



A SUCESSÃO DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL E SEU ARCAÍCO E INCONSTITUCIONAL PROCESSO SUCESSÓRIO

Succession Arising Out of Common-law Marriage and its Archaic and Unconstitutional Succession Process

Gustavo Silva Borges¹; Roberta Dória Oliveira Fiel²

RESUMO

A união estável é algo extremamente comum na sociedade atual. Um dos fatores pelos quais as pessoas preferem não oficializar a sua união através do casamento é o custo considerado alto para muitas pessoas. Porém, independentemente de serem casadas ou conviverem como se casadas fossem, essas pessoas estão ligadas pelo mesmo elo: o afeto. Ambas as situações assemelham-se em quase todos os aspectos, principalmente no objetivo de constituir família, sendo diferenciadas apenas pela certidão de casamento. O Direito deve adaptar-se à sociedade, evoluindo com ela e atendendo às necessidades de todos que nela convivem. Devido a essas modificações na sociedade, a Constituição Federal de 1988 resolveu considerar a união estável entidade familiar da mesma maneira que o casamento. Porém, somente em 2002, com o novo Código Civil, a sucessão nos casos de união estável foi regulamentada. Infelizmente, foi dado um tratamento diferente para união estável daquele dado para o casamento. Isso é inconstitucional do ponto de vista dessa pesquisa por dois motivos antagônicos. O primeiro, e mais aceito, argumenta que ambas as entidades são consideradas pela Constituição Federal como entidades familiares, não sendo hierarquicamente diferentes, portanto não poderão a união estável receber um tratamento desvantajoso em relação ao casamento no processo sucessório. O segundo afirma que o casamento é

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (2006). É Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Franca (2007), como também é especialista em Docência na Educação Superior pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM (2009). Atualmente, é professor convidado da pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil e Direito Público da Universidade Tiradentes - UNIT e da Estácio-FASE. Já exerceu cargo de coordenador de pós-graduação de Direito Civil e Processual Civil (UNIT e Estácio-FASE), Direito Público (UNIT) e Direito Imobiliário (Estácio-FASE). Possui experiência como docente de graduação em Direito e como professor orientador/advogado de Núcleo de Prática Jurídica. Sócio-fundador do escritório Almeida, Borges, Bourbon Advogados Associados, atuando na área de Direito Privado e Público, com ênfase em Direito Civil, Imobiliário e Direito Tributário, consultor e parecerista jurídico nestas áreas respectivamente.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2012). Advogada militante.

hierarquicamente superior a união estável, portanto esta última não poderia ter um processo sucessório mais vantajoso que o do casamento.

PALAVRAS-CHAVE: União estável; Afeto; Casamento; Sucessão; Companheiro; Cônjuge; Herdeiros; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The common-law marriage is extremely common in today's society. One of the reasons why people prefer not to formalize their union through marriage is the high cost for many people. However, whether they are married or living together as if they were married, these people are connected by the same link: affection. Both situations are similar in almost all aspects, especially in to raise a family, being differentiated only by marriage certificate. The law must adapt to society, evolving with it and the for all who live in it. Due to these changes in society, the Constitution of 1988 decided to consider the common-law marriage family unit in the same way that marriage. However, only in 2002, with the new Civil Code, the succession in cases of common-law marriage was regulated. Unfortunately, a different treatment was given to it, different than the one that was given to marriage. This is unconstitutional from the standpoint of this research for two antagonistic reasons. The first and most accepted, argues that both entities are considered by the Federal Constitution as family entities and are not hierarchically different, so the common-law marriage cannot get a disadvantageous treatment, in relation to marriage, in the succession process. The second informal that marriage is superior to common-law marriage, so this last one could never have a succession process more advantageous than marriage.

KEYWORDS: *Common-law Marriage; Affection, Marriage, Succession; partner; Spouse, Heirs; Unconstitutionality.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho encontra-se na seara do Direito Civil, mais especificamente no âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Trata-se de um estudo aprofundado da união estável, no qual serão feitas análises sobre a sua evolução no âmbito jurídico e suas características com um enfoque especial no processo sucessório realizado dentro desse instituto tão comum na atualidade.

A problemática aqui trabalhada refere-se ao tratamento sucessório diferenciado dado à União Estável, mesmo estando ela tão presente no cotidiano e tendo sido equiparado ao casamento pela Constituição Federal, e ainda recebe um tratamento sucessório diferenciado.

O presente artigo busca explicar por que o artigo 1.790 do Código Civil é deficiente e falho, tanto do ponto de vista histórico-social, como também do ponto de vista constitucional, esclarecendo, o surgimento da união estável, suas particularidades e ao final demonstrar as diferenças no processo sucessório do cônjuge e do companheiro.

1. DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável não foi conceituada pelo Código Civil de 2002 por envolver aspectos complexos, como o amplo significado de família, de afeto, questões de cunho patrimonial, entre outras coisas. Objetivando facilitar a compreensão de um conceito de tal complexidade, é importante, fazer previamente diferenciação entre a mesma, a sociedade de fato e o concubinato.

A sociedade de fato inicia-se a partir do momento que uma união livre, ou seja, aquela que não produz efeitos de ordem familiar, passa a adquirir patrimônio por colaboração de ambas as partes. E a sua dissolução é feita através da ação de dissolução de sociedade de fato com fundamento na impossibilidade do enriquecimento sem causa. Sendo assim, a competência para processar e julgar essas ações é da vara cível.

Já na união estável é dissolvida através da ação de dissolução de união estável, e tramitará na vara de família. Nesse caso existe uma presunção absoluta de que houve um esforço em comum de ambos os companheiros. Essa presunção encontra-se no artigo 1.725 do Código Civil.

Portanto, pode-se afirmar que a união estável é uma união livre que aos poucos foi obtendo características da união matrimonializada. A sociedade de fato foi o primeiro passo para a união livre tornar-se união estável. Maria Berenice Dias afirma (2009, p. 164):

Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. Por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento. Tudo que é disposto sobre as uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma união livre para ser uma união amarrada às regras impostas pelo Estado.

Já o concubinato, após a promulgação da Constituição Federal, passou a ser entendido como a união entre casais que estavam impedidos de casar e mesmo assim mantinham uma convivência amorosa. O artigo 1727 do Código Civil de 2002 trouxe esse conceito de concubinato. Diferenciando a união estável e o concubinato, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 509):

A união estável, assim, qualificada como grupo familiar, é a entidade afetiva formada entre pessoas desimpedidas de casar. Pessoas que podem, mas não querem, contrair casamento. De outra banda, o concubinato é a relação, não familiar, entre pessoas que não podem casar, em razão de algum impedimento matrimonial.

Duas ressalvas são importantes neste momento. A primeira delas é o motivo pelo qual o concubinato não possui proteção do Estado e, o fundamento para isto encontra-se no caráter monogâmico das relações familiares. Caso o Estado conferisse proteção ao concubinato estaria quebrando essa essência monogâmica.

A segunda ressalva está no § 1º do artigo 1723 do Código Civil de 2002. Esse parágrafo trata da pessoa, separada de fato, que convive de forma extramatrimonial com alguém e está impedida de casar por já ser casada. Neste caso, é possível a relação extramatrimonial ser considerada união estável, afinal, não existe mais o afeto para com a pessoa com quem se casou, descaracterizando a relação matrimonial.

Para Arnaldo Rizzardo, a união estável está presente em diversos tipos de relacionamentos, desde o casamento até a união adúltera. Para ele, o alcance do termo é muito mais amplo. Afirma ele (2011, p.817):

A união estável vai desde a posse do estado de casado, com notoriedade e longa duração, até a união adúltera. Melhor é apanhar as várias situações que tipificam o alcance da expressão. Implica não somente em relações de sexo, mas também a prolongada comunhão de vida. Compreende o casamento religioso, quando o homem e a mulher contraem um compromisso solene de vida em comum e de fidelidade mútua, bem como a união adúltera, em que um ou outro mantém uma vida matrimonial paralela, mas sem convivência. São convenientes, ainda, os que enfrentam uma vida marital não reconhecida no aspecto formal, ou aqueles que tiverem o casamento declarado nulo, ou se matrimoniaram no exterior e não tiveram o vínculo reconhecido pelas leis do país onde se transferiram. Nessa linha de colocações, é da essência da união uma convivência pública e permanente *more uxorio*.

É de grande importância fazer menção ao termo *more uxorio*. Quando se fala em convivência *more uxorio* trata-se da convivência entre um homem e uma mulher

como se casados fossem. Portanto, o elemento *more uxorio* é de fundamental importância para caracterização da união estável.

A união estável é a situação fática na qual o casal possui um vínculo afetivo e uma convivência constante, pública e que se prolongue pelo tempo. Desse modo fica perceptível o ânimo de construir família.

Atualmente, a dualidade de sexos não é elemento essencial para a caracterização da união estável. Após muitos julgados favoráveis a aceitação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca do tema reconhecendo a natureza familiar das uniões homoafetivas. O tema será discutido mais adiante de uma forma detalhada.

A união estável também é chamada de companheirismo, e seus sujeitos são chamados preferencialmente, no Código Civil, de companheiros, porém o termo convivente também é utilizado para denominá-los. Pode-se considerar que o termo concubino também pode ser utilizado para os sujeitos da união estável, afinal, a união estável nada mais é que o concubinato puro para grande parte da doutrina.

2. DA SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS

2.1 ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

De acordo com o princípio de Saisine, previsto no artigo 1.787 do Código Civil, transcrito abaixo, o patrimônio transmite-se automaticamente com a morte. Sendo assim, os herdeiros são chamados a sucessão.

Os herdeiros são classificados em herdeiros testamentários e herdeiros legítimos, já os herdeiros testamentários são aqueles nomeados em testamento ambos são sucessores a título universal. Por fim, a legislação estabelece que os herdeiros legítimos se dividem em necessários e facultativos.

Necessários são aqueles não podem ser privados de uma quota-parte da herança. Essa quota-parte resulta da divisão da legítima, que é a metade dos bens do falecido reservada para esses herdeiros, não podendo ser testada. São eles: descendentes, ascendentes e cônjuge. Dispõe o artigo 1.789, do Código Civil, sobre o

tema: “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Os herdeiros facultativos são aqueles chamados à sucessão quando não há herdeiros necessários e herdeiros testamentários. Caso o testador disponha todo o seu patrimônio, eles serão excluídos da sucessão.

De acordo com Arnaldo Rizzardo (2011, p. 138-139), na sucessão legítima ressaltam-se algumas características: a ‘hereditariedade’, visto que não pode ser herdeiro aquele que não é parente ou não possui o liame conjugal ou da união de fato; a ‘legalidade’, pois a lei especifica quem é herdeiro, não podendo incluir outra pessoa, a menos que sejam cedidos os bens; a ‘universalidade’, devido ao fato de todos os bens sujeitarem-se ao inventário, e não apenas parte deles, com exceção dos bens dados em testamento e a ‘subsidiariedade’, pois serão partilhados os bens que sobraem do testamento (ressalvada a legítima prevista no artigo 1.789 do Código Civil).

O objetivo da sucessão é dar um destino ao patrimônio do falecido. É importante ressaltar que a sucessão testamentária não exclui a legítima, visto que somente 50% (cinquenta por cento) do patrimônio pode ser testado, ressaltando-se os outros 50% (cinquenta por cento) para os herdeiros necessários. Caso o *de cujus* não tenha feito testamento e não existam herdeiros legítimos, todo o seu patrimônio vai para o Poder Público.

A ordem de vocação hereditária é a sequência de chamamento dos sucessores. Trata-se de uma relação preferencial na qual a classe mais próxima exclui a classe mais remota. Porém, o Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, estabelece a concorrência dessas classes da lista preferencial na sucessão com o cônjuge ou o companheiro supérstite, conforme ordem de vocação hereditária prevista no art. 1829 do referido *Codex*.

De acordo com o inciso I do art. 1829, os descendentes são os primeiros a serem chamados na sucessão. Faz-se uma ressalva importante sobre este inciso: o artigo 1.640, parágrafo único foi mencionado de forma errônea. Na verdade é o artigo 1.641 que enumera as hipóteses que obrigam o regime da separação de bens.

Como exemplo, caso o falecido não deixe testamento, seja casado sob o regime de comunhão parcial de bens e possua três filhos, dois fruto desse casamento e um fruto de um relacionamento anterior. A viúva tem direito a 50% dos bens comuns do casal, a

título de meação, e os outros 50% seriam divididos igualmente pelos três filhos. Neste sentido caso, havendo bens particulares, no casamento, a viúva, além de figurar meeira do patrimônio comum, seria herdeira do patrimônio particular juntamente com os descendentes. Nesse exemplo, o patrimônio particular seria dividido por quatro.

É importante frisar que, de acordo com o princípio da isonomia, os filhos devem ser tratados de forma igualitária, não podendo haver distinção entre aqueles advindos de outros relacionamentos. Por esse motivo, no exemplo acima, todos os filhos recebem o mesmo quinhão hereditário, herdando por cabeça. Caso um dos filhos fosse pré-morte e deixasse dois filhos (netos do falecido), eles não herdariam por cabeça, mas sim por estirpe, ou seja, o quinhão referente ao pai deles seria dividido pelos dois. Porém se todos os filhos fossem pré-mortos e só existissem os netos dos falecido, estes herdariam por cabeça. Essa previsão legal encontra-se no artigo 1.835 do Código Civil.

Outro ponto a ser destacado na sucessão dos descendentes em concorrência com o cônjuge é quando existem mais de três filhos. Se todos forem filhos comuns, ocorrerá a reserva da quarta parte da herança para o cônjuge sobrevivente. Se todos os filhos forem somente do falecido caberá ao cônjuge sobrevivente o quinhão hereditário igual ao dos descendentes. Lembre-se que a herança do cônjuge diz respeito somente ao patrimônio particular, nos termos do artigo 1.832, do Código Civil.

Porém, o caso de filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos só do *de cuius*, em mais que três, não possui previsão legal. A doutrina se divide em posicionamentos sobre o cônjuge sobrevivente ter o direito à reserva da quarta parte ou não. O quadro no anexo A demonstra os posicionamentos de diversos doutrinadores. Pode-se dizer que a corrente majoritária defende a não reserva da quarta parte para o cônjuge sobrevivente.

O inciso II do artigo 1.829 do Código Civil, chama os ascendentes a sucessão, caso não existam descendentes, conforme previsão expressa contida no art. 1836 do mesmo diploma legal.

No § 1º do artigo supracitado fica claro que havendo pais vivos, o avós estarão excluídos da sucessão. E o caso do § 2º traduz-se no seguinte exemplo: o falecido possuía pais pré-mortos, porém seu avô e sua avó por parte de pai estavam vivos, e somente sua avó por parte de mãe encontrava-se viva. Nesse caso, metade da herança iria para linha paterna e seria dividida pelo seu avô e pela sua avó, e a outra metade iria

para linha materna, ficando em sua totalidade com a avó, pois resta expressamente proibido o direito de representação na linha ascendente, conforme art. 1852 do Código Civil.

Portanto, um dos pais do falecido for pré-morto, mas estiverem seus avós vivos, não caberá a representação e a herança ficará, em sua totalidade, com o ascendente de primeiro grau sobrevivente, conforme previsão do art. 1837 do Código Civil.

Portanto, quando os pais do falecido estiverem vivos, caberá ao cônjuge a terça parte da herança. Contudo, caso um deles seja pré-morto ou somente seus avós forem vivos, o cônjuge sobrevivente terá direito à metade da herança.

Quando não houver descendentes e ascendentes vivos, o cônjuge sobrevivente terá direito à totalidade da herança do cônjuge falecido. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.163):

No regime do novo Código Civil, são requisitos para o cônjuge ter direito a herança, em resumo: a) que não esteja divorciado nem separado, judicial ou administrativamente; b) que não esteja separado de fato há mais de dois anos do finado, ou c) que prove ter-se tornado impossível a convivência, sem culpa sua, se estiver separado de fato há mais de dois anos do falecido.

Depois de verificados e preenchidos os requisitos citados acima, se preenchidos, o cônjuge receberá a herança em sua totalidade, estando assim na terceira posição da fila preferencial para sucessão.

Não havendo descendente, ascendente e cônjuge, os colaterais serão chamados a suceder, mas somente até quarto grau, de acordo com o artigo 1.790 do Código Civil, não havendo colaterais e nenhum dos herdeiros componentes das classes anteriores aos colaterais na sucessão, o patrimônio irá para o Poder Público. Mas vale ressaltar que ele não será herdeiro. Na falta dos herdeiros, ele apenas recolherá o patrimônio do falecido.

Essa é a ordem vocacional hereditária, sendo os três primeiros (descendente, ascendente e cônjuge) os herdeiros necessários, e os colaterais são os herdeiros facultativos.

2.2 A CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO

A concorrência do companheiro na sucessão encontra-se regulamentada, atualmente, no artigo 1.790 do Código Civil, e não no artigo 1.829 do mesmo código, que trata da ordem vocacional hereditária, como foi visto acima.

Mesmo sendo considerada pela Constituição Federal entidade familiar como o casamento, a união estável tem um processo sucessório diferenciado e arcaico.

De acordo com a leitura do *caput* do art. 1790 do Código Civil, aplicando o regime geral, comunhão parcial de bens, percebe-se que os companheiros terão acesso somente ao patrimônio comum, ou seja, aquele adquirido durante a vigência da união estável. Percebe-se aqui a primeira diferença entre a sucessão do cônjuge e do companheiro. Enquanto o cônjuge é herdeiro do patrimônio particular, o companheiro é herdeiro do patrimônio comum. Os incisos desse artigo serão analisados um a um logo abaixo.

2.3 CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES COMUNS

De acordo com o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente quando concorrer pela herança com filhos (descendentes) comuns receberá o mesmo quinhão hereditário que eles, no tocante ao patrimônio comum.

De acordo com Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 219):

Sendo comuns dos companheiros os descendentes com que o sobrevivente concorrer, o viúvo terá direito a uma quota idêntica a que, por cabeça, aqueles receberem. A lei fala em “filho”, mas entendemos ter sido sua intenção dizer “descendentes”, para não se ferir a histórica preservação de outros direitos sucessórios na linha descendente sempre na mais próxima equidade.

Ao contrário do que ocorre no casamento, na união estável não existe a reserva da quarta parte do patrimônio para o cônjuge sobrevivente caso existam mais de três filhos.

2.4 CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES SÓ DO AUTOR DA HERANÇA

No inciso II do artigo 1.790 está disposto como será feita a sucessão quando o companheiro concorrer com descendentes apenas do autor da herança.

Neste caso, companheiro sobrevivente deverá receber metade do que couber a cada filho. Para que se possa fazer esse cálculo será utilizada a “regra do peso”. Cada filho será considerado com dois filhos. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 219), explicam a regra:

Somam-se os convocados por cabeça. Cada filho recebe dois, e a companheira recebe um. Assim, multiplica-se o número de filhos por dois e soma-se a parcela do sobrevivente. Àqueles destinam-se duas partes do total, a este uma parte do total [...] Existindo netos convocados por representação, vão herdar, por estirpe, o que seu genitor, por cabeça, herdaria.

Por exemplo: Um homem morre deixando a companheira e três filhos frutos de um relacionamento anterior. O seu patrimônio comum é de R\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos reais). A companheira receberá R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) referente à meação. Os outros R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) serão repartidos entre a companheira e os filhos só do autor da herança de acordo com a regra do peso, ou seja, como cada filho valerá por dois, a divisão será feita por sete pessoas. Sendo assim, a companheira terá direito ao valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e os filhos terão direito ao valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Caso um desses filhos fosse pré-morto e tivesse dois filhos, eles herdariam, por estirpe, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada um.

2.5 CONCORRÊNCIA NO CASO DE FILIAÇÃO HÍBRIDA

O artigo 1.790 do Código Civil menciona as hipóteses nas quais o companheiro irá concorrer na sucessão com os filhos comuns e com os filhos só do falecido, porém nada fala sobre quando houver filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos somente do *de cuius* numa mesma relação.

A maioria dos doutrinadores acredita na hipótese de se aplicar o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil para os casos de filiação híbrida, ou seja, o quinhão

hereditário do companheiro sobrevivente deverá ser o mesmo do quinhão hereditário dos filhos, quanto ao patrimônio particular.

Existem também aqueles que defendem a aplicação do inciso II do artigo 1.790 do Código Civil, afirmando, o companheiro terá direito a metade do que couber a cada filho.

Os que seguem a primeira corrente baseiam-se no que está escrito em ambos os incisos supracitados, fazendo uma interpretação gramatical. De acordo com Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 219):

pela exegese do art. 1.790, concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra não restringir a concorrência só dos filhos comuns, mesmo que nem todos os sucessores tenham esta origem.

O posicionamento citado acima acredita que devido ao fato do inciso I mencionar os filhos comuns sem a ressalva de serem exclusivos, caberia aplicá-lo nesse caso, pois o inciso II afirma que ele deverá ser aplicado somente quando houver filhos exclusivos do falecido.

Por outro lado, existe a questão do princípio da isonomia, sendo assim, todos os filhos devem receber igual tratamento. Porém, é de grande relevância lembrar que os filhos comuns, muito provavelmente, receberão a herança do companheiro sobrevivente quando este vier a falecer também. Isso não ocorrerá com os filhos exclusivos do autor da herança.

Por esse motivo, dentre outros, existem aqueles doutrinadores que defendem a utilização do inciso II, com o objetivo de minimizar essa diferença. Existem ainda aqueles que defendem outros posicionamentos mais elaborados, como a apuração proporcional do quinhão. Existe quem defenda a utilização do inciso III, devido ao fato de filhos serem considerados parentes sucessíveis.

2.6 CONCORRÊNCIA COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil estabelece a regra de concorrência na sucessão do companheiro com outros parentes sucessíveis. Esses parentes sucessíveis são os ascendentes e os colaterais, que serão analisados individualmente logo abaixo.

2.7 ASCENDENTES

Quando não houver descendentes, os ascendentes são chamados a suceder em concorrência com o companheiro sobrevivente. Diferentemente do que ocorre no casamento, na união estável a companheira receberá a terça parte do patrimônio comum do autor da herança, independentemente de ambos os ascendentes estarem vivos ou só um deles.

Dispõem sobre o tema Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 210):

Já na falta de descendentes, chamados ascendentes ou colaterais, a parte destinada ao companheiro sobrevivente é sempre fixa, estabelecida em 1/3 da herança. Assim, concorrendo com o sogro, este terá 2/3 da herança. Com sogro e sogra, cada um destes terá 1/3 da herança. Sendo maior o grau ascendente, 2/3 da herança seguem a partilha em linha já antes estudada.

Como já mencionado anteriormente, na concorrência com o cônjuge, este somente terá direito a terça parte da herança no caso dos pais do *de cujus* estarem vivos. Se somente um estiver ou for maior o grau, o cônjuge terá direito à metade da herança. Já no caso do companheiro, o seu quinhão hereditário sempre será a terça parte da herança, quando concorrer com ascendentes e colaterais.

2.8 COLATERAIS

O mesmo que ocorre com os ascendentes que concorrem com companheiros no momento da sucessão, ocorre com os colaterais. Francisco José Cahali e Giselda Maria

Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 210) afirmam que inexistindo ascendentes os colaterais são chamados, destinando-se a eles sempre $2/3$ (dois terços) da herança.

Nota-se que o cônjuge encontra-se na terceira posição da lista preferencial para a sucessão, e o mesmo não ocorre com os companheiros. Caso não existam descendentes e ascendentes no casamento, os bens irão em sua totalidade para o cônjuge sobrevivente. Já na união estável existirá a concorrência entre companheiro e colaterais.

Sobre o tema afirmam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 251):

Já se houver companheiro, poderá, como visto, existir concorrência deste com os colaterais sobre a herança reduzida aos bens adquiridos na constância da união à linha colateral. Por sua vez, sobre aquela parcela do acervo, ao companheiro resta $1/3$, e o restante ($2/3$) segue a linha colateral.

É de suma importância lembrar que somente os colaterais até o quarto grau podem receber a herança. Não existindo descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau, a totalidade da herança, referente ao patrimônio comum, ficará com o companheiro sobrevivente.

2.9 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito real de habitação para o cônjuge está descrito no artigo 1.831 do código civil, *in verbis*:

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.

O direito real de habitação é o direito do cônjuge (e do companheiro) de permanecer morando no imóvel utilizado como residência da família mesmo após a morte do outro cônjuge (ou companheiro). Conceituam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 562):

O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro de continuar residindo no imóvel único de natureza residencial transmitido e que servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva. Trata-se de direito real sobre coisa alheia, vitalício.

Embora o Código Civil silencie em relação ao direito real de habitação na união estável, deve-se considerar que ele também existe nessa outra entidade familiar. Isso decorre do fato da Lei 9.278/96, no parágrafo único do seu artigo sétimo, que já foi citado anteriormente, prever o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente. Eis o artigo:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

O dispositivo supracitado não foi revogado pelo Código Civil de 2002, portanto deverá ser aplicado. Porém existe a ressalva sobre o direito real de habitação do companheiro só persistir enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união ou casamento. No caso do cônjuge isso não ocorre.

Para defender o direito real de habitação vitalício também para o companheiro sobrevivente, argumenta-se através da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que em seu artigo quarto afirma: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Portanto, a regra do 1.831 do Código Civil aplica-se aos companheiros de forma analógica. E o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro diz: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Partindo da analogia e da busca pelo bem comum, deve-se permitir o direito real de habitação na união estável até que o companheiro sobrevivente venha a falecer. Independentemente de contrair um casamento ou uma nova união estável.

2.10 TOTALIDADE DA HERANÇA

O inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil dá o direito ao companheiro sobrevivente de receber a totalidade da herança caso não existam descendentes, ascendentes ou colaterais.

Porém, o *caput* do artigo 1.790 do Código Civil é incisivo quando afirma que o companheiro só terá direito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Sendo assim, essa totalidade referida no inciso IV é apenas do patrimônio comum.

O patrimônio particular do falecido, numa interpretação literal, irá para o Poder Público, que não é herdeiro, mas recolhe a herança na falta dos herdeiros.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

3.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 passa a considerar a união estável como entidade familiar e impõe a facilitação para convertê-la em casamento. Porém o Código Civil de 2002 estabeleceu processos sucessórios diferenciados para ambas as instituições.

O processo sucessório do cônjuge encontra-se no artigo 1.829 e o do companheiro no artigo 1.790, ambos do Código Civil de 2002. Essa diferenciação provoca uma discussão em torno da inconstitucionalidade do artigo 1.790, afinal, o processo sucessório do companheiro deveria ser feito através do artigo 1.829, em consonância com o do cônjuge.

Existem duas vertentes para arguir essa inconstitucionalidade. De acordo com Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 124):

O fato de a lei dever facilitar a união estável em casamento significa, para alguns, que o casamento é instituto hierarquicamente superior à união estável e, portanto, qualquer vantagem que a lei ordinária atribua à união estável, que supere as vantagens do casamento, seria inconstitucional.

Para outros, a determinação constitucional apenas impede que a lei infraconstitucional dificulte a conversão da união estável em casamento. Seria uma norma proibitiva da imposição de qualquer dificuldade, mas não geradora de hierarquia entre as duas formas de constituição de família.

A grande desvantagem do processo sucessório da união estável encontra-se na preterição do companheiro e favorecimento dos colaterais. No artigo 1.829 do Código

Civil, o cônjuge é o terceiro na lista preferencial de chamamento à sucessão. Caso não exista cônjuge sobrevivente, a herança irá em sua totalidade para os colaterais.

Na união estável é diferente. Os colaterais encontram-se na terceira posição para serem chamados à sucessão. Caso não existam colaterais é que o companheiro receberá a herança em sua totalidade. Totalidade essa que, como já foi mencionado anteriormente, possui ressalva de acordo com o caput do artigo 1.790, do Código Civil.

Encontra-se assim outra desvantagem na sucessão do companheiro: a ressalva de que o companheiro só terá direito ao patrimônio comum. Desse modo, aquela pessoa que vive em união estável por mais de 10 anos, e desde o início da união ela e o seu companheiro possuíam patrimônio particular e na constância da união estável não constituíram patrimônio, no falecimento de seu companheiro, o sobrevivente não terá direito ao patrimônio particular, de acordo com a literalidade do *caput* do art. 1790 do Código Civil.

Outras desvantagens são visíveis, como já foi mencionado anteriormente na comparação entre os dois processos sucessórios, como por exemplo, a reserva da quarta parte da herança para o cônjuge, quando concorrer com mais de três descendentes; ou a possibilidade do cônjuge de receber metade da herança quando somente um dos pais do falecido for pré-morto, vez que na união estável cabe ao companheiro a terça parte sempre na concorrência com o ascendente (e com os colaterais).

O segundo posicionamento trata da inconstitucionalidade, contida no art. 1790 do Código Civil, se refere à preterição do casamento em face da união estável. Como exemplificado no julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo do desembargador Grava Brasil da 9ª Câmara de Direito Privado, o agravo 467.591-4/7-00.

Inegável que o tratamento sucessório diferenciado dado ao companheiro sobrevivente em comparação com o cônjuge sobrevivente é discriminatório e não deve prevalecer diante da isonomia entre união estável e casamento, assegurada pelo citado art. 226, § 3º da CF, devendo, a sucessão do companheiro observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge. Aplicam-se, analogicamente, as regras do art. 1829, III, do CC, reconhecendo-se que o companheiro sobrevivente é herdeiro necessário, herdando, desta maneira, os bens particulares da falecida, nos quais não tem meação.

Nesse caso, considerando que o falecido que vivia em união estável deixou três filhos exclusivamente seus e um com a sua companheira, aplicar-se-ia o inciso II do artigo 1.790 do Código Civil, e a companheira sobrevivente receberia apenas metade do

que coubesse a cada filho em relação ao patrimônio comum. A companheira agravou da decisão por causa das discussões em torno da filiação híbrida, e como resultado não teve direito à herança, pois o falecido não havia deixado bens particulares, e na decisão o desembargador Grava Brasil utilizou, por analogia, o artigo 1.829, sendo a companheira meeira do patrimônio comum e herdeira do patrimônio particular.

No caso acima, afastou-se o artigo 1.790, para que fosse utilizado o artigo 1.829, ambos do Código Civil, para que os descendentes recebessem um tratamento mais benéfico.

Ainda sim, o posicionamento mais forte em torno da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil gira em torno do fato da Constituição Federal referir-se tanto ao casamento quanto à união estável como entidades familiares, não estabelecendo nenhum tipo de hierarquia entre elas.

Independentemente do posicionamento a se seguir, o que se pode perceber é a busca pela harmonia perdida por parte dos tribunais. Conforme Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 124):

Assim, como a mutação cromossômica ocorrida no Parque dos Dinossauros permitiu que a natureza voltasse a seu equilíbrio natural, por meio de procriação, que é peculiar às espécies há milhares de anos, os tribunais têm afastado a artificialidade da lei para tentar devolver ao sistema a harmonia perdida.

A citação acima apenas faz uma comparação entre a natureza e o Direito. Em ambos os casos as coisas seguem o seu próprio curso independente da ação humana. Se a sociedade muda, o Direito também deve mudar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 2002 manifestou-se acerca da sucessão do companheiro em seu artigo 1.790. Esse processo sucessório diferencia-se do processo sucessório do cônjuge. Em algumas situações existe maior vantagem para o cônjuge, já em outras, a vantagem é maior para o companheiro. Porém são maiores as desvantagens do que as vantagens no processo sucessório da união estável.

O mundo muda e com ele o Direito segue. Portanto não se pode estagnar em um único posicionamento. As novas situações devem ser analisadas individualmente.

Não se deve aplicar o molde ao caso concreto sem antes estudar os outros fatores que estão diretamente ligados ao fato.

Vive-se uma época na qual a busca pela harmonização está sendo intensificada. Decisões mais humanísticas estão sendo proferidas, e, mais do que nunca, a vontade de fazer justiça está prevalecendo ao uso das normas de forma mecânica.

A sociedade e o Direito devem caminhar juntos sempre. Este perderia o seu sentido caso a sociedade evoluísse e ele permanecesse o mesmo. Afinal, o seu objetivo maior é promover a justiça.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. Vol. 6. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 7: direito das sucessões** – 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010

LAGRASTA NETO, Caetano. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.