DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO: O POLÊMICO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SUA INCONSTITUCIONALIDADE



Jéssica Silva Sabadini[1]
[1] *Centro Universitário de Santa Fé do Sul*

RESUMO

Este estudo tem como finalidade analisar o artigo 1.790 do C.C e seus incisos, no tocante aos direitos dos companheiros em relação à sucessão, pois estes, apesar de terem garantido o direito de participarem da sucessão um do outro, quanto a perceber os bens adquiridos na constância da união estável, não recebem o mesmo tratamento do cônjuge, nem integram o rol dos herdeiros necessários ao lado dos descendentes, ascendentes e cônjuge na partilha de bens do de cujus. A metodologia aplicada ao trabalho foi a dedutiva, com análise bibliográfica em livros, artigos e leis relacionadas ao tema. O desenvolvimento da temática justifica-se em função das modificações que ocorreram nas últimas décadas nas características da família brasileira, sendo necessário dar a todos uma condição igualitária de direitos. Em um país como o Brasil, onde várias vertentes de união foram incluídas em texto constitucional, considerando-as entidades passíveis de proteção, não é admissível que haja distinção nos direitos sucessórios para uns, quando todos devem ser tratados como iguais perante a lei, como determina o artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, conclui-se que, para que prevaleça a justiça e mantenha-se a igualdade, é necessária a revogação de tal artigo, dada sua inconstitucionalidade, colocando o companheiro ao lado dos demais herdeiros necessários.

Palavras chave: Sucessão do Companheiro. Inconstitucionalidade. Cônjuge. União Estável.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze Article 1.790 of the CC and its subsections regarding the rights of partners in relation to succession, since, although they have guaranteed the right to participate in the succession of each other, to perceive the assets acquired in the constancy of the stable union, do not receive the same treatment of the spouse, nor do they integrate the role of the necessary heirs next to the descendants, ascendants and spouse in the sharing of goods of the cujus. The methodology applied to the work was the deductive one, with bibliographical analysis in books, articles and laws related to the theme. The development of the theme is justified by the changes that have occurred in the last decades in the characteristics of the Brazilian family, being necessary to give everyone an equal status of rights. In a country like Brazil, where several aspects of union have been included in a constitutional text, considering them as entities subject to protection, it is not permissible to distinguish between inheritance rights for some, when all must be treated as equal before the law, as determines article 5 of the Federal Constitution. Therefore, it is concluded that, in order for justice to prevail and equality maintained, it is necessary to revoke such article, given its unconstitutionality, placing the companion next to the other necessary heirs.

Key Words: Companion Succession. Unconstitutionality. Spouse. Stable union.

1. INTRODUÇÃO

As regras que regulamentam a situação sucessória do companheiro em união estável estão dispostas em um único artigo do Código Civil de 2002, qual seja, o 1.790, *caput*, e seus quatro incisos. Tal dispositivo não se encontrava no texto original do CC/2002, vindo a ser inserido por emenda nº 358 apresentada pelo Senador Nelson Carneiro ao Senado Federal, cuja redação foi alterada posteriormente pela Câmara dos Deputados, ocasionando um erro topográfico, trazendo tal matéria nas disposições gerais do Livro das Sucessões ao invés de estarem no Título Da Sucessão Legítima.

O presente estudo tem como objetivo analisar o já mencionado artigo, desenvolvido a fim de abordar em cada item, aspectos da inconstitucionalidade, seguido por análises comparativas e críticas ao tratamento sucessório dado ao companheiro em comparação ao cônjuge, uma vez que é colocado como um herdeiro especial, não integrando no capítulo da vocação hereditária no Código Civil como os demais herdeiros na linha de sucessão, e mostrar a mais recente repercussão geral, que possivelmente trará uma modificação para a situação dos companheiros.

Torna-se imprescindível a apreciação desse assunto que tem impactos significativos na sociedade atual, diante da quantidade de casos de união estável em todo o país, gerando inúmeras demandas solucionadas em juízo quando da instalação da sucessão, com o falecimento de um dos companheiros. Tais situações devem ser elucidadas pelo Direito, com a sua utilização no caso concreto pelos juízes, que tem competência para o exercício da jurisdição.

A imposição do texto contido no artigo 1.790 do C.C traz desigualdades entre pessoas casadas e companheiros, uma vez que houve o reconhecimento da união estável pelo parágrafo 3º, do artigo 226, da Carta Maior, mas criou-se uma separação quanto à sucessão, delimitando situação diferente aos companheiros, uma injustiça que não deveria ser permitida em um Estado Democrático de Direito.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A UNIÃO ESTÁVEL

Antes da Constituição Federal de 1988, eram consideradas família, com direitos perante a sociedade, apenas aquelas advindas da união entre homem e mulher através do casamento, não incluindo nenhum outro tipo de relacionamento afetivo. Porém, é certo que desde os povos antigos até hoje, já existiam relatos da união afetiva informal e essas relações não tinham a menor representatividade para a sociedade, sendo consideradas ilegítimas.

Durante um longo período histórico a união estável foi chamada de concubinato, mais precisamente de “concubinato puro”. Haviam muitas restrições a esse modo de convivência, impedindo, dentre outras coisas, a doação e benefícios testamentários.

A sociedade vem passando por diversas modificações no que diz respeito à formação de famílias e com essa evolução, tem-se a necessidade de que a legislação acompanhe essas mudanças e garanta a essas entidades familiares todos os direitos da vida civil, bem como preserve a dignidade de seus membros, respeitando sempre a liberdade de seus pares e o afeto.

Nesse sentido, a CF/88, em seu artigo 226, parágrafo 3º, visando à adequação da lei ao fato concreto proclamando que: “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”.

Já o Código Civil de 2002, seguindo esta linha, inseriu em seu texto um título referente à união estável no Livro de Família, incorporando em cinco artigos, os princípios básicos das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Em seus artigos, tratou sobre os aspectos pessoais e patrimoniais dos companheiros, deixando para o direito das sucessões o que tange aos efeitos patrimoniais sucessórios.

Outrossim, apesar de ter o concubinato puro sido elevado à categoria de entidade familiar, o chamado concubinato impuro (adulterino, incestuoso ou desleal), que é usado como denominação de relação íntima mantida por duas pessoas, onde uma delas tenha algum tipo de impedimento matrimonial.

Tal relação não é vista nem tratada como entidade familiar, havendo proibição expressa no ordenamento jurídico pátrio, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal que não autorizam as chamadas “famílias dúplices ou paralelas”, pois dela inexiste a possibilidade de direitos familiares, previdenciários e sucessórios.

Com a entrada em vigor do Código Civil/2002, houve a incorporação da união estável como um novo modelo de família, constando no artigo 1.723, *caput*, uma possibilidade de constituição familiar por meio da convivência pública e duradoura entre duas pessoas.

O concubinato impuro também não pode constituir união estável, nos termos do §1º do já citado artigo, uma vez que não tem reconhecimento no Direito pátrio como sendo uma entidade familiar.

Portanto, é incontestável que não somente o casamento, como também a união estável, uma forma de relacionamento alicerçado no afeto entre homem e mulher que não gera impedimentos matrimoniais e dispensa formalidades, ressalvada a separação de fato,

são tratadas e atribuídas características de entidade familiar, devendo ser-lhes proporcionada a mesma proteção estatal.

Quanto aos requisitos presentes no artigo 1.723 do CC sobre a união estável, Álvaro Villaça Azevedo (2003, p.255) faz comentários ressaltando que esse instituto é tão exposto quanto o casamento, pois os companheiros convivem em sociedade e dentro de suas comunidades como se casados fossem e, como se diz na linguagem popular, eles somente não tem o "papel passado". Os companheiros moram juntos, participando da vida do outro, sem que exista um final marcado para se separarem.

Dessa forma, os requisitos mais importantes para o reconhecimento da união estável são a convivência pública sem interrupções e, além disso, que os companheiros vivam com a finalidade de constituir uma família. Assim, o juiz, para realizar o reconhecimento da união estável, questiona os companheiros se eles realmente viviam maritalmente, ressaltando ainda mais a relevância da existência de vínculo entre os dois.

Porém, segundo a súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: "A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxório", não é indispensável à caracterização do concubinato", havendo, assim, uma ressalva quando a necessidade de os companheiros morarem no mesmo local, pois, independente de viverem ou não sob o mesmo teto, ainda assim haverá a constituição de união estável.

Por isso, o tema exposto tem tamanha relevância e encontra-se em grande discussão na doutrina pátria, uma vez que o artigo em estudo limita os direitos sucessórios dos companheiros. Apesar de terem lhes dado as possibilidades legais do sistema da união estável, restringiram seus direitos à sucessão. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves considera:

> Observa-se que o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com os filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes (GONÇALVES, 2008, p. 50).

Nesse sentido, quis ressaltar o legislador que a proteção do direito sucessório foi concedida apenas para aqueles que contraírem matrimônio, pois o companheiro está fora do rol dos herdeiros necessários, encontra-se após os herdeiros colaterais na ordem de vocação hereditária, além de outras diferenças que serão abordadas nesse trabalho.

3. MODALIDADES DE REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

De acordo com o artigo 1.725 do Código Civil, o regime de bens a ser aplicado, em regra, entre os companheiros, é o da comunhão parcial de bens, salvo existindo contrato dispondo regime diverso a ser adotado.

Tal contrato de união estável, para produzir efeito entre as partes, deve ser realizado por meio de instrumento particular. Para ser eficaz contra terceiros, poderá ser elaborada escritura pública de união estável junto ao Tabelionato de Notas, sendo levado a Registro Civil das Pessoas Naturais, podendo, ainda, ser registrado no Registro de Imóveis no livro Auxiliar "3" e averbado a margem de eventuais matrículas de imóveis de propriedade dos companheiros.

É utilizado apenas para dispor sobre o regime de bens escolhido pelos companheiros, não podendo dispor sobre matérias de ordem pública, ou seja, não pode tratar de assuntos que dizem respeito à disposição dos bens quando da morte de um dos companheiros, pois, nesses casos, a disposição da vontade da parte deve ser feita mediante testamento.

Há também a possibilidade de configurar-se a união estável por meio de acordo celebrado pelos nubentes e realizado por escritura pública no Tabelionato de Notas, pois, ainda que o casamento não se realize, se as partes passam a conviver como se casados fossem, o documento produzido passa a ter efeitos e serve como contrato de convivência.

A união estável presume, quanto ao regime de bens, a comunhão de aquestos (bens materiais adquiridos durante a união), não havendo necessidade de comprovação de esforço comum para a aquisição do patrimônio conquistado de maneira onerosa. Porém, a problemática em relação a sucessão está tanto nos bens comuns quanto nos bens particulares dos companheiros, uma vez que ao tratá-los diferente do cônjuge, acaba causando muitas impasses no momento da partilha.

4. SUCESSÃO DO CÔNJUGE

Para começar a falar sobre o tema da sucessão do companheiro, faz-se necessário analisar brevemente como ocorre no ordenamento jurídico a sucessão do cônjuge. Inicialmente, o Código de 1916 tratava a sucessão da seguinte forma: os primeiros na linha hereditária eram os descendentes, na falta desses os ascendentes e, ao final, o cônjuge sobrevivente, estando em terceiro lugar na escala sucessória.

Com a vigência do Código Civil de 2002, o artigo 1.845 foi criado para trazer o rol de herdeiros necessários, instituto que será devidamente explicado a seguir, onde incluiu-se os descendentes, ascendentes e o cônjuge. A partir desse ponto é que as diferenças entre cônjuge e companheiro começam para o direito sucessório.

Nesse contexto foi criada a sucessão legítima, para que a transmissão do patrimônio do *de cujus* seja concedida aquelas pessoas indicadas por lei como herdeiros do autor da herança. Os primeiros a herdar são os filhos e o cônjuge e, na falta deles, os ascendentes (pais do falecido).

Dispõe o artigo 1.829 do CC/2002 o seguinte texto:

> 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. (2016, p. 279)

Na previsão legal do art. 1.829 do CC, vivendo sob o regime de comunhão parcial de bens (em comparação ao regime de bens adotado pelos companheiros), o cônjuge, além de haver a metade dos bens onerosos adquiridos na constância do casamento, estará em terceiro lugar na sucessão do falecido, recebendo a totalidade da herança na ausência de ascendentes e descendentes e antes dos colaterais, na condição de herdeiro único.

Nesse sentido, visando a existência de herdeiros em primeiro e segundo lugar, concorrendo com o cônjuge com os descendentes, este herdará dos bens particulares e sobre aqueles do qual já é meeiro. Na concorrência com os ascendentes, sendo estes os pais do falecido, herdarão cada um 1/3 (um terço) dos bens, e com apenas o pai ou a mãe, o quinhão será de 1/2 (um meio) para cada. Com os parentes em grau mais distante, receberá 1/2 (um meio), dividindo-se o restante em linha aos ascendentes.

Ademais, o cônjuge supérstite será chamado na sucessão para receber a herança e exercer o direito real de habitação (direito dado ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens, de permanecer residindo no imóvel, desde tenha sido residência habitual do casal), sendo direitos decorrentes do casamento de fato e de direito.

Logo o cônjuge tem direito à legítima independente do regime de bens adotado no matrimônio e mesmo existindo testamento válido. Observa-se que aos herdeiros necessários, sempre será reservada parcela indisponível do patrimônio deixado, devendo corresponder a 50% (cinquenta por cento) dos bens da herança, conforme o texto do art. 1.846 do CC, mesmo que para preservar tal direito seja necessária a redução das disposições testamentárias.

Maria Helena Diniz define a sucessão legitimária:

> Por ser herdeiro necessário privilegiado (CC, arts. 1845, 1789 e 1846), se preenchidas certas condições legais, tem resguardada, de *pleno iure*, a metade dos bens da herança, que constitui a legítima, pois o testador, havendo herdeiros necessários

> (descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivo), só poderá dispor da metade da herança. Trata-se de importante inovação a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legitimários, amparando-o, dando-lhe uma condição hereditária mais benéfica considerando-se que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher não são inferiores ao da consanguinidade. (2010, p. 125)

Nesse diapasão, é possível notar que o cônjuge sobrevivente se encontra em posição privilegiada quanto à sucessão, ao modo que faz parte do rol de herdeiros necessários e tem para si assegurado o direito de permanecer no imóvel do casal.

5. COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Durante a vigência da Lei 8.971/94, o seu artigo 2º, inciso III, colocava o cônjuge e o companheiro em situação de igualdade de direitos, pois determinava que na linha de sucessão, ambos seriam herdeiros facultativos.

Porém, com as mudanças do CC/2002 inseridas no artigo 1.845, incluiu-se um rol de herdeiros necessários, estando dentro deste o cônjuge, os descendentes e ascendentes, excluindo-se o companheiro.

Os herdeiros necessários são aqueles que detêm a parte legítima da herança, equivalendo esta parte a 50% (cinquenta por cento) dos bens do testador. Tais herdeiros que integram esse rol não podem ser privados de seu quinhão, nem mesmo por meio de disposição testamentária, ressalvada as exceções referentes a indignidade e deserdação previstas nos artigos1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 do Código Civil.

O que fica demonstrado é que, com a não inclusão do companheiro entre os herdeiros necessários, ele poderá ser excluído, mediante testamento válido, feito voluntariamente pelo *de cujus*, de sua sucessão.

O tratamento diferente dado aos companheiros faz com que esses percam os direitos sucessórios que, para os cônjuges sobreviventes serão assegurados independente de testamento, pois o mesmo deve respeitar a cota parte dos herdeiros necessários, só podendo ser excluído da sucessão pela renúncia ao direito, pela deserção ou indignidade.

Considerar aqueles que vivem em união estável como sujeitos passíveis de receberem tanta distinção entre os demais herdeiros do *"de cujus"* é uma violação dos princípios básicos dados a todos os cidadãos, ferindo a dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos e produzindo uma discriminação entre as diferentes formas de entidades familiares.

6. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 1.790 é o único em todo o Código Civil que trata expressamente da sucessão do companheiro na união estável. Para melhor elucidação, transcreve-se:

> 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. (2016, p. 277)

Tal artigo apresenta em seus incisos quatro hipóteses distintas, que serão debatidas detalhadamente ao longo desse trabalho, para aplicação da ordem de vocação hereditária do companheiro. Em duas delas, o companheiro *supérstite* concorre com os descendentes comuns e não comuns (incisos I e II). Nesses casos, quando concorrer com filhos comuns, a herança será dividida em partes iguais, pertencendo a cada um o mesmo quinhão, porém, se tratando de filhos exclusivos do falecido, o companheiro terá direito a metade do que couber a cada descendente do *de cujus*.

Na terceira hipótese concorrerá com os parentes sucessíveis (inciso III), e, finalmente, não havendo parentes, herdará a totalidade da herança (inciso IV). Assim, na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro receberá 1/3 (um terço) da herança, enquanto que os colaterais, até quarto grau, perceberão 2/3 (dois terços) dela, sendo que somente receberá a herança em sua totalidade quando não houver nenhum parente sucessível, situações bem diferentes daquelas que foram vistas anteriormente, no tocante aos direitos sucessórios do cônjuge, como sua inserção o rol de herdeiros necessários e sua colocação em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Apesar de todo avanço no tema, verificado pelo reconhecimento da união estável como entidade familiar pela CF/1988, inovando e incorporando as novas características da sociedade atual, o diploma legal acima citado representou um verdadeiro retrocesso.

À medida que a legislação especial anterior protegia a igualdade na situação do cônjuge e do companheiro sobrevivente, o disposto no Código Civil de 2002 dissemina-se como uma verdadeira involução por estipular tratamento diferenciado, contrariando ao ditame constitucional do princípio da igualdade.

Deve-se respeitar ainda o princípio da supremacia da Constituição, onde esta se encontra acima de todo o sistema jurídico pátrio, servindo como parâmetro de validade das demais normas infraconstitucionais, de forma que apenas serão válidas se forem obrigatoriamente compatíveis, formal e material, com a Carta Maior, sob pena de apresentarem a mácula da inconstitucionalidade.

Por violar o princípio fundamental da igualdade, previsto no art. 5º da CF/88, não traz a adequação com a norma constitucional como deveria ser, o que caracteriza a inconstitucionalidade material deste artigo, defendida por parcela da doutrina.

Portanto, percebe-se que a questão entre sucessão para cônjuges e companheiros está entremeada de excessos, onde um recebe mais direito que o outro, ou vice versa, o que ocasiona injustiças para ambas as partes, o que é um retrocesso em termos de proteção legal.

6.1. CRÍTICA AO CAPUT

Em uma análise ao *caput* do já mencionado artigo, encontra-se a primeira polêmica criada pelo legislador deste texto. Ele refere-se, a título de sucessão do companheiro, quanto aos "bens adquiridos onerosamente na constância da união estável".

Porém, o próprio Código já determinou a união estável o regime de comunhão parcial de bens, salvo se não houver contrato ou pacto antenupcial estipulando regime diverso (art. 1.725 do CC), portanto, o que se pretende com esta disposição é discriminar a situação do companheiro que, com a interpretação dada ao *caput*, participa da sucessão apenas nos chamados aquestos típicos (art. 1.660, I, do CC).

Diferentemente da pessoa legalmente casada em comunhão parcial de bens que herda não os bens comuns, mas sim os bens do patrimônio particular, concorrendo com os demais herdeiros, o companheiro sucede apenas nos bens adquiridos a título oneroso na constância da sua união com o companheiro falecido.

Portanto, há claramente uma desigualdade entre os direitos do cônjuge e do companheiro. A diferenciação dada ao companheiro, já no *caput* do artigo, fere inegavelmente os ditames constitucionais.

6.2 INCISO II: DA SUPERIORIDADE DE DIREITOS DO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE

Outro ponto de bastante destaque é o inciso II do referido artigo, pois este, ao invés de criar uma circunstância igualitária de direitos ao companheiro, o coloca em situação mais vantajosa em relação ao cônjuge: "Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles".

Para a interpretação deste inciso, deve-se ter em mente o que foi anteriormente tratado no que diz respeito ao companheiro apenas suceder o "*de cujus*" em relação aos aquestos.

Ao se considerar uma herança composta apenas por bens adquiridos onerosamente na constância da união estável e havendo descendentes exclusivos, ou seja, herdeiros apenas do falecido, tem-se um privilégio na situação econômica do companheiro de acordo com a divisão determinada no inciso II do artigo 1.790.

Já o cônjuge, na mesma situação, não concorrerá com os descendentes do *de cujus*, conforme entendimento majoritário dado ao art. 1.829 do CC. Isso porque, entende-se que no regime de comunhão parcial de bens onde o falecido não deixou bens particulares, os bens que foram deixados compõem a meação para o cônjuge sobrevivente, sendo assim, se falando em meação (metade ideal do patrimônio comum do casal, que faz jus cada um dos cônjuges) não há direito a sucessão, tendo em vista que o cônjuge supérstite já está amparado.

O que se defende, portanto, é o tratamento igualitário e isonômico, conforme determina a Carta Magna de 1988, a todos os cidadãos, conviventes ou casados, pois não se pode permitir que um tenha mais direito que aquele.

6.3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO QUANDO HÁ HERDEIROS COLATERAIS (INCISO III)

O inciso III, do artigo 1.790 dispõe para os companheiros, em relação aos bens comuns que, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 da herança.

Primeiramente, deve-se entender que os parentes sucessíveis referidos no inciso são os chamados colaterais até 4º (quarto) grau, estando incluídos irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós.

Nesta disposição, esses parentes irão receber 2/3 da herança, enquanto o companheiro, apenas 1/3. Isso quer dizer que, além de concorrer com os herdeiros mais remotos do falecido, também ficará com menor benefício em seu quinhão da herança.

Essa situação de longe é a mais inconcebível dentre os incisos deste artigo, visto que os colaterais, além de herdarem integralmente os bens do *de cujus* adquiridos antes da união estável e aqueles obtidos gratuitamente, vão também fazer jus aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, enquanto o companheiro só terá míseros 1/3. As palavras de Giselda Hironaka elucidam bem a flagrante desigualdade com que é tratado o companheiro:

> Por fim, andou ainda mal o legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por recriar o privilégio dos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o companheiro supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. Assim, morto alguém que vivia em união estável, primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o companheiro supérstite. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o companheiro sobrevivo. Na falta

> também destes e inexistindo, como é óbvio, cônjuge que amealhe todo o acervo, serão chamados os colaterais até o quarto grau ainda em concorrência com o companheiro, uma vez que, afinal, são também os colaterais parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o companheiro remanescente para, aí sim, adquirir a totalidade do acervo. É flagrante a discrepância. (2003, p. 12)

Quando comparado ao cônjuge, que, na sucessão, tem qualidade de herdeiro necessário e recebe a herança em sua integralidade na falta de descendentes e ascendentes do falecido, fica claro que há um enorme desequilíbrio no que diz respeito ao direito assegurado ao companheiro sobrevivente nesse inciso.

Ademais, outro ponto de forte relevância para afastar a aplicação desta norma criticada é que o ordenamento jurídico veda expressamente o enriquecimento sem causa, ou seja, não permite o aumento patrimonial sem fundamento, que acabe causando uma injusta perda e empobrecimento de outra pessoa.

Isso porque, no caso analisado, um primo distante, que em nada contribuiu para a aquisição onerosa dos aquestos deixados pelo *de cujus*, terá direito a receber mais que o companheiro, uma vez que recebe 2/3 (dois terços), ou seja, o dobro dos bens que, de acordo com a presunção legal, não dispendeu esforço comum para adquiri-los.

Portanto, há claramente a hipótese de enriquecimento sem causa por parte dos colaterais, o que configura uma situação de extrema injustiça, pois não é aceitável que o companheiro, que viveu muitos anos ao lado do outro venha a receber apenas 1/3 (um terço) da herança, ficando para parentes distantes o trabalho e esforço de uma vida em comum.

6.4. INCISO IV: NÃO HAVENDO PARENTES SUCESSÍVEIS, TERÁ DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA

Apenas o inciso IV, do artigo 1.790, é que dá o direito ao companheiro de perceber a totalidade da herança, nos casos em que não haja parentes sucessíveis. Porém o texto ainda deixa dúvidas a qual totalidade se refere. Se será a totalidade do bens deixados pelo falecido, incluindo os bens onerosos e particulares, ou somente a totalidade dos bens adquiridos na constância da união estável.

O que o legislador faz entender é que não teve o mesmo cuidado com o referido inciso que depositou na redação do artigo 1.723 do C.C, quando vez o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Analisando a situação pela óptica desse texto legal, o companheiro sobrevivo teria o direito de receber a totalidade da herança deixada pelo *de cujus*, ainda que parte dos bens não tenham sido conquistados com a ajuda onerosa de um ou outro, mas que tenham sido conquistados durante a vida em comum, uma outra forma de contribuição.

A doutrina diverge sobre a aplicação desse inciso. Caio da Silva Pereira apud Cahali (2007, p. 191) defende o companheiro como herdeiro necessário, assim como é tratado o cônjuge, não havendo concorrência deste com o Poder Público no tocante ao patrimônio do *de cujus*.

Já para Inácio de Carvalho Neto apud Cahali (2007, p. 191) quando se fala em herança, o companheiro concorre sim com o Poder Público, discordando de que ele possa ser colocado como herdeiro necessário, como é o tratamento dado ao cônjuge.

Essas divergências de interpretação do mesmo texto legal acabam causando inúmeras situações de desigualdades para os companheiros, uma vez que, dependendo da interpretação dos magistrados na aplicação do inciso, uns podem ter reconhecido o direito a percepção da totalidade da herança, enquanto outros não.

Fazendo-se então a interpretação literal da norma, ou seja, guardando consonância ao *caput*, do artigo 1.790, entende-se que apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união, sem sub-rogação (substituição judicial de uma pessoa ou coisa, na mesma relação jurídica), farão parte desta "totalidade" da herança, da qual tem direito o companheiro.

Consequentemente, sendo os aquestos típicos o único patrimônio herdado em totalidade pelo companheiro, os bens particulares do *de cujus* serão considerados herança vacante (quando não houver herdeiros habilitados no período estipulado por lei), nos termos do artigo 1.820 do C.C, e assim, serão arrecadados, após decurso do lapso temporal de cinco anos da abertura do inventário, e passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, quando localizados em seus territórios, ou a União, se estiverem situados em território federal (artigo 1.822, do C.C).

7. REPERCUSSÃO GERAL

Diante de tanta polêmica, cabe a jurisprudência a tentativa de adequação da legislação com a situação social vivenciada pelos cidadãos. Nesse ínterim, dada a grande repercussão da temática, deu-se início em 03 de agosto de 2016 ao julgamento no Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 878.694/MG (Tema 809), que discute a legitimidade do tratamento diferenciado dado ao cônjuge e ao companheiro, analisando a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Segundo informações obtidas pelo artigo de Flávio Tartuce (2017, não paginado), o julgamento iniciou-se em agosto de 2016, havendo sete votos pela inconstitucionalidade da norma, seguindo o entendimento da relatoria. Votaram os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, além do próprio ministro Barroso. Pediu vistas o ministro Dias Toffoli,

sendo retomado o processo no ano de 2017, com voto prolatado em 30 de março, tendo esse julgador concluído pela constitucionalidade da norma, visto que existia justificação constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável. Houve a união com o julgamento do recurso extraordinário 646.721/RS pelo ministro Marco Aurélio cujo tema se referia a sucessão de companheiro homoafetivo (Tema 498), do qual era relator.

A questão foi julgada definitivamente no dia 10 de maio de 2017, prevalecendo o voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso. Nesse sentido, a tese aprovada para fins de repercussão geral, válida para ambos os processos (Temas 809 e 498), de acordo com a nota oficial publicada no site do STF: "No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil."

Dessa forma, além da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, o companheiro foi colocado junto do cônjuge na ordem de sucessão legítima, prevista no art. 1.829. Portanto, torna-se herdeiro na concorrência com os descendentes, na medida do regime de bens adotado e também com os ascendentes, independente do regime. Na falta destes, o companheiro receberá a herança sozinho, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos), igual aquilo que é concedido ao cônjuge.

Destaca-se ainda outros ganhos conquistados pelo companheiro na sucessão com o julgamento da temática: *a)* a aplicação das normas previstas nos arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002, gerando impedimentos na doação e no testamento, uma vez que o companheiro tem a proteção de sua sucessão legitima, na qualidade de *herdeiro reservatário*; *b)* foi incluído no art. 1.974 do Código Civil, com a finalidade de rompimento de testamento, caso esteja incluído o cônjuge; *c)* caso seja um dever também reconhecido ao cônjuge, o companheiro deve relacionar o patrimônio recebido antecipadamente, de acordo com os arts. 2.002 a 2.012 do CC, sob pena de sonegação (arts. 1.992 a 1.996).

Ademais, reconheceu-se que a ideia dada pelo artigo de lei 1.790 do CC viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e proteção da família, além de violar o princípio da vedação ao retrocesso, uma que não é admissível o casamento ter qualquer tipo de superioridade em relação a união estável, pois é conflitante com o que a Constituição Federal impõe.

Dessa forma, a nova tese será aplicada aos processos de inventário em andamento que não possuam decisão transitada em julgado e não esteja pendente de recurso. Havendo sentença ou acórdão executando a norma prevista no art. 1.790 do

CC/2002, esses devem ser revistos em instância superior, com a aplicação correta ao caso do art. 1.829 do Código Civil. Quanto as pendências em inventários extrajudiciais, as escrituras públicas deverão seguir o novo tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal.

As mudanças quanto a sucessão do companheiro serão válidas para aquelas sucessões que tenham sido iniciadas a partir de 11 de janeiro de 2003, assim, traz-se o art. 2.041 do Código Civil de 2002 para apreciação: "As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916)", ou seja, todas as demandas ingressadas e que estiverem em andamento sob a vigência do CC/2002, com a aplicação do art. 1.790, receberão a adequação normativa de acordo com o entendimento do STF.

Portanto, apesar de não ter sido elaborado nenhum Projeto de Lei pelo Poder Legislativo com a finalidade de revogar (ato que põe fim a vigência da norma) o artigo 1.790 do Código Civil, a pacificação de entendimento dado pelo Poder Judiciário traz a tão esperada segurança jurídica e igualdade as demandas judiciais que versem sobre a sucessão do companheiro. É certo que nem todo o conteúdo que versa sobre o regime sucessório do cônjuge foi aplicado ao companheiro, porém, essa conquista jurisprudencial e doutrinária é de grande importância para as pessoas que vivem em união estável.

8. CONCLUSÃO

O tema abordado gera muitas controvérsias por tratar com tanta desigualdade as pessoas casadas e as que vivem em união estável com relação à sucessão *causa mortis.* Depois de tantos direitos adquiridos no reconhecimento da união estável como forma de entidade familiar assegurando-lhes a vivência digna, não se pode admitir que os direitos sucessórios do convivente sobrevivente caminhem na direção oposta.

Com a Constituição de 1988, assegurando a união estável todos os direitos e o reconhecimento no Direito pátrio, além dos princípios norteadores do direito como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, o que se vê no artigo 1.790 e seus incisos devem ser revogados dada a sua inconstitucionalidade.

Não é admissível, após tantas conquistas positivas para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos, seja aceito tamanho retrocesso, pois tanto o casamento quanto a união estável são consideradas pelo Direito como família, desempenhando a mesma função na sociedade, sem superioridade entre elas.

Apesar da possibilidade que se deu com o julgamento da constitucionalidade do artigo 1.790 CC/2002 pelo Supremo Tribunal Federal, dando uma solução para a discussão doutrinária e jurisprudencial, a única maneira efetiva de deslindar tantos problemas é realizar a adequação da situação do companheiro colocando-o ao lado do cônjuge na ordem de vocação hereditária, em todos os artigos que versam sobre a sucessão legítima, ingressando no rol dos herdeiros necessários, revogando-se todo o conteúdo do art. 1.790 e incisos do Código Civil de 2002, adequação que apenas o Poder Legislativo tem competência para realizar.

É extrema importância que a legislação brasileira ande lado a lado com as necessidades dos cidadãos e adequada às situações vivenciadas por estes, para que não sejam cometidas injustiças, ferindo os princípios constitucionais dados ao povo, respeitando as diversidades e garantindo a proteção legal aqueles que vivem em uma família, independentemente de sua formação.

9. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em: 21 de junho de 2108.

CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 3 ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das Sucessões, 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELA, Felipe. **Curso didático de Direito Civil.** Atlas: São Paulo, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses jurídicas – Direito das Sucessões.** – 10 ed., Saraiva: São Paulo, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes.** Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 26 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrencia.pdf >. Acesso em: 02 de maio de 2017.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Portal jurídico Migalhas. Coluna Família e Sucessões. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

Vade Mecum, 21 ed., Saraiva: São Paulo, 2016.