pátria, uma vez que aos unidos estavelmente são conferidos direitos sucessórios bastante tímidos.

O estudo bibliográfico mostrou que antes da vigência do atual código civil, os companheiros gozavam de importantes direitos sucessórios que lhe foram retirados com a entrada em vigor da lei 10.406/02, quebrando toda uma ordem jurídica vigente e provendo um retrocesso. Isso demonstra que o legislador pátrio não conhece os institutos jurídicos ou não procura fazer uma análise sistemática antes de legislar sobre eles, cometendo equívocos absurdos.

Desta feita, através da apreciação dos direitos sucessórios dos companheiros à luz da Constituição Federal chega-se a conclusão que dentro do sistema constitucional vigente é concebível que os direitos hereditários dos conviventes sejam tão diversos comparativamente aos que são conferidos aos casados. Uma vez que a distinção de tratamento rompe com a lógica de interpretação civil-constitucional e esmaga princípios basilares do estado democrático de direito. A CF/88 conferiu proteção estatal à união e a reconheceu como entidade familiar, não sendo concebível que o legislador infraconstitucional vá de encontro à lei maior.

Conforme foi demonstrado nesse estudo, os direitos sucessórios dos cônjuges são bem mais abrangentes do que os dos conviventes. Ocorre que tal disparidade de tratamento influi no tratamento conferido aos demais herdeiros.

É simples notar que sendo ao cônjuge reservado $\frac{1}{4}$ da herança, quando em concorrência com descendentes comuns e aos companheiros não existindo cota mínima, os descendentes advindos da união estável estão sendo beneficiados, pois não precisarão reservar

nenhuma cota ao seu ascendente sobrevivente, obtendo maior parte da herança compartilhadamente com o que teriam se seus pais fossem casados.

Ao mesmo tempo, por figurar no terceiro grau da ordem de sucessão o cônjuge exclui os colaterais, sendo único herdeiro se não existirem ascendentes ou descendentes, porém como o convivente somente terá direito à totalidade da herança se não houverem outros parentes sucessíveis, será muito mais vantajoso para um colateral que um parente seu não contraia casamento e viva somente em união estável.

São por esses motivos que os direitos sucessórios dos companheiros devem ser reformulados, devendo aos conviventes serem conferidos os mesmos direitos concedidos aos cônjuges, para que a proteção estatal conferidas as famílias possa ser completa. Sendo assim, conforme destacado por essa revisão bibliográfica, a melhor medida é considerar o artigo 1.790 do CC, conferido aos conviventes todos os direitos sucessórios conferidos aos companheiros.

A introdução das alterações propostas no projeto de lei 508/07 ao Código Civil, precedido pela declaração de inconstitucionalidade do artigo citado seria uma medida interessante para sanar os equívocos legislativos vigentes, efetivando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia dentro dos direitos sucessórios dos companheiros.

Referências

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: direito das sucessões**. Coord. Álvaro Vilaça de Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 508/07**. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

_____. **Lei Federal nº 8.971/94**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

_____. **Lei Federal nº 9.278/96**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 3ª tiragem.

_____. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosendal, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. **Limites à Hermeneutica Civil-Constitucional**. In: MACIEL, Adhemar Ferreira. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GIL, Antonio Carlos; **Métodos e técnicas de pesquisa social**. Ciências sociais – Metodologia; Ciências sociais – pesquisas; Pesquisa – metodologia e título. 5. ed. 7, São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 10ª ed. São Paulo: Ridell, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.93-114

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**, 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-235.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das Sucessões**: Comentários à parte geral e à sucessão legítima. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança**: A nova ordem da sucessão. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Antônio José Tibúrcio de. **Direito das sucessões: estudo comparativo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil vigente** – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **União Estável**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Rio de Janeiro, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SEVERINO, A.J., **Metodologia do trabalho científico**. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO. A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

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

WALD, Arnold. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.