



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fernanda Oliveira Madruga de Souza

**O RETROCESSO DA PROTEÇÃO SUCESSÓRIA À UNIÃO ESTÁVEL PELO CÓDIGO
CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

ORIENTADORA: PROF^a. MSc. Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

NATAL/RN

2014.1

FERNANDA OLIVEIRA MADRUGA DE SOUZA

O RETROCESSO DA PROTEÇÃO SUCESSÓRIA À UNIÃO ESTÁVEL PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito como parte dos requisitos para a obtenção do Título de Bacharel em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Prof^a. MSc. Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras.

NATAL-RN

2014.1

PARECER DO ORIENTADOR

De acordo com a Resolução nº 002/2005, de 13 de setembro de 2005, do Colegiado do Curso de Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte que dispõe sobre a apresentação do Trabalho de Conclusão do Curso – TCC, componente curricular obrigatório para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, avaliamos o trabalho aqui apresentado, sob a forma de artigo científico, e, considerando que este se encontra em consonância com a legislação vigente e as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Sou pela: Aprovação () e atribuo a nota _____ ()
 Não aprovação () justificativa _____

Natal, 28 de maio de 2014.

Orientadora – Profª. MSc. Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

O RETROCESSO DA PROTEÇÃO SUCESSÓRIA À UNIÃO ESTÁVEL PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Fernanda Oliveira Madruga de Souza¹

RESUMO

Não obstante o reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário do Código Civil (CC) não estendeu certos direitos deferidos ao cônjuge para o companheiro, dentre eles, os correspondentes à legitimação para suceder. Assim, ignorando as conquistas efetivadas pelas Leis n.º 9.971/94 e 9.278/96, o Estatuto Civil, no que diz respeito aos direitos sucessórios, conferiu ao companheiro supérstite tratamento desigual em relação ao cônjuge. Nesse trabalho, visa defender a relevância do reconhecimento da qualidade de herdeiro necessário ao convivente – (des)tratado pela legislação vigente como mero herdeiro facultativo, ocupando a desprezível posição de quarto lugar na ordem de vocação hereditária, somente após os colaterais – haja vista a equiparação constitucional da união estável ao casamento.

Palavras-chave: Direito sucessório. Direito das famílias. União estável. Casamento. Código Civil de 2002.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Constituição Federal de 1988, fundada nos princípios da supremacia da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da cidadania e da liberdade reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar, em seu artigo 226, §3º².

O legislador constituinte, atento à realidade dos novos arranjos familiares brasileiros, achou por bem conferir especial proteção do Estado à união convivencial, presente nas mais variadas camadas sociais.

Tratou-se, pois, de um grande avanço e importante contribuição para o âmbito das relações privadas, uma vez que, até então, era reconhecido pelo direito positivo como família tão somente a união formada e advinda pelo casamento.

¹ Concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

Tal reconhecimento em nível constitucional implicou a equiparação da união estável ao casamento, visto que a Constituição ao admitir o pluralismo dos núcleos familiares, não fez quaisquer distinções e graus de hierarquia sobre eles.

Nessa esteira, em que pese a previsão constitucional, a Carta da República não teve o condão de prever todos os efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes desse novo instituto, subsistindo a necessidade de regulamentação infraconstitucional da união estável.

As Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 tiveram como fim regular os direitos dos conviventes, outorgando-lhes proteção legal no tocante aos alimentos, à meação, à sucessão e à partilha. Destinou-se ao companheiro tratamento símile ao conferido ao cônjuge pelo Código Civil vigente de 1916.

Na contramão dos direitos efetivados pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, em 2002, o Novo Código Civil - a despeito de haver surgido para adaptar o direito civil à sociedade contemporânea - revogou as disposições legislativas anteriores e promoveu uma verdadeira involução quanto aos direitos decorrentes da união estável, rebaixando-a a um *status* de formação familiar de segunda categoria.

Isso porque as inovações levadas a efeito pelo Estatuto Civil dispensaram ao cônjuge tratamento privilegiado em detrimento do companheiro, especialmente, na seara dos direitos sucessórios.

Assim, muito embora tenha a Carta de 1988 acolhido de maneira uniforme as entidades familiares, o Novo Código Civil tratou diferentemente os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Enquanto o primeiro foi elevado à qualidade de herdeiro necessário, o segundo foi tido como herdeiro legítimo, isto é, podendo ser excluído da sucessão do consorte falecido.

Nessa senda, o objetivo deste trabalho é de defender a igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro sobreviventes, no tocante aos direitos de sucessão, como outrora previsto pelas Leis nº 8.971 e 9.278, haja vista a legislação atual configurar uma violação à vontade constitucional de equiparação das entidades familiares, além de ferir os princípios da igualdade e da vedação do retrocesso social.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Antes de enfrentar a problemática atual dos direitos sucessórios dos companheiros, cumpre analisar o instituto da união estável, percorrendo a sua evolução desde a Constituição de 1988, data em que foi previsto pela primeira vez pelo direito positivo brasileiro, passando pelas suas leis regulamentadoras (Leis nº 8.971/94 e 9.278/96), até chegar ao Código Civil de 2002, momento em que sofreu significativa restrição de direitos.

2.1 União estável: entidade familiar constitucionalizada expressamente

A Constituição Federal destinou especial tutela à família, assim declarando no *caput* do seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A par do princípio jurídico da afetividade, o qual concebe a família como o *locus* onde seus membros buscam a felicidade e a paz (NEVARES, 2004, p.86), a Carta de 1988 buscou dar proteção a todas entidades familiares - inclusive àquelas não fundadas pelo casamento - que carregam em comum as características da afetividade, da estabilidade e da ostensibilidade.

De acordo com Paulo Lôbo (2004), a presença desses três elementos são indicadores da existência de uma entidade familiar. Quer seja a família fruto do casamento, quer seja formada pela união de fato, ou pela união homoafetiva³ ou a família monoparental, estarão presentes: a afetividade, a qual exprime o elo sentimental mantido pelos componentes da relação familiar; a estabilidade, no que se excluem as relações casuais e sem comunhão de vida e por último, a ostensibilidade, consistindo que a unidade familiar assim se apresente publicamente.

Nesse passo, uma vez presentes tais características, a união estável foi compreendida expressamente no Texto Magno como entidade familiar, no artigo 226, §3º. Todavia, mesmo se não houvesse sido assim admitida, sobre todos os efeitos, ela consistiria, sim, implicitamente, uma modalidade de família, pois, apresenta os três atributos fundantes de uma relação familiar.

Com efeito, a Constituição não objetivou esgotar em seu texto o rol das entidades familiares albergadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Cuidou de conferir, em uma previsão não taxativa, tutela às relações lastreadas no afeto mais comuns perante a sociedade, como bem dissertado por Maria Berenice Dias (2011) a seguir:

3 O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu, em controle de constitucionalidade, com efeitos vinculantes, a natureza familiar das uniões homoafetivas, estabelecendo assim, a decisão, sua submissão às normas (princípios e regras) do Direito das Famílias. (STF, Ac. Unân. Tribunal pleno, ADIn 4277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j.5.5.11, DJe 14.10.11)

Os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Mas não só nesse limitado universo se flagra a presença de uma família. Não se pode deixar de ver como família a universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si uma relação pontificada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Do excerto acima colacionado, denota-se que além de destinar especial proteção às entidades familiares, a Constituição visou, ao mesmo tempo, promover a dignidade da pessoa humana, para que assim os seus componentes alcancem a felicidade através da comunhão de vidas.

Trata-se do caráter instrumentalista da família, pelo qual, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 494), busca-se tutelar não só a família *per si*, mas às pessoas que a compõem.

Dessa maneira, da concepção instrumental da família infere-se não serem toleradas discriminações e privilégios em favor de uma ou de outra entidade familiar, sob pena de negar proteção à pessoa humana.

Nessa senda, à união estável devem ser deferidos os mesmos efeitos protetivos concedidos ao casamento, pois, não se coaduna com a ordem constitucional a discriminação entre as entidades familiares, uma vez que representaria um atentado contra os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Muito embora tenha a Constituição inovado ao tratar de reconhecer a união estável formada entre homem e mulher como nova entidade no direito de família (art. 226, §3º), o cenário nos tribunais pouco ou quase nada mudou, visto ter permanecido a discussão desse instituto no âmbito dos direitos das obrigações e as demandas judiciais perante as varas cíveis, de acordo com Maria Berenice Dias (2011, p. 168).

Nesse norte, observa-se que a famílias convencionais continuaram sendo tratadas como sociedades de fato⁴, não decorrendo nada além de efeitos patrimoniais de tais relações, tidas como não familiares.

Destarte, foi resistido o reconhecimento de direitos sucessórios aos conviventes, limitando-se o Poder Judiciário a admitir a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, isto é, o direito à meação, instituto do Direito das Famílias, consoante entendimento já consolidado pela Súmula 380⁵ do Supremo Tribunal Federal.

Assim, no atinente à matéria sucessória não houve nenhuma evolução promovida pela Constituição de 1988, uma vez ter sido mantida nos tribunais a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens. (DIAS, 2011, p. 168)

2.2 A regulamentação promovida pela Lei nº 8.971/94

A despeito de proclamado pela Constituição o reconhecimento da união estável como entidade familiar, foi necessária a regulamentação desse instituto, com o desiderato de assegurar direitos decorrentes dessa relação.

Nessa senda, após passados seis anos da promulgação da Carta da República, entrou em vigor, em 1994, a primeira lei regulamentadora da união estável. A concisa lei, de apenas cinco artigos, cuidou de tratar dos direitos aos alimentos, à sucessão e à meação dos companheiros.

Perante a égide da Lei nº 8.971/94, considerava-se como união estável a convivência estabelecida entre um homem e uma mulher há mais de cinco anos, ou sob qualquer prazo, se do companheirismo houvesse nascido prole⁶.

4 Subterfúgio utilizado pelos tribunais para não deixar ao desamparo as relações destituídas de proteção legal, e para não admitir o enriquecimento ilícito em casos de dissolução da sociedade, seja pela separação ou pela morte do companheiro. Por esse entendimento, nas relações de concubinato, os companheiros eram considerados sócios um do outro. (DIAS, 2010, p. 168)

5 Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

6 Cf. Art. 1º da Lei nº 8.971/94.

Para o reconhecimento de uma união estável, assim como acontece no matrimônio, era imprescindível a inexistência de impedimentos nupciais entre os conviventes, isto é, deveriam o homem e a mulher possuírem o estado de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo.

Pertinente observar que a lei foi omissa quanto aos separados de fato, se esses podiam ou não constituir uma união estável, todavia, consoante lição de Silvio Rodrigues (2002, p. 306), o entendimento da doutrina e da jurisprudência à época era da extensão da lei também em tais casos.

Quanto aos direitos sucessórios sobre os bens deixados pelo consorte falecido, objeto de análise do presente trabalho, a Lei nº 8.971/94 buscou dar ampla tutela ao companheiro, conferindo-lhe direitos de propriedade e de usufruto de fração do patrimônio, tais como assegurados pelo Código Civil de 1916, vigente à época da lei, ao cônjuge supérstite.

Nessa esteira, em caso de concorrência com filhos exclusivos ou comuns, o convivente sobrevivente possuía o direito de usufruto sobre a quarta parte dos bens deixados pelo *de cuius*, enquanto não constituísse uma nova união⁷.

Já em hipótese de sucessão em concorrência com ascendentes do falecido e de inexistência de descendentes, o companheiro sobrevivente gozava do direito ao usufruto à metade dos bens, enquanto viúvo fosse⁸.

De acordo com essa previsão, o companheiro supérstite herdava típico direito real sobre coisas alheias, consistindo no usufruto legal sobre fração dos bens deixados pelo *de cuius*, que passariam a ser propriedade de seus descendentes ou ascendentes.

Na lição de Lafayette Rodrigues Pereira (2003 citado por GONÇALVES, 2011), o usufruto caracteriza-se pelo direito real de uso e gozo da coisa alheia, durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, sem alterar-lhe a substância ou mudar-lhe o destino.

Assim, era deferido ao companheiro viúvo o direito de usar e gozar sobre parte do patrimônio do falecido, enquanto durasse a viuvez. Desse modo, nos termos da Lei nº 8.971/94, deixando o *de cuius* descendentes ou ascendentes, estes tinham de suportar o companheiro exercendo direito de usufruto sobre um quarto e metade dos bens herdados, respectivamente. Nesses casos, o companheiro figurava como herdeiro necessário desse direito real.

⁷ Cf. Art. 2º, I, da Lei nº 8.971/94.

⁸ Cf. Art. 2º, II, da Lei nº 8.971/94.

Não obstante considerado como herdeiro necessário de direito de usufruto sobre os bens do falecido, vale frisar não adquirir o convivente, em tais casos, a propriedade dos bens do *de cuius*, em caso de existirem descendentes ou ascendentes.

Nessas situações, o usufruto era vitalício ou até que o convivente supérstite constituísse nova união, seja matrimonial ou concubinária, ainda que impura (PAZINI, 2009, p. 203). Cuida-se aqui do denominado usufruto viual, concedido ao companheiro viúvo até o fim do estado de viuvez.

E mais, além de ser reservado o direito de usufruto ao companheiro, seja em concorrência com descendentes, seja com ascendentes, de acordo com a doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 446), a fração ideal do usufruto herdado pelo companheiro deveria recair sobre a universalidade de bens do falecido e não apenas os bens não objetos da deixa testamentária.

Diante desse cenário, observa-se ter ocupado o companheiro sobrevivente a posição de herdeiro necessário do direito real de usufruto, uma vez não poder ser excluído, por meio de testamento ou qualquer ato, pelo autor da herança. (PAZINI, 2009, p.205)

Verifica-se, assim, a preocupação do legislador à época em estabelecer os direitos sucessórios do companheiro na mesma medida e proporção do disposto pelo Código Civil de 1916 ao cônjuge supérstite, uma vez que também lhes eram assegurados, enquanto durasse a viuvez, o usufruto à quarta parte dos bens, em caso de existência de filhos comum ou exclusivo, e à metade, se não houvesse descendentes, embora sobreviventes ascendentes do falecido⁹.

Cuidam-se de disposições idênticas, asseguradas ao companheiro e convivente sobreviventes, em harmonia com o escopo da Constituição de 1988, visto que esta não estabeleceu tratamento preferencial quanto a uma ou outra forma de constituição de família.

Quanto às situações de ausência de descendentes e ascendentes, a Lei nº 8.971/94 dispôs que o companheiro sobrevivente tinha direito à totalidade da herança do falecido¹⁰.

⁹ Cf. Art. 1.611, §1º, do Código Civil de 1916:

¹⁰“O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “de cuius”.”

Cf. Art. 2º, III, da Lei nº 8.971/94.

Nessa hipótese de falta de descendentes e ascendentes do *de cuius* na concorrência sucessória, o companheiro participa em terceiro lugar, após descendentes e ascendentes, na ordem de sucessão legítima, isto é, na herança da propriedade plena dos bens do falecido.

Infere-se, portanto, figurar o convivente, em tais situações, como herdeiro facultativo – diferentemente das hipóteses do direito sucessório de usufruto - pois só adquiriria direito à sucessão legítima (não testamentária) na falta de descendentes e ascendentes, bem assim, na hipótese do testamento não contemplar todos os bens do *de cuius*. (PAZINI, 2009, p. 205)

Isso porque, durante a vigência do Código Civil de 1916, eram considerados herdeiros necessários somente os descendentes e ascendentes do falecido¹¹, não compreendidos neste rol o cônjuge e o companheiro. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 206), são considerados herdeiros necessários os que não podem ser afastados da sucessão legítima pela simples vontade do sucedido.

Nesse norte, confrontando as disposições da Lei nº 8.971/94 da união estável com o regramento do Código Civil de 1916 acerca participação do cônjuge supérstite na sucessão legítima, é possível observar ambas dispensarem tratamento idêntico, também se verificando a inclusão do cônjuge na terceira posição, após descendentes e ascendentes.

Dessa forma, cônjuge e companheiro sobreviventes, na falta de descendentes e ascendentes, tinham direito à totalidade dos bens que não fossem alvo da deixa testamentária.

Por fim, além dos direitos sucessórios regulados pelo artigo 2º, a Lei nº 8.971/94 dispôs sobre o direito à meação do companheiro, instituto o qual não pode ser confundido com a herança.

Nesse sentido, o artigo 3º¹² reconheceu a meação entre os companheiros, a qual consiste, na definição de Claudio Ferreira Pazini (2009, p. 197): “na parte do patrimônio comum do casal que pertence a cada um dos consortes. ”

¹¹ Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

¹² Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

2.3 A união estável perante a égide da Lei nº 9.278/96

A Lei nº 9.278/96 regulamentou também o instituto da união estável, derogando no que lhe fossem contrárias as disposições da Lei nº 8.971/94, permanecendo, portanto, em vigor os demais artigos não conflitantes.

Nos termos da nova disciplina, a união estável foi redefinida como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir família. Nota-se não ter sido repetida a exigência feita pela lei anterior de duração mínima de cinco anos ou prole para a sua caracterização.

Além de dar nova definição ao instituto da união estável, o legislador disciplinou os direitos e deveres do convivente; bem como criou a presunção de esforço comum sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da relação; previu prestação de alimentos, em caso de dissolução; instituiu direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente; facilitou a conversão para o casamento, e por último, dispôs que toda matéria relativa à união estável é de competência do Juízo da Vara da Família.

No que concerne à sucessão dos companheiros, a Lei nº 9.278/96 não fez referência a esses direitos, permanecendo em vigor as disposições da Lei nº 8.971/94. Todavia, como dito acima, foi criado o direito real de habitação para o consorte sobrevivente sobre o imóvel residencial do casal, colocando-o em posição de herdeiro necessário com relação a esse direito.

O direito real de habitação em favor do companheiro supérstite deverá recair, necessariamente, sobre o imóvel destinado a residência do casal. O objetivo deste direito sucessório foi de não permitir que a morte do consorte deixasse o convivente sobrevivente sem abrigo. (PAZINI, 200, p. 211)

Ademais, tal direito, assim como o usufruto deferido pela Lei nº 8.971/94, era viúvel, ou seja, conservava-se até quando o companheiro sobrevivente estivesse na condição de viúvo. E mais, como consiste em direito real sobre coisa alheia, somente valia para os casos em que o convivente não herdasse outro imóvel que pudesse servir de residência, coadunando-se com a finalidade da norma deferir tal direito para não deixá-lo no desamparo, quando da morte do consorte.

Nesse sentido, como não houve disciplina dos direitos sucessórios pela lei posterior, entende-se que a Lei nº 9.278/96 não revogou nem de forma expressa nem implicitamente os dispositivos da Lei nº 8.971/94 acerca dessa matéria, permanecendo, assim, em vigor o regramento

da lei anterior, acrescido do direito real de habitação ao convivente supérstite. (PAZINI, 2009, p. 208)

A partir da coexistência das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 dispendo sobre a união estável, os conviventes ficaram em melhores condições que o cônjuge, com relação aos direitos sucessórios, pois passaram a aproveitar o acúmulo dos direitos de usufruto e habitação, enquanto o cônjuge só fazia jus a um desses direitos, a depender do regime de bens¹³.

Assim, os conviventes passaram a gozar de três espécies de direitos sucessórios, independente do regime de bens adotado: direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado; o direito de propriedade sobre todo o patrimônio, caso não houvesse descendentes ou ascendentes, e o direito real de habitação sobre o imóvel residencial familiar.

3 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A união estável foi também disciplinada posteriormente pelo Código Civil de 2002, encontrando sua regulamentação nos artigos 1.723 a 1.727.

O Novo Código Civil, mantendo o sistema da Lei nº 9.278/96, preservou os deveres do companheirismo¹⁴, bem como permaneceu com a não exigência de prazo mínimo para o reconhecimento da relação convivencial¹⁵.

Por outro lado, promoveu uma modificação substancial quanto aos direitos sucessórios da união estável, dispensando tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro, o que acabou por ignorar o longo histórico de avanços e conquistas sociais das uniões não-matrimonializadas no Brasil, obtidas por meio das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. (HIRONAKA, 2009, p. 457)

¹³ Cf. Art. 1.611 do Código Civil de 1916.

¹⁴ § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo 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 bem daquela natureza a inventariar.

¹⁴ Cf. Art. 1.724 do Código Civil de 2002.

¹⁵ Cf. Art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Com a entrada em vigor da nova codificação, instaurou-se uma grande polêmica a respeito da vigência das referidas leis, isso porque o Código de 2002, em suas disposições finais e transitórias, nada dispôs expressamente a respeito.

Nesse sentido, a doutrinadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p. 456) entende que se o dispositivo codificado negou vigência às leis regulamentadoras da norma constitucional, então é de se verificar um verdadeiro retrocesso na disciplina legal dos direitos da união estável, em total desarmonia com a ordem pública constitucional.

Em sentido oposto ao espírito da Constituição Federal, a Lei Civil estabeleceu tratamento desigual entre os institutos do matrimônio e da união estável, regulando a transmissão de herança de forma menos favorável ao convivente, em flagrante violação aos princípios da proibição do retrocesso social e da igualdade material.

Esse também é o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, citado por HIRONAKA, 2009), como se pode extrair do excerto a seguir:

O correto teria sido cuidar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros. Tal conclusão decorre da constatação de que, desde o advento das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a receber igual tratamento em matéria de direito das sucessões: ora como sucessores na propriedade, ora como titulares de usufruto legal, ora como titulares de direito real de habitação. Desse modo, considerando que, por força das normas infraconstitucionais, desde 1996 existe tratamento igual na sucessão entre cônjuges e na sucessão entre companheiros, deveria ter sido mantido tal tratamento para dar efetividade ao comando constitucional contido no art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

As disposições sucessórias relativas à união estável são trazidas pelo Código Civil de 2002, em único artigo, o art. 1790, e de acordo com Hironaka (2009, p. 456) “tem mais problemas do que seria possível suportar um único preceito legal”, e por tal motivo “são muitos os clamores dos estudiosos e intérpretes e aplicadores do direito na direção não apenas de falta de prumo e de substância do dispositivo, mas, de especialmente, de sua estrutura inconstitucionalmente acintosa”.

O primeiro e o menor dos problemas quanto à abordagem da proteção sucessória conferida ao companheiro pelo Código de 2002, pelo artigo 1.790, segundo opinião majoritária

da doutrina¹⁶, consiste na má sistematização do legislador ao colocar a norma entre as disposições gerais do Direito das Sucessões, fora do capítulo referente à ordem de vocação hereditária.

De acordo com Cláudio Ferreira Pazini (2009, p. 214), isso se deu em razão do tratamento atinente à união estável ter sido incluído no Novo Código Civil nos últimos momentos de sua elaboração, uma vez que à época do início da feitura do seu projeto o companheirismo ainda não havia sido reconhecido como espécie de família, o que só se efetivou com a Constituição de 1988.

Quanto às mudanças promovidas na seara dos direitos sucessórios do companheiro pela Lei Civil, consoante Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 182), não foram de todas extremamente negativas, algumas alterações foram benéficas, justamente as que seguiram a linha de sucessão do cônjuge.

Colaciona-se, para melhor compreensão da análise das alterações legislativas, o teor do indigitado dispositivo:

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.

Nessa senda, como aspecto profícuo concretizado pelo artigo 1.790, pode-se afirmar o fato de ter sido estatuído em favor do companheiro uma quota da herança em propriedade plena, quando em concorrência com os descendentes e ascendentes, enquanto que pelo sistema anterior da Lei nº 8.971/94¹⁷, era somente lhe deferido direito de usufruto de bens do *de cuius*. (NEVARES, 2004, p. 171)

Por outra via, no entanto, os direitos sucessórios do companheirismo, no geral, foram drasticamente restringidos pelo artigo 1.790 do Código Civil, pois, a legítima do companheiro sobrevivente restou limitada aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável; excluindo

¹⁶ Nessa linha é o entendimento: de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Ana Luiza Maia Nevares, Flávio Tartuce, Inácio de Carvalho Neto, Maria Berenice Dias, Luiz Felipe Santos Brasil e outros.

¹⁷ Cf. Art. 2º, I e II, da Lei nº 8.971/96.

totalmente o consorte da sucessão do patrimônio obtido anteriormente à relação, bem como dos particulares e os adquiridos a título gratuito, como exemplo, a doação e a herança.

Tal conclusão é deduzida pelo *caput* do artigo 1.790, o qual limitou a sucessão aos aquestos, isto é, aos bens onerosos adquiridos na constância da relação, de presumido esforço comum dos companheiros.

Nessa esteira, de acordo com o inciso I do art. 1.790, concorrendo o convivente supérstite com filhos comuns, tocar-lhe-á uma quota equivalente a que por lei é atribuída ao filho, da massa de bens formada exclusivamente pelo patrimônio adquirido a título oneroso na constância da união estável.

Já em concorrência com descendentes só do autor da herança (descendentes exclusivos), terá direito a receber a metade do que couber a cada um daqueles, como preceitua a regra do inciso II do artigo 1.790. E, somando-se à fila da sucessão, no inciso III, concorre o companheiro com colaterais do falecido, parentes os quais não eram sucessíveis sob a égide das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Em seguida, no quarto lugar¹⁸ da ordem de sucessão legítima se encontra, finalmente, a previsão do companheiro herdar a totalidade da herança. Sendo assim, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o companheiro só sucederá sozinho, na ausência de parentes colaterais.

Desse modo, o legislador além de prever a sucessão do companheiro na integralidade da herança do convivente falecido apenas na quarta posição, somente na hipótese de inexistência de descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau, dispôs pelo *caput* do art. 1.790, que tal sucessão só ocorrerá sobre os bens onerosamente adquiridos durante a convivência. Cuida-se de disposição extremamente injusta e retrógrada se em comparação com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o tratamento conferido ao cônjuge pelo Estatuto Civil de 2002.

É de se concluir que se a integralidade dos bens componentes do patrimônio do *de cujus* for particular, porque havidos antes de iniciada a união estável ou adquiridos após, sob título gratuito, nada será atribuído ao companheiro sobrevivente, em razão da regra do art. 1.790, havendo imensurável prejuízo àquele, pois restará à míngua, sem fazer jus à sucessão do seu consorte.

Destarte, a rigor desta norma, na ausência de parentes sucessíveis, inclusive, colaterais de até quarto grau, o companheiro nada herdará, pois, a lei não o legitima reclamar pelos bens

¹⁸ Cf. Art. 1.790, inciso IV, Código Civil de 2002.

particulares ou adquiridos a título gratuito pelo *de cuius*. Assim sendo, além de o consorte sobrevivente não poder usufruir da meação, visto não existirem aquestos, não lhe dirá respeito, igualmente, a legítima do convivente falecido.

Assim, o novo dispositivo significa uma restrição na proteção sucessória do convivente sobrevivente, restando totalmente desamparado em razão da morte do seu consorte que só tenha adquirido bens antes da união, ou somente tenha obtido a título gratuito.

Além do mais, para agravar a sua situação, o Código Civil foi silente quanto à destinação de direito real de habitação para o companheiro sobrevivente, apesar de prevista tal prerrogativa pela Lei nº 9.278/96¹⁹.

Para assegurar maior tutela sucessória ao companheiro sobrevivente, a doutrina e a jurisprudência realizam interpretação em favor daquele, olvidando a referência do comando geral do art. 1.790 quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, a fim de ignorar a sua vinculação ao inciso IV. (OLIVEIRA, 2005)

Nesses casos, de acordo com o entendimento majoritário, se o companheiro falecido tiver apenas bens recebidos a título gratuito, não deixando outros parentes, a sucessão deve ser destinada ao companheiro, ignorando o *caput* do art. 1.790, bem como, por força do art. 1.844²⁰ do Código Civil, pelo qual os bens somente serão encaminhados ao Estado se o falecido não deixar cônjuge, companheiro ou outro herdeiro. (TARTUCE, 2010) Depreendendo-se daí que a totalidade da herança, incluído aqui os bens particulares – e não somente o patrimônio adquirido na constância da união - deverá ser deferida ao convivente supérstite, na ausência de outros parentes sucessíveis.

De igual modo, há quem sustente a manutenção do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, em razão do entendimento de não haver sido revogado expressamente pelo Novo Código Civil tal direito.

Importante registrar ter a Lei Civil assegurado ao cônjuge o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, consoante o artigo 1.831²¹, inclusive de modo mais amplo do que no Código Civil anterior, uma vez não existir mais

19 Cf. Art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96.

20 Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

previsão de extinguir com novo casamento do consorte e nem distinção quanto ao regime de bens adotado, como outrora acontecia²².

Nessa esteira, relevante mencionar o escólio de parte da doutrina, a qual entende pela permanência do direito real de habitação assegurado ao companheiro, previsto no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, por ser de norma de caráter especial em relação ao Código Civil, norma geral.

Ocorre que, desde a vigência do Código Civil de 2002, instaurou-se uma grande celeuma doutrinária e jurisprudencial no tocante aos direitos sucessórios da união estável, em virtude da má técnica legislativa adotada.

Entre os muitos retrocessos efetuados pela nova legislação, destaca-se ter sido elevado o cônjuge à qualidade de herdeiro necessário, muito embora não tenha feito o mesmo para o companheiro, tendo em vista o artigo 1.845²³ do Código Civil não o contemplar.

Assim, não havendo outros herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), se o autor da herança testar a integralidade de seu patrimônio, deixará o companheiro ao desamparo, ressalvada, a possível meação, quando for o caso.

As disposições sucessórias da união estável pelo Código de 2002 são gravosas e injustas. Dessa maneira, em harmonia com a Constituição Federal, a qual determinou ter a família especial proteção do Estado, no caput do seu artigo 226, deve-se reconhecer ao companheiro supérstite direitos assegurados ao cônjuge pela legislação infraconstitucional, a fim de não relegar a relação convivencial ao completo desamparo, sob pena de ferir o princípio da isonomia material, capitulado no artigo 5º, *caput*²⁴.

21 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, 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 seja o único daquela natureza a inventariar.

22 Art. 1.611, §2º do Código Civil de 1916.

23 Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

24 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Tal princípio reza não ser concebível atos discriminatórios, não se admitindo privilégios e distinções a situações similares. Nessa senda, deduz-se a necessidade de proteger de forma igualitária todos os membros das relações familiares, equalizando o tratamento conferido ao companheiro em relação ao cônjuge, harmonizando, assim, com os preceitos constitucionais.

Não há que se admitir tratamento desigual às relações decorrentes da união estável em comparação as do casamento, pois entre elas não existe maiores diferenças a não ser em razão da presença de solenidades para a constituição daquele. Ambos relacionamentos experimentam a existência de uma comunhão de vidas no sentido material e imaterial. (FARIAS, ROSENVALD, 2012)

Na constância da relação convivencial, assim como durante o matrimônio, existe a troca de afetos e uma soma de objetivos comuns, de diferentes ordens, solidificando o caráter familiar daquela relação. (FARIAS, ROSENVALD, 2012)

De igual modo, na defesa dos direitos fundamentais contra o legislador, a Constituição Federal guarda como princípio a proibição do retrocesso social, em íntima relação com a noção de segurança jurídica. (SARLET, 2007)

É inegável a configuração de um verdadeiro retrocesso social efetivado pelo Código Civil de 2002 em relação à proteção sucessória conquistada pela união estável pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Destarte, enquanto vigente as normas sucessórias do companheiro pelo Estatuto Civil penderão controvérsias judiciais envolvendo tais direitos, ante o conturbado entendimento acerca da equalização da sucessão do companheiro em relação ao do cônjuge. Face às problemáticas debatidas ao longo deste trabalho, faz-se preciso de imediata regulamentação legislativa para que não haja decisões injustas e diversas em assuntos idênticos.

4 CONCLUSÕES

São inadmissíveis tamanhos retrocessos na proteção sucessória conferida aos companheiros, em razão das lacunas e impropriedades efetivadas pelo legislador do Código Civil de 2002.

Não se afigura justo e coerente o não reconhecimento ao companheiro sobrevivente de direitos outrora reconhecidos pela legislação infraconstitucional, sobretudo sob a égide da

Constituição de 1988, a qual equalizou o casamento e a união estável, além de ter reconhecido expressamente especial proteção do Estado às entidades familiares.

Nesse sentido, os efeitos sucessórios decorrentes das relações convivenciais não podem sofrer discriminação em relação aos direitos do casamento. Em razão disso, os companheiros buscam no Poder Judiciário soluções para os conflitos em torno da herança do consorte falecido, perquirindo-se pelo reconhecimento de direitos assegurados aos cônjuges e já certificados por leis mais benéficas à união estável, tudo em consonância com os princípios constitucionais da isonomia das entidades familiares.

Diante disso, a fim de evitar disparidades de decisões judiciais para situações idênticas, a fim de coibir a insegurança jurídica e impressões de injustiça, socorre-se a melhor solução para esse impasse, qual seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 e a aplicação das disposições concernentes ao matrimônio ao instituto da união estável, enquanto não resolvida tal questão pelo Legislativo, por meio de nova norma para tratar da matéria.

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007. v. 1

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6 v.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. São Paulo: Método, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**, In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano III – n.º 12 – jan-fev-mar 2002. Repositório autorizado STJ n.º 46/2000. pág. 46.

_____. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. 178 p.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança, a nova ordem de sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAZINI, Claudio Ferreira. **Alimentos e sucessão na união estável**. Belo Horizonte: Del Rey. 2009. 280 p.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**, 2003. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das coisas**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v. 5

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Direito de Família**. 27. ed. Atual. Por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v.6

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ac. Unân. Tribunal pleno, ADIn 4277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j.5.5.11, DJe 14.10.11)

TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em: 20 maio 2014.

KICK THE INHERITANCE TO PROTECT THE STABLE UNION CIVIL CODE OF BRAZIL 2002

ABSTRACT

Despite the recognition, for purposes of state protection, stable union as a family by the 1988 Federal Constitution, the ordinary legislature of the Civil Code (CC) did not extend certain rights granted to spouses to mate, among them, corresponding to legitimacy to succeed. Thus, ignoring the achievements effected by Law n.º 9.971/94 and 9.27896, the Civil Statutes, with regard to succession rights, has given the unequal treatment surviving partner of the spouse. In this paper, aims to defend the relevance of recognition as heir to the necessary cohabitant - (mis) treated by law as a mere optional heir unprivileged occupying the position of

fourth in order of heredity, only after the side - given the constitutional equation of stable marriage union.

Keywords: Inheritance law. Right of families. Stable union. Principle of Equality. Principle of sealing the social backlash.