

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER**  
**CURSO DE DIREITO**



**DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DO ARTIGO**  
**1.790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL**

Orientadora: Marilda Ferreira Machado Leal

Orientando: Sidinei de Souza do Nascimento

**RUBIATABA – GO**

**2012**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER**  
**CURSO DE DIREITO**

**SIDINEI DE SOUZA DO NASCIMENTO**



**DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DO ARTIGO**  
**1790 DO CÓDIGO CIVIL E SEUS INCISOS**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Marilda Ferreira Machado Leal, especialista em Direito Público.

De acordo

\_\_\_\_\_  
Professora orientadora

5 = 38902

Tombo nº	19186
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	14-02-13

**RUBIATABA - GO,**

**2012**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**SIDINEI DE SOUZA DO NASCIMENTO**

**DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DO  
ARTIGO 1.790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientadora: \_\_\_\_\_

Marilda Ferreira Machado Leal  
Especialista em Direito Público

1º Examinador: \_\_\_\_\_

Paulo Alberto S. Sales  
Doutorando em Letras e Linguística

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Rogério Lima  
Especialista em Direito

**Rubiataba, 2012.**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ter me oferecido a oportunidade de viver e evoluir a cada dia.

Aos meus pais, Cesário Nascimento, Rosa Nascimento é membros da Família Nascimento, pela paciência apresentada no decorrer destes seis anos, pela cumplicidade na elaboração deste projeto que sempre foi meu sonho e por ter acreditado que eu seria capaz de atingir meus objetivos, dando-me força e apoio, incentivando-me a buscar novas conquistas, o meu muito obrigado a todos vocês.

Agradeço a Deus pela vida e força que me concedeu para lutar pela realização deste projeto.

Em especial, agradeço à minha Família pelo apoio incondicional no decorrer destes anos de estudo, por depositarem confiança na minha capacidade, me apoiando de forma psicológica e material, contribuindo decisivamente na minha graduação de bacharel em direito.

Em especial a minha querida professora e orientadora Marilda Ferreira Machado Leal, pelo apoio, paciência, motivação, incentivo, por ter me orientado com paciência e dedicação na elaboração deste projeto.

Agradeço ainda a todos os funcionários da FACER pela ajuda prestada.

**RESUMO:** O presente trabalho aborda o tema “Direito sucessório na união estável, com a análise do artigo 1.790 do código civil e seus incisos”. A partilha de bens *causa mortis* decorrente da união estável nos revela algumas contradições, situação esta perceptível em nosso conjunto de leis, especialmente, no atual Código Civil Brasileiro. Com esta pesquisa, busca-se a investigação da inconstitucionalidade do artigo citado, seus três incisos e demais dispositivos legais que tratam do direito sucessório na união estável, mas que não contemplam soluções ideais para a proteção jurídica dos companheiros ou parceiros que convivem sob o mesmo teto, em coabitação familiar.

**Palavras-chaves:** Direito sucessório, união estável, inconstitucionalidade e companheiros.

**ABSTRACT:** This paper addresses the topic "Succession in the stable, with the analysis of Article 1790 of the Civil Code and its clauses." The sharing of goods resulting from bane stable reveals some contradictions, perceived this situation in our body of law, especially in the current Civil Code. With this research, we seek to investigate the constitutionality of the cited article, its three clauses and other provisions that deal with the law of succession in the stable, but that does not contemplate ideal solutions for the legal protection of companions or partners who live together under the same ceiling, cohabiting family.

**Keywords:** Law of Succession, stable, unconstitutional and companions.

## LISTA DE ABREVIATURA E DE SIGLAS

Art. – Artigo

Apud – citado

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

nº ou n – número

p. – página

pp. – páginas

§ - parágrafo



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL.....	11
1.1 Do reconhecimento do concubinato como união estável.....	11
1.2 União estável no ordenamento jurídico brasileiro.....	14
1.3 Do conceito de união estável.....	18
2. Análise da Sucessão e divisão de bens do companheiro.....	20
2.1 Breve análise do instituto sucessão.....	20
2.2 Direito sucessório dos companheiros sobreviventes no Código Civil de 2002.....	22
2.3 União estável e previdência social.....	26
3. ANÁLISE DO ARTIGO 1790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	28
3.1 O Direito de meação e concorrência do companheiro, quando da existência de filhos bilaterais.....	28
3.2 O Direito de meação e concorrência do companheiro, quando da existência de filhos unilaterais.....	30
3.3 O direito de concorrência e a existência de filhos bilaterais e unilaterais do autor da herança	31
3.4 Os ascendentes e colaterais, como herdeiros na união estável .....	32
3.5 O reconhecimento da União Homoafetiva como união estável.....	34
4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	47
REFERÊNCIAS.....	49

## INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste trabalho monográfico, será o Direito Sucessório na União Estável, tendo em vista a proteção dada a essa relação através da sua inserção no parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Magna, que estabeleceu o reconhecimento da união estável como entidade Familiar. Diante disso, foi conferido tratamento ao direito sucessório do companheiro na da Lei 10.406/2002.

Desse modo, o Código Civil Brasileiro, em seu Artigo 1.790 e incisos, trataram dos direitos sucessórios na união estável, elencando as possibilidades de concorrência e enumerando como se dará a sucessão do companheiro sobrevivente, no caso de existirem outros herdeiros. Contudo, tal dispositivo legal tem sido alvo de questionamentos e discussões doutrinárias, tendo em vista o tratamento dado ao companheiro pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, e ainda diante de inconsistências havidas no direito sucessório do companheiro em relação ao cônjuge, o que viola os princípios da vedação ao retrocesso e da isonomia.

Sobre o tema, foram encontradas várias dificuldades no decorrer da pesquisa, especialmente quanto à diversidade de entendimento da parte de doutrinadores e de tribunais. Na realidade, observando-se a legislação acima, na sucessão decorrente de união estável, o direito de herança dos companheiros é bem mais restrito que o direito conferido aos cônjuges, o que leva a um tratamento diferenciado, embora a pretensão de ambos seja compor uma família constitucionalizada.

A problemática foi investigar a situação dos companheiros em caso de sucessão, comparando-os com o direito sucessório das pessoas casadas regularmente. Para a investigação, a pesquisa foi realizada através do método de compilação de dados e com uma técnica dedutiva e do geral, chegou-se ao específico.

O objetivo geral foi estudar e analisar a situação jurídica e seus contornos normativos e especificamente, procurou-se observar a situação histórica dos companheiros, o preceito legal que os envolvem nesse tema sucessório e também a tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790, Inciso III, do Código Civil Brasileiro.

Portanto, no primeiro capítulo abordaremos a evolução histórica do reconhecimento do concubinato como união estável; discorreremos sobre as espécies de uniões de fato e conceituaremos a união estável e seus elementos caracterizadores. E por fim, será feito um breve relato sobre as leis de números 8.971/94 e 9.278/96.

No segundo capítulo, analisaremos a sucessão de bens do companheiro, conceito de sucessão, suas espécies, abertura da sucessão, transmissão dos bens aos herdeiros, definição de herdeiros necessários, e ainda, discorreremos sobre a sucessão do companheiro sobrevivente, apontando-se a diferenciação de tratamento entre o cônjuge e o companheiro em circunstâncias análogas.

Além de sucessão do companheiro, abordaremos também o direito de meação e a concorrência deste com filhos bilaterais e unilaterais; igualmente, será avaliado o direito de concorrência com ascendentes e colaterais, que também figurem como herdeiros na união estável. Por fim, faremos uma breve abordagem em relação à união homoafetiva que passou a ser reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal recentemente.

Dessa forma, a união estável ao ser reconhecida como família, ganhou proteção a partir da Constituição Federal de 1988, e com o Código Civil de 2002 passou também a integrar nossa norma jurídica ordinária.

A previsão constitucional da união estável surgiu como maneira de proteger as pessoas que por algum motivo não queiram ou não possam se unir pelo casamento civil. Assim, a regulamentação da matéria deu aos companheiros amparo legal com relação aos bens adquiridos por um ou ambos durante o convívio familiar.

Desse modo, apresentaremos uma pesquisa reflexiva sobre as previsões legais e constitucionais de se conferir e de se concretizar o direito sucessório entre companheiros, no mesmo status daqueles que vivem sob a proteção do casamento.

# 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

## 1.1 Do reconhecimento do concubinato como união estável

A palavra concubinato, etimologicamente deriva do vocábulo latino *concupinatus*, o qual, ainda na antigüidade, significava mancebia, amasiamento, abarregamento. Verifica-se uma influência direta do verbo *concumbo*, de origem grega, que indica a ação de dormir com outra pessoa, copular, ter relação carnal, estar na cama.<sup>1</sup>

Antes do reconhecimento da união estável, com a promulgação da Carta de 1988, as concubinas eram conhecidas como aquelas pessoas que coabitavam sob o mesmo teto sem serem casadas, independentemente do estado civil, isto é, de ser apenas um, ou ambos, solteiros, casados, divorciados ou viúvos. Nesse sentido, Gonçalves (2007 p. 540) afirma que: “A união livre difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerente. O estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura.”

Para o Direito Natural, o simples fato de um homem conviver com a mulher, por algum tempo, como se casados fossem, já seria considerado sob matrimônio, sendo que o concubinato só existia, quando adúlterino e paralelamente ao casamento, de modo excepcional e desabonador da família. Sobre a evolução da união estável, e os direitos da concubina, Azevedo<sup>2</sup> faz a seguinte observação:

O casamento de fato existiu no Direito Romano. Em 450 a.C., já se dizia que havendo posse entre homem e mulher, esta passava, após um ano de convivência ininterrupta, a fazer parte da família de seu marido, sob o poder protetivo deste ou do pai deste, conforme fosse um ou outro o pater familias. O casamento era um fato, apesar das teorias contrárias. O elemento da coabitação romana era a coabitação física. Quando o marido ficava separado

---

<sup>1</sup> Azevedo. *Apud* Tiago de Almeida Quadros. O princípio da monogamia e o concubinato adúlterino. Publicado em dezembro de 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614&p=1>. Acesso em 16 de maio de 2012.

<sup>2</sup> Álvaro Villaça Azevedo, em palestra proferida na 16ª Reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família. *Apud*. Helder Martins Dal Col. União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002. Publicado em 02 de agosto de 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100>. Acesso em 16 de maio de 2012.

mais de 5 anos da mulher, sem que esta soubesse de seu destino, havia o divórcio *bona gratia*, que era automático. No Direito Romano, nunca houve necessidade de celebração para haver o matrimônio; nas Ordenações nós encontramos três tipos de união matrimonial: o casamento religioso católico, o casamento de fato (*usus romano*), e o casamento por escritura, que não era casamento civil, mas realizado por documento *ad probationem tantum*. Estes institutos têm quase 4.000 anos e foram norteados pelo nosso legislativo, no Decreto 181 de 1890. Com este decreto secularizou-se o casamento, passando a existir, somente, o casamento civil, reconhecido pelo Estado. Na Constituição de 1967, mesmo depois da emenda de 1969, o artigo 175 dizia que a família era constituída pelo casamento, certamente civil, tendo a proteção do Poder Público. Um texto Constitucional não pode cometer esta discriminação, dizendo como um povo deva constituir sua família. Não pode fechar os olhos à realidade. O projeto de lei de 1988 antes da edição da Constituição, teve o intuito de acabar com essa discriminação. A par da Constituição de 1967, a jurisprudência tentou equilibrar a situação dando direitos à concubina. Até hoje existem decisões tentando ajudá-la, como: participante de relações doméstica, prestadora de serviços do lar etc. A lei de Previdência Social equipara a concubina no concubinato adúlterino à esposa, com o mesmo direito desta à pensão.

No aspecto dessa evolução, é importante ressaltar que antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendia que a simples situação de convivência, ainda que pública e notória e sob o mesmo teto, não seria suficiente para que fosse reconhecido o direito da concubina à parte do patrimônio amealhado ao longo da convivência, pois a concubina deveria demonstrar a existência do esforço comum para a formação do patrimônio.

Assim, o Supremo Tribunal Federal cristalizou a orientação jurisprudencial na Súmula 380, *in verbis*: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinatos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Ainda sobre esse evoluir, no que se refere ao direito das concubinas, Alves<sup>3</sup> apresenta três posições teóricas:

Uma primeira posição seria referente a concubina que além da convivência em comum, teria estabelecido com o outro uma sociedade de fato, desenvolvendo esforço em comum na formação do patrimônio, ensejando a aplicação da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, para a solução do direito patrimonial decorrente desta situação jurídica.

A segunda posição dizia respeito à situação da concubina que, envolvida numa união estável, apesar de não contribuir na formação direta do patrimônio durante a convivência, prestou inúmeros serviços domésticos ao concubino, merecendo, pois, uma compensação pelo esforço realizado,

---

<sup>3</sup> Luiz Victor Monteiro Alves. A união estável e o direito sucessório face ao novo Código Civil brasileiro. Publicado em 04 de junho de 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5239>. Acesso em 16 de maio de 2012.

mormente em razão da existência de um contrato consensual de prestação de serviços domésticos.

E finalmente, a da concubina que, não obstante o relacionamento afetivo e sexual, não contribuiu efetivamente para a formação do patrimônio e nem mesmo prestou ao outros serviços de natureza doméstica, ficando fora tanto da pretensão à meação quanto de eventuais indenizações por serviços prestados.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, ocorreu uma delimitação do concubinato adulterino. Esta modalidade de relação ocorre quando o homem vive com a esposa e concomitantemente, mantêm um relacionamento extraconjugal com a concubina. Por outro lado, se não houver casamento paralelo e houver separação de fato, estabelece-se um relacionamento *more uxório*<sup>4</sup> e as partes passam a ser chamadas de companheiras.

Assim, conforme Gomes<sup>5</sup> pode-se definir o concubinato impuro como “a relação duradoura entre homem e mulher, sendo que pelo menos um deles tenha qualquer impedimento jurídico para a constituição de um vínculo conjugal”. Ou seja, é todo e qualquer envolvimento afetivo, entre homem e mulher, em paralelo ao casamento ou união estável, envolvendo relação amorosa com terceira pessoa. Já o concubinato puro seria o envolvimento afetivo, entre homem e mulher que obedeça aos ditames sociais, sem impedimentos decorrentes de outra união.

Por outro lado, de acordo com a Lei 10.406/2002 e com a Constituição Federal/88, o concubinato puro passou a ser chamado de união estável, esta protegida constitucionalmente e reconhecida como entidade familiar, nos termos do Artigo 226, §3º *in verbis*: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Conforme se apreende do conceito acima de Gomes, o concubinato consiste no relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas. Portanto, aquelas pessoas que mantêm relacionamento amoroso paralelo ao casamento, convivem em concubinato. Assim, o impedimento de pessoas casadas contraírem novo matrimônio antes da dissolução da sociedade conjugal é extensivo à união estável, nos termos dos artigos 1.521, inciso VI, e 1.727 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.521. Não podem casar:

---

<sup>4</sup> More uxório - vida em comum sob o mesmo teto. Ricardo Fiúza. O novo Código Civil e a união estável. Publicado em dezembro de 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721> . Acesso em 16 de maio de 2012.

<sup>5</sup> Artigo jurídico intitulado “Consequências patrimoniais do concubinato adulterino”, disponível no endereço eletrônico <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/cristianetranigomes.pdf>>. Acesso em 21 jan.2013, às 10h20min.

[...]

VI - as pessoas casadas;

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Partindo desse princípio, Venosa (2000, p. 446) assevera que é importante distinguir união estável de concubinato, em razão de haver diferenças entre os institutos: “No concubinato podem ocorrer os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se patrimônio fosse”.

No que se refere ao concubinato puro, Diniz (2006, p. 379), afirma que: “Será puro (código civil, arts 1723 a 1726) se apresentar como uma união duradoura, em casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária.” Já em relação ao concubinato impuro, a citada doutrinadora (2006, p. 380), enfatiza o seguinte:

Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedimento legalmente de se casar. No concubinato há um panorama clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (código civil, art. 1.727), visto não poder ser convertido em casamento. Apresenta-se como: a) adultério (RTJ, 38: 201; JTJ, 243: 186; RT, 458:224, 649:52, 743:350, 728:328: 342), se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, p. ex., se homem casado, não separado de fato, mantém, ao lado da família matrimonial, uma outra (RTJ, 75:965, 117:1264 e 1269); e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes.

Portanto, observa-se que no concubinato, os envolvidos não podem se casar em razão da existência de impedimentos matrimoniais, ou seja, um ou ambos são casados. Diferentemente, pode-se dizer que a união estável é uma relação permitida constitucionalmente e vivida por pessoas que não estão impedidas de contrair matrimônio.

## **1.2 União estável no ordenamento jurídico brasileiro**

Conforme se viu, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito de família teve um marco expressamente significativo, pois como é sabido, passaram a ser reconhecidas as múltiplas formas constitutivas de família que ainda não eram tuteladas juridicamente.

Entretanto, foi somente após a promulgação da Carta Magna, que o outrora denominado concubinato, agora reconhecido como união estável, recebeu o justo tratamento jurídico e a proteção do direito de família, nos termos do Artigo 226, *in verbis*:

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

(...)

§ 3.º Para 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.

A união estável passou a gozar de proteção constitucional, sendo reconhecida como entidade familiar, instituto diverso do concubinato. Nesse sentido, Dias (2009, p. 160) assim enfatiza:

A união estável, esse diapasão, traduz uma constitucional forma de família, motivo pelo qual nem sequer recomendamos as expressões, consagradas pelo uso, de “concubinato puro” (como sinônimo de união estável) e “concubinato impuro”(para significar a relação paralela ao casamento ou mesmo à união estável), pela evidente confusão terminológica.

Logo após o reconhecimento constitucional, foi promulgada a Lei 8.971/94, que versa especialmente sobre união estável, com regulamentação do direito dos companheiros à alimentação e à sucessão, elencando ainda os pressupostos necessários para a configuração da união estável, no seu artigo primeiro, *in verbis*:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Assim, foi assegurado ao companheiro o direito a alimentos e à sucessão, com a ressalva de que foi fixado o prazo de cinco anos de convivência para o reconhecimento da união estável. Observa-se que na ocasião, houve grande avanço, pois se fixou parâmetros



legais para o reconhecimento da união estável, mas no que se refere aos elementos necessários, a doutrinadora Dias (209, p. 160) considera a existência de preconceito, com a seguinte afirmação:

A lei. 8.971/1994 assegurou ao companheiro o direito a alimentos e a sucessão. No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas divorciadas ou viúvas, deixando fora, injustificadamente, os separados de fato. Também a lei fixou condições outras, só reconhecendo como estáveis as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole, como se tais requisitos purificassem a relação, assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo de cujus. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro (tal como o cônjuge sobrevivente) foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.

Diante da própria necessidade de uma maior regulamentação sobre o tema, no ano de 1996, foi promulgada a Lei 9.278, que também versa sobre a união estável, trazendo a seguinte definição para o instituto, nos termos de seu artigo primeiro: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

É relevante atentar que a nova definição legal substituiu a expressão “conviventes” pelo vocábulo “companheiros”. Sobre direito de família e essa diferenciação, encontramos eletronicamente a seguinte aceção:

O citado dispositivo legal, além de apontar os requisitos da união estável, também disciplinou outros temas ligados a entidade familiar, pois indicou os direitos e deveres dos conviventes, tais como, respeito consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns. No que tange aos direitos sucessórios, foram disciplinados no artigo 5º, determinado que os bens móveis ou imóveis adquiridos na constituição da união estável e a título oneroso, eram considerados fruto do esforço comum, passando a pertencer a ambos, em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito, a administração do patrimônio comum competia a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Os alimentos também foram regulamentados, fixando-se a obrigação recíproca de alimentos entre os companheiros, com a dissolução da união estável por rescisão, sendo que no caso da dissolução em razão de morte por um dos conviventes, há o direito real de habilitação o sobrevivente enquanto vivesse, ou não constituísse nova união de casamento, relativo ao imóvel destinado a residência da família (artigo 7º). O ordenamento jurídico objetiva proteger a família, por isso prevê ainda o citado dispositivo legal a conversão da união em casamento a qualquer tempo, por requerimento ao oficial do registro civil da circunscrição do domicílio dos

conviventes, sendo fixada a competência ao juízo da vara da família, para toda matéria relativa à união estável.<sup>6</sup>

Em relação aos elementos para o reconhecimento da união estável, a referida lei 9.278/96, não exigiu prazo de convivência para a existência da união estável. Nesse contexto, Dias (2009, p.160) assim afirma:

Para o reconhecimento da união estável, não qualificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência da das vara de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habilitação. Gerou a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na Constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamento sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder a partilha igualitária dos bens.

No mesmo contexto, adveio a Lei 10.406/2002, a qual, apesar de ser alvo de muitas críticas na seara jurídica, demonstrou um importante avanço no que se refere ao direito de família e por consequência à união estável. E nesse sentido, no direito de família não se poderia deixar de ressaltar a importância da união estável no nosso atual sistema familiar legal, bem como é importante ressaltar sua regulamentação que em muito tem avançado.

Dessa maneira, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil, hodiernamente, tem-se a seguinte definição legal: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família”.

No que se refere aos elementos essenciais para caracterização da união estável, Gagliano (2011, pp. 429-430) os definem da seguinte maneira:

**Publicidade:** a ideia de o casal ser reconhecido socialmente como uma família, em uma convivência pública, é fundamental para a demonstração, eventualmente judicial, da existência de uma estável.

**Continuidade:** a união estável não se coaduna com a eventualidade, pressupondo a convivência contínua, sendo, justamente por isso, equiparada ao casamento em termos de reconhecimento jurídico.

**Estabilidade:** o terceiro elemento essencial para a caracterização da união estável, e a convivência duradoura entre os sujeitos.

---

<sup>6</sup> Conviventes e Companheiros - a palavra concubinato tornou-se uma palavra estigmatizada, pejorativa. Concubinos são aqueles que vivem juntos sem serem casados, para ser bem amplo e genérico. Uma lei recente, de 1994 substituiu a expressão por companheiros e uma outra lei (1996) criou a expressão conviventes, do italiano convivente, para substituí-la. Mas os três termos possuem, em síntese, o mesmo significado. Publicado em 30 de agosto de 2008. Disponível em <http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=22>. Acesso em 16 de maio de 2012.

Objetivo de constituição de família: essa aparência de casamento, essa finalidade de constituição de um núcleo estável família é que deverá ser investigado em primeiro lugar, pelo interprete, ao analisar uma relação apontada como união estável.

Portanto, para que seja reconhecida a união estável entre os companheiros, basta que a convivência seja pública, contínua, estável e com o objetivo de constituição de família.

### 1.3 Do conceito de união estável

Pelo contexto até aqui pesquisado, percebe-se que o Código Civil de 2002, foi objeto de muitas discussões e demonstrou importantes evoluções em relação ao direito de família e por consequência, avançou também no aspecto da união estável. Nesse sentido, nessa área do direito, não se poderia deixar de ressaltar a importância da união estável no atual sistema familiar legal, bem como no âmbito de sua nova regulamentação.

Assim, visualiza-se a união estável como a relação entre homem e mulher, que convivem continuamente e com a finalidade de convívio conjugal, não necessariamente sobre o mesmo teto, relação essa de ordem pública e duradoura, não caracterizada pelo adultério ou incesto. Esta é a previsão inserida em nosso ordenamento jurídico, notadamente no artigo 1723 do vigente Código Civil.

O civilista Azevedo<sup>7</sup> sobre esse conceito legal de união estável, pondera com a seguinte interpretação doutrinária:

O conceito de união estável, retratado no art.1723 do código civil, corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. Hoje, é reconhecida quando os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Na verdade, ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar. Porém, a convivência pública não explicita a união familiar, mas somente leve ao conhecimento de todos, já que o casal vive com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher.

Por sua vez, Diniz (2006, p.366) define a união estável, elucidando a necessidade da

---

<sup>7</sup> Artigo jurídico com o título: A união estável no novo Código Civil, disponível eletronicamente no endereço <<http://jus.com.br/revista/texto/4580/>>, acesso em 30 de maio de 2012.

inexistência de impedimento matrimonial entre os companheiros para sua configuração. A orientação dessa doutrinadora se faz nos seguintes termos:

A união estável consiste numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil. A Constituição Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar à união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver os impedimentos legais para sua convolação (Código Civil, art. 1.723, §1º e 2º).

O entendimento de Dias (2009, p. 161) nos leva a compreender que a união estável nasce de simples ato jurídico e como uma família de fato passa a ser reconhecida como entidade familiar. Vejamos a orientação da citada pensadora:

Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em fase dos doutrinadores que brotam desta relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxório*, com característica de uma união familiar, por um prazo que detone estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados. 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 à união matrimonializada.

Azevedo (2003, p. 27) também assevera que a união estável é “a convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato”.

A partir dessas primeiras definições, no capítulo seguinte será objeto de pesquisa a sucessão de bens dos companheiros, a fim de se demonstrar os aspectos legais e doutrinários que orientam essa matéria.

## 2. DA SUCESSÃO DE BENS DO COMPANHEIRO

### 2.1 Breve análise do instituto da sucessão

A sucessão, conforme apontam Brito Junior e Ligeiro<sup>8</sup> vem do latim *sucedere* e significa a perpetuação do direito do seu titular através de seus sucessores, seja ela legalmente ou testamentária. Para Diniz (2004, p. 3), o direito à sucessão é a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* aos seus herdeiros e esta pesquisadora assim posiciona-se:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, depois de sua morte, aos herdeiros, vem virtude de lei ou de testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro

Sobre o referido assunto também expõe Rodrigues (2003, p.3), ao afirmar que a sucessão pode operar a título gratuito ou oneroso e são suas as seguintes palavras: “[...] quando se fala em direito das sucessões, entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se, portanto, do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos”.

Por sua vez, Diniz (2004, pp. 15-16) assevera que o vocábulo sucessão pode ser entendido em dois sentidos:

- a) em sentido amplo, aplicando-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio, de maneira que indicaria o ato pelo qual alguém sucede outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que pertenciam. Trata-se de sucessão inter vivos, pois o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, tomando uns o lugar dos outros, em relação ao bem vendido ou doado.
- b) em sentido restrito, designando a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão causa mortis, causa que no conceito subjetivo, vem a ser o direito, em virtude do qual a herança é devolvida a alguém recolhe os bens da herança e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cuius* que ficaram com seus encargos e direitos.

---

<sup>8</sup> Artigo jurídico com o título: Direito das sucessões: conceito e considerações, bem como evolução na linha do tempo - delimitação das margens históricas do direito das sucessões, disponível eletronicamente no endereço <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2526/2050>>.

Por outro aspecto, a sucessão é aberta no momento do falecimento do de cujus, ocorrendo a transmissão da propriedade e posse dos bens do falecido aos seus herdeiros sucessivos. O local de abertura da sucessão é o último domicílio do falecido (Art. 1785 do Código Civil).

Assim, para Diniz (2004, p.24), é a morte que determina o momento da abertura da sucessão: “No momento do falecimento do de cujus abre-se sucessão, transmitindo-se sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, pendente de qualquer ato. Essa transmissão é portanto, automática, operando-se *ipso iure*.”

Nesse mesmo sentido, Rodrigues (2003, p.11), expõe que: “No momento exato falecimento, a herança se transite aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cujus*, quer este tenham ou não ciência daquela circunstancia”.

Assim, ocorrendo a morte do companheiro, abre-se a sucessão, momento que sucede a transmissão da herança para os herdeiros do falecido, que assumem o domínio e a posse do patrimônio.

De acordo o artigo 1.845 do Código Civil de 2002: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, que é complementando pelo artigo 1.846 do mesmo diploma legal, que elenca a seguinte redação: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens do herança, constituindo a legítima”. Portanto, quando ocorre o evento morte, simultaneamente ocorre a transmissão da herança aos herdeiros necessários. Para Rodrigues (2003, p. 124), metade disponível será calculada de acordo com art.1.847 do código civil de 2002, *in verbis*:

Para calcular a metade disponível, abatem-se do monte-mor as dividas do de cujus e as despesas de funeral. Isso constitui o passivo da herança e como é natural, dela deve ser deduzido. Após tal dedução, reparte-se ao meio o espólio, e a metade encontrada constitui a quota disponível, ou seja, a porção do patrimônio do finado de que pode ele dispor, por testamento, sem qualquer restrição.

Coforme exposto em linhas acima, os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge e não podem ser afastados da sucessão, pois lhe são assegurados a metade dos bens, que constituem a legítima. Nesse sentido expõem Hironaka e Pereira (2004, p.106), que além dos descendentes e ascendentes, fora incluído como herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente. Vejamos a ideia dessas civilistas:

Na sistemática anterior, o legislador não indicava quem fossem os herdeiros necessários, limitando-se afirma que o testador que tivesse descendentes ou ascendentes não podia dispor de mais da metade dos bens de que fosse

senhor. O novo código civil, no entanto, enumera no art. 1.845 quais são os herdeiros que não poderão ser excluídos da sucessão nem sequer dividir menos da metade monte-mor. A legislação atual o faz de forma direta, afirmando que são herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, como no direito anterior, e incluindo na mesma categoria, desta feita, o cônjuge sobrevivente.

O doutrinador Lima (2005, p. 9), divide os herdeiros necessários em três classes: “Herdeiro necessário, legitimário ou reservatório, é aquela que integra apenas as três primeiras classes dos herdeiros legatários legítimos: os descendentes, os ascendentes e os cônjuges sobreviventes”.

## **2.2 Direito sucessório dos companheiros sobreviventes no Código Civil de 2002**

O direito sucessório na união estável é tema de muitas discussões no meio jurídico e acadêmico, em razão da sua inserção no Código Civil de 2002 em contraposição as leis especiais de nºs 8.971/94 e 9.276/96.

Das pesquisas iniciais desta monografia, pudemos observar que desde a promulgação da Constituição de 1988, houve um peculiar avanço em relação ao tratamento dos indivíduos que vivem em união estável. Inicialmente, ganhou-se proteção constitucional, com a equiparação à família.

Na busca de regulamentar a matéria, o legislador infraconstitucional promulgou duas leis especiais (8.971/94 e 9.276/96) e por último, também conferiu tratamento normativo através da Lei nº 10.406/2002.

Demonstrando esse percurso histórico normativo, o doutrinador Rodrigues (2003, p.116), em breve análise da evolução no tratamento legal destinado às pessoas que vivem em união estável até a edição do Código Civil de 2002, ponderou o seguinte:

A posição inicial do código civil de 1916 era de franca hostilidade com relação a famílias extramatrimoniais, que entretanto, pouco a pouco, mas de forma inevitável, vieram ganhando amparo e reconhecimento, até a constituição de 1988, em que se proclama, como tantas vezes foi dito, que a união estável entre o homem e a mulher esta sob a proteção do estado, devendo a lei facilitar-lhe a conversão em casamento. Em matéria de sucessão, a lei n. 8.971/94 – com os complementos da lei n. 9.278/96 – equiparou, praticamente, a união estável e o casamento. Ao

companheiro sobrevivente foram conferidos direitos hereditários similares, equivalente aos do cônjuge supérstite. Alis, sob alguns aspectos, o protagonista de união estável apareceu, inclusive, mais favorecido.

Desse modo, a Lei de nº 10.406/2002, trata da sucessão na união estável, limitando as quotas a que faz jus o companheiro sobrevivente, em seu Artigo 1790, *in verbis*:

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.

Nesses termos, se existirem filhos comuns ou bilaterais, caberá ao companheiro sobrevivente uma quota igual à de cada filho, em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Já em relação aos filhos exclusivos do autor da herança ou unilaterais, a divisão de bens, não observa a mesma proporção, pois ao companheiro sobrevivente, tocará a metade do quinhão que couber a cada um dos filhos.

Sobre essa divisão de bens entre o companheiro sobrevivente e filhos comuns e exclusivos do companheiro falecido, Gonçalves (2011, p.178) assim esclarece:

Segundo dispõem os incisos I e II do art. 1.790, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho: se se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.<sup>9</sup>

Desse apanhado normativo e doutrinário, percebe-se que o companheiro ganhou status de herdeiro necessário, com a edição da Lei 10.406/2002, concorrendo com os descendentes. Sobre o direito de concorrência, Gonçalves (2011, p. 192) explica que este ocorrerá somente se os companheiros tiverem adquirido bens enquanto viviam em união estável e o faz com as seguintes ponderações:

Como efeitos, a concorrências se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro. Sendo assim, se o falecido não tiver adquirido nenhum bem na Constância da união estável, ainda que tenha deixado valioso patrimônio formado anteriormente, o companheiro

<sup>9</sup> Gonçalves, Carlos Roberto direito civil brasileiro. 2011, p.178.



sobrevivente nada herdará, sejam quais forem os herdeiros eventualmente existentes. No sistema estabelecido, se o autor da herança, por exemplo, deixa um único bem adquirido onerosamente, durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge-viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho.

A lei, portanto, estabeleceu parâmetros que a primeira vista, não são simples ou de fácil aceção. Sobre isso, vejamos de forma exemplificativa, como seria a divisão de bens entre o companheiro e os herdeiros, segundo entendimento de Fiuza (2003, p. 868):

Temos, pois, que, em relação ao patrimônio adquirido onerosamente, durante a união estável, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a quinhão equivalente ao que tocar a cada um dos filhos. João e Maria são companheiros. Tem dois filhos comuns, Pedro e Joaquim. João tem seu patrimônio individual, adquirido por seu único esforço. O valor deste patrimônio é de \$100.00. Maria também tem seu direito patrimônio, no valor de \$100.00. em conjunto, durante a união estável, os dois compraram bens, no valor de \$300.00. Morrendo João, como será distribuída a herança. Em primeiro lugar, devemos delimitar a herança. Consiste ela no patrimônio adquirido durante a união estável. A herança de João será de \$100.00. mais \$150.00. Os \$100.00. de seu patrimônio individual serão distribuídos onerosamente durante a união estável serão distribuídos entre Pedro, Joaquim e Maria, na proporção de um terço para cada um. Se, todavia, o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do quinhão que couber a cada um deles por cabeça. Supondo que, no exemplo anterior Pedro e Joaquim fossem filhos só de João, como se resolveria o problema da partilha? Em relação ao patrimônio individual de João (\$100,00), não há dúvida, seria repartido em duas metades, uma para Pedro, a outra para Joaquim. No que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável (\$150,00), seriam eles divididos em três partes: X, X e X/2. Pedro receberiam X, Joaquim receberia X, e Maria receberia a metade de X. assim, Pedro e Joaquim receberiam \$60,00 cada um, Maria receberia \$30,00.

No que se refere aos colaterais, a partir do texto legal, podemos dizer que ocupam o quarto lugar na ordem da vocação hereditária, pois “se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art.1.830 do código civil, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (Código Civil, art.1.839). Já na união estável, os colaterais são herdeiros e concorrem com o companheiro, que receberá apenas 1/3 da herança e o restante tocará aos colaterais (Código Civil, art.1.790, III).

Sobre a concorrência com os colaterais, Gonçalves (2011, p. 200), observa que até mesmo os sobrinhos passam a fazer parte do rol de herdeiros. Vejamos o entendimento em questão:

Abre-se exceção em favor dos sobrinhos (terceiro grau), que herdam representando o pai pré-morto, atenuando-se desse modo a inflexibilidade do princípio de que *proximior excludit remotiorem*. Se o de cujus, por exemplo, deixa um irmão, dois filhos e de outro irmão pré-morto e três filhos de terceiro irmão, também já falecido, divide-se a herança em três partes iguais correspondentes às três estipes. Uma pertencerá, por inteiro, ao irmão sobrevivente, que herdará por direito próprio; a segunda, aos dois sobrinhos, subdividido em partes iguais; e a terceira, aos três últimos sobrinhos, depois de subdividida em três quotas iguais. Os sobrinhos herdam por estirpe.

Diante disso, na união estável são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios-avós e sobrinhos-netos do de cujus), que concorrerão com o/a companheiro/a sobrevivente somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Sobre o direito de concorrência entre os colaterais/ascendentes e o companheiro sobrevivente, Rodrigues (2003, pp. 118-119) expõe o seguinte:

A lei não distinguiu, de forma na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja um ascendente do de cujus, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança. Não de toda herança, pois, insito, a matéria está presa, vinculada, e tem de ser compreendida diante do comando do caput do art. 1.790: a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Portanto, o companheiro sobrevivente concorre somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Nesse contexto, o companheiro sobrevivente será obrigado a dividir a herança com os colaterais, caso não exista ascendentes nem descendentes vivos. Quanto aos bens particulares do falecido, ou seja, aqueles bens que foram adquiridos antes da existência da união estável ou aqueles que foram adquiridos de forma gratuita pertenceram exclusivamente aos colaterais.

Esse tratamento diferenciado em relação ao companheiro, com a inserção dos colaterais como herdeiro, tem sido bastante criticada entre os doutrinadores, conforme exposto por Rodrigues (2003, pág. 119):

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu publico, contínua e duradouramente, constituído uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. O correto, como já fazia a lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do de cujus.

Ainda em relação aos colaterais, a partir da previsão legal, podemos observar que os mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, se existirem irmãos vivos, os tios serão excluídos por aqueles, pois na sucessão dos colaterais não há direito de representação. Contudo, ressalta-se o direito de representação concedido estritamente a filhos de irmãos (art. 1.840, Código Civil), assegurando-se a sucessão por estirpe quando filhos de irmãos concorrerem com outros parentes.

Cabe observar ainda que de acordo com a Lei 8.971/94, os colaterais ficavam afastados da sucessão (artigo 2º, III), ao passo que na Lei 10.406/02, os colaterais terão direito a dois terço da herança e o companheiro sobrevivente a um terço (art. 1.790, inciso III, do Código Civil).

No sistema estabelecido, se o autor da herança, por exemplo, deixa único bem adquirido onerosamente durante a convivência, e como herdeiro apenas um irmão e a companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 1/3 pela concorrência na herança com o colateral. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge-viúvo teria direito a totalidade do bem.

## **2.8 União estável e previdência social**

É de suma importância ressaltar o reconhecimento dos direitos do companheiro (a) sobrevivente, ao se tratar de benefícios previdenciários. Segundo Pereira (2012, p.120) o reconhecimento da companheira sobrevivente como segurada da previdência social, decorre de longa data:

Somente mais tarde, em 26 de agosto de 1960, surge a lei orgânica da previdência social, que recebeu o n. 3.087. Depois os decretos-leis n. 66 e 77, de 21 de novembro de 1966, e a lei n.5.890, de 8 julho de 1973, que alteraram dispositivos da lei da previdência e unificaram os institutos de aposentadoria e pensões, criado o Instituto Nacional de previdência Social (INPS hoje INSS). Foi está última lei que, rompendo preconceitos adotado o prazo de cinco anos para que a “companheira”, em comunhão de vida e habitação, se tornasse beneficiária da previdência social. Ela foi posteriormente regulamentada pelo decreto n.72.771 em 6 de setembro de 1973.

Nesse contexto, Pereira (2012, p. 124) afirma que: “Para o direito previdenciário , companheira é aquela que coabita , *more uxorio*, que vive como se casada fosse. Por força da constituição de 1988, mais que antes, os direitos são iguais para o homem e a mulher”. Portanto, uma vez presente os requisitos necessários para a configuração da união estável, e desde que o companheiro falecido seja segurado do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), a companheira sobrevivente fará jus ao recebimento do benefício previdenciário pensão por morte.

Nos termos do Artigo 16, §§ 5º e 6º, do Decreto 3.048/99, a companheira (o) é beneficiária (o) do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. Sendo que é considerada companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada. O mesmo diploma legal conceitua união estável como aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, na qual não há necessidade de provar a dependência econômica, pois a mesma é presumida.

Após uma breve exposição do direito sucessório na união estável, no capítulo seguinte abordaremos de forma minuciosa todos os incisos do Artigo 1790, com ênfase ao direito de meação e concorrência do companheiro, quando da existência de herdeiros do falecido (ascendentes, descendentes e colaterais).

### **3. ANÁLISE DO ARTIGO 1790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Nesta fase da pesquisa, trataremos da sucessão do companheiro sobrevivente, nos termos do Artigo 1.790 e incisos, que preveem de forma específica a divisão de bens na união estável.

#### **3.1 O Direito de meação e concorrência do companheiro, quando da existência de filhos bilaterais.**

Conforme visto no capítulo anterior, de acordo com o artigo 1.790, inciso I, da Lei 10.406/2002, o companheiro sobrevivente que concorrer com filhos comuns (bilaterais), terá direito a uma quota parte equivalente à que for conferida ao filho, relativamente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Nesse mesmo sentido, Gonçalves (2011, p. 194), afirma que o direito de concorrência do companheiro com os descendentes se limita aos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável:

O inciso I do art.1.790 estatui que, se o companheiro sobrevivente “concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Tendo em vista que o caput do dispositivo restringe a participação do companheiro aos bens adquirido onerosamente na vigência da união estável, a concorrência com os filhos comuns dar-se-á somente nesses bens. Adquiridos onerosamente durante a união estável.

Nesse diapasão, ao companheiro é resguardado o direito à meação dos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável e a concorrência com os filhos comuns, quando receberá uma quota equivalente àquela que couber ao filho. Veja-se o exemplo elucidativo de Gonçalves (2011, p. 192):

No sistema estabelecido, se o autor da herança, por exemplo, deixa um único bem adquirido onerosamente, durante a convivência, um herdeiro filho e

companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge-viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, foi conferido às pessoas que vivem em união estável o direito de concorrência, o qual confere aos companheiros o status de herdeiro, ou seja, além da meação o companheiro terá direito a herança do falecido. O doutrinador Fiúza (2003, p. 868), exemplifica como se daria o direito de concorrência na união estável, envolvendo os filhos comuns e a companheira sobrevivente:

Temos, pois, que, em relação ao patrimônio adquirido onerosamente, durante a união estável, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a quinhão equivalente ao que tocar a cada um dos filhos. João e Maria são companheiros. Tem dois filhos comuns, Pedro e Joaquim. João tem seu patrimônio individual, adquirido por seu único esforço. O valor deste patrimônio é de \$100.00. Maria também tem seu direito patrimonial, no valor de \$100.00. em conjunto, durante a união estável, os dois compraram bens, no valor de \$300.00. Morrendo João, como será distribuída a herança. Em primeiro lugar, devemos delimitar a herança. Consiste ela no patrimônio adquirido durante a união estável. A herança de João será de \$100.00. mais \$150.00. Os \$100.00. de seu patrimônio individual serão distribuídos onerosamente durante a união estável serão distribuídos entre Pedro, Joaquim e Maria, na proporção de um terço para cada um. Se, todavia, o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do quinhão que couber a cada um deles por cabeça. Supondo que, no exemplo anterior Pedro e Joaquim fossem filhos só de João, como se resolveria o problema da partilha? Em relação ao patrimônio individual de João (\$100,00), não há dúvida, seria repartido em duas metades, uma para Pedro, a outra para Joaquim. No que tange aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável (\$150,00), seriam eles divididos em três partes: X, X e X/2. Pedro receberia X, Joaquim receberia X, e Maria receberia a metade de X. Assim, Pedro e Joaquim receberiam \$60,00 cada um, Maria receberia \$30,00.

Portanto, nos termos do contexto doutrinário citado, se o companheiro sobrevivente irá concorrer com filhos comuns e deverá receber a quota igual à dos filhos, ou seja, o companheiro sobrevivente herdará valor equivalente ao dos descendentes comuns, dividindo a herança em partes iguais.

No exemplo apontado acima, se o companheiro concorrer com dois filhos comuns, cada um herdará 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união Estável. Entretanto, quantos aos bens particulares, somente serão herdados pelos filhos, cabendo a

metade a cada um. Nessa hipótese, o companheiro sobrevivente participará da meação do patrimônio, e também este, será herdeiro em relação à metade que pertencia ao companheiro.

O inciso I do artigo 1.790 do Código Civil traz uma situação mais benéfica ao companheiro, em comparação ao cônjuge, pois na hipótese dos cônjuges serem casados sob o regime de comunhão parcial de bens e terem constituído patrimônio durante a existência da sociedade civil, se um deles vier a falecer, deixando dois filhos, o cônjuge sobrevivente terá direito a meação em relação ao patrimônio amealhado, mais não será herdeiro da metade que cabia ao *de cujos*.

Mas em condição diversa, se o cônjuge falecido tiver deixado bens particulares, e existirem herdeiros na linha reta (ascendentes e descendentes), o cônjuge sobrevivente terá direito de concorrência quanto ao patrimônio individual (art. 1.829, incisos I e II do Código Civil).

Assim, o direito de concorrência do companheiro se dá quanto ao patrimônio adquirido de forma onerosa durante a existência da união estável, diferentemente, os cônjuges concorrem somente se existirem bens particulares do falecido, apenas se o casamento for nos regimes de comunhão parcial de bens, separação de bens e participação final nos aquestos (art. 1.829, do Código Civil).

### **3.2 O Direito de meação e concorrência do companheiro, quando da existência de filhos unilaterais**

Nos termos do Artigo 1.790, inciso II, do Código Civil, na concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes só do autor da herança, caberá àquele, metade do que couber a cada um dos descendentes do falecido. Então a partilha será na proporção de dois para cada um, entregando-se, duas partes iguais àquela entregue ao companheiro sobrevivente.

Da mesma maneira, Hironaka e Pereira (2004, p. 100), elucidam como se dará a divisão de bens no caso de existência de filhos unilaterais:

Em seguida, o legislador estabeleceu, no in.II do art.1.790 do código civil, que a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes exclusivos do morto dar-se á forma a que o primeiro recebe a metade da

quota parte que venha a ser deferida aos últimos. Do ponto de vista prático, então, a partilha se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e a cada um dos descendentes, duas partes idênticas àquela entregue ao companheiro sobrevivente.

Nesse aspecto, no caso de existência de filhos unilaterais, ou seja, quando os herdeiros são filhos somente do autor da herança, estes receberão uma quota, enquanto a companheiro receberá metade desta quota.

Vejamos o simples exemplo: João e Maria viveram em união estável durante dez anos, sendo que João possui dois filhos, Carlos e Adão, de outro relacionamento, e durante a convivência, os companheiros amealharam patrimônio equivalente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Assim sendo, com a morte de João, tocará à companheira sobrevivente, Maria, o equivalente à R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referente a meação, e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atinente a seu direito de concorrência, sendo que a cada um dos filhos unilaterais caberá R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

### **3.3 O direito de concorrência e a existência de filhos bilaterais e unilaterais do autor da herança**

Diante do contexto acima exposto, se um casal conviveu durante vinte anos em união estável, e o companheiro veio a falecer, deixando um filho comum e um filho exclusivo, não haverá dúvida quanto a divisão do patrimônio entre os filhos, vez que deverão ser tratados com igualdade, ou seja, cada um dos irmãos deverá receber a mesma cota. Entretanto, no que tange ao companheiro, houve tratamento diferenciada, pois na concorrência com os filhos comuns terá direito a uma quota igual à de cada filho, e em relação aos filhos exclusivos, herdará a metade do que couber a cada um destes.

Para esclarecer a situação contraditória, nossos doutrinadores oferecem várias soluções, das quais se destaca com proeminência, a apresentada por Fiúza (2003, p. 871). Segundo esse civilista, deve-se considerar todos os filhos como exclusivos do *de cuius*, independentemente da realidade fática, criando assim uma ficção jurídica e, por conseguinte,



aos filhos caberia quinhão proporcional e à convivente, metade do conferido a cada um dos filhos, conforme inciso II.

A professora Hironaka (2004, p. 59) ao se referir a essa situação, fez a seguinte afirmativa: “não há, na nova lei civil, uma disposição que regulamente esta situação híbrida quanto à condição dos filhos do falecido (exclusivos e comuns), com os quais deva concorrer o supérstite”.

### **3.4 Os ascendentes e colaterais, como herdeiros na união estável**

Prevê o inciso III, do artigo 1.790 do Código Civil que se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Na concorrência com ascendentes, o companheiro só terá direito a um terço dos bens do falecido (inciso III). Nesse caso, se restar sobrevivente só um dos pais ou outros ascendentes, terão direito apenas a um terço da herança.

Assim, se o companheiro vier a falecer, e não deixar descendentes e nem ascendentes, os colaterais até o quarto grau, poderão ser chamados para concorrerem com o companheiro sobrevivente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, e receberem os bens particulares ou adquiridos a título gratuito.

Na sucessão dos colaterais, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sendo que poderão ser chamados os colaterais até o quarto grau. Veja-se o exemplo elucidativo de Gonçalves (2011, p. 200):

Os colaterais figuram em quarto lugar na ordem da vocação hereditária. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830 do código civil, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (código civil, art. 1.839). Se houver companheiro, concorrerão com ele cabendo aquele um terço do herdeiro (art. 1.790, III). Abre-se exceção em favor dos sobrinhos (terceiro grau), que herdam representando o pai premorto, atenuando-se desse modo a inflexibilidade do princípio de que *proximior excludit remotiorem*. Se o *de cujus*, por exemplo, deixa um irmão, dois filhos e de outro irmão pré-morto e três filhos de terceiro irmão, também já falecido, divide-se a herança em três partes iguais correspondentes às três estipes. Uma pertencerá, por inteiro, ao irmão sobrevivente, que herdará por direito próprio; a segunda, aos dois sobrinhos, subdividido em partes iguais; e a terceira, aos três últimos sobrinhos, depois de subdividida em três quotas iguais. Os sobrinhos herdam por estirpe.

Imagine-se a situação em que o companheiro tenha vivido durante 15 anos com a mesma companheira, e não tenha adquirido outros bens, além daqueles que já possuía antes do início da união. A companheira sobrevivente não terá direito a esses bens, que serão divididos entre os ascendentes do falecido, na falta destes, com os colaterais. Nesse sentido, Rodrigues (2003, pp.118-119) expõe que o direito de sucessão do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável:

A lei não distinguiu, de forma na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja um ascendente do de cujus, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança. Não de toda herança, pois, insito, a matéria está presa, vinculada, e tem de ser compreendida diante do comando do caput do art. 1.790: a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Nesta situação, se não houver descendentes vivos, o companheiro sobrevivente concorrerá com os ascendentes e na falta destes, concorrerá com os colaterais até o quarto grau, sendo que nas duas situações receberá apenas um terço da herança. É importante ressaltar que o companheiro concorrerá somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Ou seja, se houver patrimônio individual, este pertencerá aos ascendentes e na falta destes, aos colaterais. Tal patrimônio, porquanto, caberá ao companheiro, somente se não existirem ascendentes ou colaterais sobreviventes.

Para Rodrigues (2003, p. 119), o companheiro não deveria concorrer com parentes colaterais, mas sim deveria ficar à frente destes, como previsto na Lei nº 8.971/94, art. 2º, Inciso III. Observemos a posição do citado doutrinador:

Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra – e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável – com os colaterais do de cujus. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu publico, contínua e duradouramente, constituído uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. O correto, como já fazia a lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do de cujus.

Todavia, a Lei 9.971/94, em seu artigo 2º, III, previa que se o companheiro falecido não tivesse descendentes e/ou ascendentes, a herança pertenceria totalmente ao companheiro, ou seja, os colaterais ficariam afastados da sucessão. Já nos termos do Artigo 1.790, III, do

Código Civil, os colaterais terão direito a dois terços da herança e o companheiro sobrevivente a um terço. Concluindo essa linha de raciocínio, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança. O doutrinador Fiúza (2003, p. 868), sobre esse tema, manifesta entendimento nesse sentido:

Não havendo nem descendentes nem ascendentes nem colaterais, o companheiro herda todo o acervo hereditário, e não só o adquirido onerosamente durante a união estável. Esta a interpretação mais correta, em minha opinião. A se admitir outra interpretação, o companheiro terá a direito a todos os bens adquiridos onerosamente, durante a união estável, incorporando-se os demais bens ao patrimônio do Município em que acharem.

Contudo, há entendimento contrário e que somente os bens adquiridos de forma onerosa serão repassados ao companheiro, ao passo que se não houver parentes sucessíveis, os bens do falecido serão entregues ao poder público, conforme expõe Hironaka e Pereira (2004, p.103):

Por fim, na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente poderá amealhar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, segundo o que determinam o caput e o inc. IV do art. 1.790. Assim, não existindo parentes sucessíveis, os bens do falecido serão entregues ao poder público, em detrimento do companheiro supérstite.

Neste mesmo sentido, afirmam Amorim e Oliveira (2008, p.178): “Já o companheiro somente herda a totalidade da herança quando não houver qualquer parente sucessível, conforme dicção do artigo 1.790 IV, do novo código civil”.

De acordo com o exposto, conclui-se que a herança caberá sem sua totalidade à companheira sobrevivente, quando não existirem descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau. Ademais, a união estável foi equiparada a família e ganhou proteção constitucional, logo não seria justo que a herança fosse declarada vacante em detrimento do companheiro sobrevivente.

### **3.5 O reconhecimento da União Homoafetiva como união estável.**

Da apreciação do artigo 1.790 do Código Civil, depreende-se que a união estável, reconhecida como entidade familiar, era restrita às relações entre homem e mulher, não se

comportando convivência homoafetiva nos termos legais. Contudo, vários Tribunais de Justiça, dentre eles, o do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecia a relação estável entre pessoas do mesmo sexo.

Todavia, no ano de 2010, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277-7<sup>10</sup>, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a convivência entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes os requisitos necessários para a configuração da união estável. Nesse sentido, a partir da referida decisão, aplicam-se às uniões homoafetivas, todos os dispositivos legais pertinentes à união estável. Vejamos o que ficou decidido na referida decisão:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar)  
42777-7.**

Origem: Distrito Federal. Entrada no STF: 22/07/2009

Relator: Ministro Ayres Britto. Distribuído 03/08/2009

Partes:

Requerente: Procurador Geral da República (CF 103, 0VI)

Requerido: Presidente da República – Congresso Nacional

Dispositivo Legal Questionado

Obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Dentre os principais argumentos destacados pelos Ministros da Suprema Corte, consta a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e a vedação à discriminação, conforme se pode observar da ementa, assim publicada:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso

<sup>10</sup> [www.stf.jus.br/portal/geral/montarMenusPdfPaginado.asp?idi=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277](http://www.stf.jus.br/portal/geral/montarMenusPdfPaginado.asp?idi=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277)  
Acesso em 27 de outubro de 2012, as 16:35

da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.<sup>11</sup>

Nessa condição, os casais homossexuais têm seus direitos tutelados e protegidos, sendo-lhes aplicado a legislação pertinente à união estável, inclusive em relação à divisão de bens e recebimento de benefícios previdenciários.

Após a verificação de como ocorre o direito de concorrência do companheiro e de como se dá a divisão de bens, quando da existência de herdeiros (descendentes, ascendentes e colaterais), no capítulo seguinte, será abordado o Artigo 1.790 do Código Civil, sob o enfoque de sua possível inconstitucionalidade, em razão do tratamento dispare conferido aos companheiros em comparação aos cônjuges.

---

<sup>11</sup> [www.stf.jus.br/portal/geral/montarMenusPdfPaginado.asp?idi=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277](http://www.stf.jus.br/portal/geral/montarMenusPdfPaginado.asp?idi=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277)  
Acesso em 27 de outubro de 2012, as 16:35

#### 4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Neste capítulo procura-se abordar os aspectos constitucionais do artigo 1.790 e seus incisos, do Código Civil de 2002, a fim de observar se esses dispositivos estão em sintonia com a Constituição Federal de 1988, especialmente quanto à previsão de conversão da união estável em casamento, e ainda no contexto da sucessão do companheiro sobrevivente.

É importante ressaltar que a norma aplicável à união estável no Código Civil de 2002, prevê tratamento dispare aos companheiros se a comparação legal levar em conta as pessoas casadas, pois assim preceitua a legislação:

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.

O dispositivo acima citado deixa entrever verdadeira desigualdade no tratamento das pessoas conviventes em união estável, que deveriam merecer outorga equivalente às pessoas casadas. Sobre isso, Tartuce (2010) lembra que o direito à união estável tem um dos dispositivos mais criticados e comentados da atual codificação privada, no aspecto da sucessão do companheiro.

Conforme a crítica, já de início, a norma está mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do direito das sucessões. Isso se deu pelo fato do tratamento relativo à união estável ter sido incluído no Código Civil 2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como um herdeiro especial.

Pois bem, como primeira premissa para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro ou companheira, o *caput* do comando legal já apontado, enuncia que somente haverá direitos em relação aos bens adquiridos onerosamente, durante a união estável. Desse

modo, comunicam-se os bens havidos pelo trabalho de um ou ambos durante a união estável, excluindo-se os bens recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão.

Deve ficar claro que a norma não trata de meação, mas de sucessão ou herança, independentemente do regime de bens adotados. Por isso, em regra, pode-se afirmar que o companheiro é meeiro e herdeiro, eis que no silêncio da norma, vale para a união estável o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do código civil).

Isso é o que afirma Tartuce<sup>12</sup>, ao levantar a tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil brasileiro, dispositivo este que despreza o caráter da entidade familiar de fato.

Essa é, portanto, questão de revelo no que se refere à suposta inconstitucionalidade do dispositivo em menção, posição esta também sustentada por outros civilistas pátrios. Hironaka é uma dessas juristas que sustenta a inconstitucionalidade da previsão legal, por menosprezar a igualdade do companheiro em relação ao cônjuge trazida pelo art.226, § 3º, da CF/1988. Do mesmo modo, Veloso (2008, p.1.995) lamenta a redação do comando, lecionando que:

As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há em nosso país família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art.1.790 do código civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminando, quando antes. O código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência.<sup>13</sup>

A tese da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil também encontra amparo em inúmeros julgados dos Tribunais pátrios, mas com uma grande variação de entendimentos, conforme se pode extrair das decisões a seguir:

Existem julgados que reconhecem a inconstitucionalidade somente do inc. III do art. 1.790, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau. Repise-se que este autor é favorável à tese de inconstitucionalidade somente desse inciso, por ser mesmo desproporcional, desprestigiando a união estável. Nesse sentido: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA

<sup>12</sup>Artigo jurídico, com o título: Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais, disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>> Acesso em 11 de outubro de 2012, as 14:35.

<sup>13</sup> VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2008, p. 1.955.

SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria". (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007, DJERS 27/11/2009, pág. 38). Concluindo do mesmo modo: TJSP, Agravo de instrumento n. 654.999.4/7, Acórdão n. 4034200, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 27/08/2009, DJESP 23/09/2009 e TJSP, Agravo de instrumento n. 609.024.4/4, Acórdão n. 3618121, São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgado em 06/05/2009, DJESP 17/06/2009. (VELOSO 2008, p.1.955)<sup>14</sup>

De acordo com Reis<sup>15</sup>, no contexto dos novos modelos de família brasileira, o Código Civil vem prejudicando significativamente o companheiro sobrevivente, além de violar o princípio da isonomia. Observemos a análise do referido estudioso:

Certamente, muito mais justa e racional teria sido a norma infraconstitucional se tivesse atribuído à união estável tratamento jurídico idêntico ao conferido àqueles que se casam sob o regime da comunhão parcial, inclusive, no que se refere à sucessão. Ademais, registre-se que a aplicação das normas discriminatórias do art. 1.790 do Código Civil, em prejuízo do companheiro (a) sobrevivente, além de violar o princípio da isonomia contido do **art. 5º da Constituição Federal de 1988**, também desrespeita o postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa república, na forma do **art. 1º, III, da Lei Maior**. É o que se infere a partir de interpretação sistemática do texto constitucional, homenageando-se princípios e garantias fundamentais, que devem se sobrepor a quaisquer outras normas no nosso Estado de Direito.

Observa-se, assim, que a doutrina tem sido mais abrangente no entendimento em favor da inconstitucionalidade. É o que se pode perceber dos dizeres de Zeno Veloso (2010, p.1812):

Sem dúvida, nesse ponto, o Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando

<sup>14</sup> VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2008, p. 1.955.

<sup>15</sup> Artigo Jurídico de autoria de Raphael da Silva Reis, com o título: A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Disponível no endereço: <<http://www.amase.com.br/v3/conteudo.ler.php?cat=1&id=36321>>. Acesso em 07 nov.2012, às 19h30.



decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo *animus* de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbem de destruir a obra legislativa que não segue os ditames de seu tempo, que não obedece as indicações da história e da civilização.<sup>16</sup>

No mesmo sentido são as lições de Dias (2010, p. 163), ao assegurar que as famílias brasileiras não podem sofrer limitações para garantias constitucionais, conforme o seguinte ensinamento:

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

De igual modo, Oliveira (2003, p. 211) também tece comentários doutrinários sobre a impropriedade do dispositivo ora examinado, assim ponderando:

Mas não se compreende que o companheiro se sujeite à concorrência dos demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto grau. Trata-se de evidente retrocesso no critério no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes.<sup>17</sup>

Zeno Veloso, comentando e atualizando a obra de Silvio Rodrigues (2003, p. 3), apresenta o mesmo inconformismo e assim manifestou-se:

Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra – e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável – com os colaterais do *de cuius*. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> VELOSO Zeno **Código Civil Comentado**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 1812.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: Do concubinato ao casamento: Antes e depois do novo Código Civil**. 6 ed. atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2003. p. 211.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Sílvio: **Direito Civil: direito das sucessões**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 7. V. p.3.

Esse inconformismo doutrinário também é observado nos ensinamentos de outros doutrinadores e nesta mesma linha de pensamento, reprovando a inovação do Código Civil de 2002, são as ideias civilistas de Cahali *apud* Guedes (2008, p. 42):

Será chamado o sobrevivente, na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, independentemente do regime patrimonial, e exclusivamente sobre a parcela da herança [...] (bens adquiridos onerosamente durante a convivência). Na falta de descendentes, o companheiro concorre com os ascendentes. Até este momento, sua posição, quanto à convocação, aproxima-se daquela outorgada ao cônjuge. Na falta de descendentes e ascendentes, porém, priva-se o companheiro de recolher a integralidade da herança, impondo o novo Código a concorrência do sobrevivente com os colaterais, até 4.º grau. Vale dizer, dividirá sua limitada herança com irmãos, tios ou até primos do falecido, os mais próximos dos colaterais, excluindo os mais remotos. Reprovável esta modificação legislativa, desprestigiando a união estável ao colocar seus partícipes em posição inferior àquela conquistada em 1996<sup>19</sup>.

A doutrina civilista, majoritariamente, entende ser inconstitucional o artigo 1.790, Inciso III do Código Civil de 2002. Já a jurisprudência, em sua maioria, tem se mostrado contrária à inconstitucionalidade, contudo, aos poucos vem corroborando o entendimento doutrinário e mesmo que de forma modesta, também dá sinais de evolução, como se percebe de alguns julgados favoráveis à união estável, como é o caso do Agravo de Instrumento nº 990103038584, da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que teve como Relator o Desembargador Sousa Lima, julgado em 10/11/2010, *in verbis*:

[...] não se justifica, assim, a desigualdade de tratamento dispensado ao companheiro em relação ao cônjuge, colocando-o em posição de inferioridade. A respeito vale lembrar o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Por tudo isso, em atenção ao princípio da especialidade, o critério aplicável à espécie é o da prevalência da norma especial sobre a geral (*lex specialis derogat legi generali*), ante a maior relevância jurídica dos elementos nela contidos, visando a adaptação da justiça às articulações da realidade social.

---

<sup>19</sup> GUEDES, Fabiana Pascoal. e a sucessão do cônjuge sobrevivente: Uma análise comparativa. 2008. Monografia (graduação em Direito). Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão. 2008. p. 42. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6561](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6561). Acesso em: 25 nov. 2010.

Assim, a decisão recorrida merece confirmação, nada justificando tratamento desigual ao companheiro, vedado pela Constituição, sendo irrelevante a data do início da união estável.(TJSP, 2010).<sup>20</sup>

Assim também o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria dos votos, firmou entendimento no sentido de considerar inconstitucional o artigo 1.790, III do Código Civil de 2002, ao proferir o Acórdão N° 10472, do Recurso referente ao Incidente de Inconstitucionalidade no Processo N° 0536589-9/01, o qual teve como Relator o Desembargador Sérgio Arenhart, julgado em 04/12/2009, nesses termos:

DECISÃO: ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em julgar procedente o incidente de declaração de inconstitucionalidade. EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO "STATUS" DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.(TJPR, 2009).<sup>21</sup>

De acordo com Tartuce (2012, p. 243), os tribunais têm sido muito cautelosos e conservadores, mas algumas ementas têm sido importantes para demonstrar que o Direito não se confunde com a lei. Veja-se o posicionamento do citado estudioso:

<sup>20</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento N° 990103038584. Sétima Câmara Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP. Relator: Sousa Lima. Julgado em: 10/11/2010. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/> >. Acesso em: 02 dez. 2012

<sup>21</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão N° 10472. Órgão Especial, Tribunal de Justiça do PR. Relator: Sérgio Arenhart. Julgado em: 04/12/2009. Disponível em: < <http://www.tjpr.jus.br/> >. Acesso em: 25 nov. 2010.

De início, é interessante notar a simples leitura do código civil não é suficiente para a compreensão das regras sucessórias referentes ao companheiro. Os tribunais têm realizado leituras muitas vezes complementares dissociadas do texto da lei, afastando-se do que pretendeu o legislador e mostrando que o direito não se confunde com a lei. Ora a lei é fonte do direito, mas não o próprio direito. Se a lei não se enquadra no sistema, cabe à doutrina e à jurisprudência ajustá-la ou extirpá-la do sistema jurídico. Em reforço, não vivemos o *império do estado de legalidade*, mas do estado de direito.

Com vários processos julgados pelos tribunais pátrios a respeito da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, pode-se ressaltar que a lei deve ser flexibilizada para equiparar a união estável ao casamento.

A visão de Tartuce (2012, pp. 243-244), no aspecto de que o direito a uma família de fato é inquestionável, tem como amparo a seguinte previsão constitucional: “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”.

Referido pensador posiciona-se, portanto, inteiramente favorável à inconstitucionalidade ora discutida, com as seguintes palavras:

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 considerada 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.<sup>22</sup>

E arremata o citado civilista pela exclusão ou revogação do preceito normativo insculpido no Código Civil Brasileiro:

Deve ficar claro que a tese de inconstitucionalidade é defendida por alguns de nossos maiores sucessionistas, caso de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em sua tese de titularidade defendida na faculdade de Direito da USP. Suas palavras merecem relevo: “ Por todas as letras e críticas, parece ser muito clara a urgente necessidade de exclusão ou reforma que merece o código civil, na regulamentação dos direitos sucessórios do companheiro, para que a pecha da inconstitucionalidade seja afastada e para que a re colocação das disposições relativas àquelas que vivem unidos estavelmente encontre seu lugar perfeito e adequado, isto é, que venham a

<sup>22</sup> TARTUCE, Flavio, Direito civil, v.6: direito das sucessões/ Flavio Tartuce, Jose Fernando Simão ; prefacio Zeno Veloso. – 5. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO. 2012, pag.243e 244.

integrar , no campo legislativo da sucessão legítima, o espaço especialmente deferido á ordem da vocação hereditária ” (TARTUCE, 2012, p. 244)

E segue o referido estudioso em sua defesa sobre a inconstitucionalidade sobredita, advertindo a preterição da condição do companheiro sobrevivente, num favorecimento, aparentemente indevido, dos colaterais:

Determinada pessoa falece após dez anos de união estável e deixa como único parente seu irmão (colateral de segundo grau). Em virtude do art.1.790, III, do código civil, o companheiro só seria herdeiro dos bens adquiridos a título oneroso na Constancia da união estável e, nessa hipótese, caberia ao companheiro 1/3 da herança e ao irmão os 2/3 restantes.

Os argumento do companheiro se baseavam na inconstitucionalidade do dispositivo “ vez que a nova lei rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade”.

Nesses sentidos, Renato Felipe de Souza, advogado em santa catarina, em seu artigo anotações sobre a inconstitucionalidade do art.1.790, III, do código civil brasileiro (disponível em: [www.professorsimao.com.br](http://www.professorsimao.com.br). Acesso em: 9 jun 2008), observa que:

“Verifica-se, pois, que o CC/2002, quando tratou da sucessão dos companheiros, rebaixou o status do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge, ao diferenciar o regime de sucessão na herança. Trata-se, pois, de regra inconstitucional, uma vez vulnerou os princípios da igualdade e da dignidade (...) assim, uma vez dada á execução a uma norma constitucional de caráter programático, através de lei infraconstitucional, não pode o legislador ordinário retroceder através de edição de lei ordinária superveniente que venha a reduzir o alcance da norma constitucional, sob pena de ser declarada inconstitucional” (2012, p.244, 245).

Conforme já exprimido em linhas volvidas, alguns julgados de tribunais brasileiros têm seguido essa orientação. As decisões pioneiras nessa matéria podem ser atribuídas ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim entenderam:

Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Parentes colaterais. Exclusão dos irmãos da sucessão. Inaplicabilidade do art. 1790, inc. Iii, do cc/02. Incidente de inconstitucionalidade. Art. 480 do CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria". (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível,

Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007, DJERS 27/11/2009, pág. 38).

“inventario. Sucessão do companheiro. Inconstitucional do art. 1.790 III, do CC/02. Falecimento a companheira, sem deixar descendentes ou ascendentes, herda com exclusividade seu companheiro. Interpretação sistemática da qual ordem constitucional. Art. 1.829, III, CC/02 ” c/c 226 CF. Falecido o companheiro-herdeiro no curso do inventario, sucede-o seu filho, herdeiro, ao qual devem ser adjudicados todos os bens inventariados, em detrimento dos colaterais da autora da herança. Recurso provido”(TJSP, Agravo de instrumento 654.999,4/7, acórdão 4034200, São Paulo, 4.<sup>a</sup> Câmara de direito privado, rel. Des. Teixeira Leite, j. 27.08.2009, DJESP23.09.2009).(TARTUCE, P.246)<sup>23</sup>

Segundo Cahali (2012, p. 215), para o legislador civil, passou despercebida a partilha dos bens dos companheiros sobreviventes. Quanto a isso, vê-se o pensar desse estudioso que abordou a comparação de pessoas unidas estavelmente com aqueles que vivem em condição de casados:

De outra parte, não se preocupou o Código em ter o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como o fez em favor do cônjuge no art.1845. Certamente a questão passou despercebida pelo legislador, pois no art. 1.850 também não se fez referência à exclusão deste sucessor da herança como promovido para os demais herdeiros facultativos. De qualquer forma, inexistindo a sua inclusão como herdeiro necessário, tal condição não lhe pode ser estendida, diante da sua ausência no art.1.845.<sup>24</sup>

Pode-se ressaltar que para Cahali (2012, p. 212), a doutrina e a jurisprudência devem pautar-se pela inconstitucionalidade do art. 1.790 e seus incisos III e IV do Código Civil de 2002:

Temos para nós que o artigo é totalmente impróprio, inadequado na forma e conteúdo, mas daí inferir-se a sua inconstitucionalidade há certa distancia. A lei ordinária não deveria, mas pode dar tratamento diferenciado à união estável em comparação ao casamento no que se refere às questões patrimoniais. Alis, se o como o regime de bens, ou de acordo com a circunstâncias de ser ou não ascendentes dos herdeiros com que concorrer, porque não poderá distinguir o companheiro do casado no direito á herança (não excluir, mas tratar de forma diversa)?<sup>25</sup>

<sup>23</sup> TARTUCE, Flavio, Direito civil, v.6:direito das sucessões/ Flavio Tartuce, Jose Fernando Simão ; prefacio Zeno Veloso. – 5. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012, pag.246.

<sup>24</sup> CAHALI, Francisco José. Direito das sucessões / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka. – 4. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. pag. 215.

<sup>25</sup> Idem. p. 212.

Para confirmar sua assertiva, Cahali (2012, p. 213) aponta importantíssimo precedente do Superior Tribunal de Justiça, através de qual, por maioria dos votos, firmou-se entendimento no sentido de considerar inconstitucional o artigo 1.790, Inciso III do Código Civil de 2002, nesses termos:

Trata-se do agravo de instrumento no REsp 1.135.354-PB (2009/0160051-5) relatado pelo ministro pelo Luis Felipe Salomão, em que, por unanimidade, provocou-se o “incidente de inconstitucionalidade. Art. 1.790, incisos III e IV do código civil de 2002. União estável Sucessão do companheiro. Concorrência com parente sucessíveis. Preenchidos os requisitos do art. 1.790, código civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada” (j.27.05.2011).

Ainda, o Órgão Especial do Tribunal de São Paulo em recentíssima decisão (14.09.2011). sendo o relator o des. Corrêa Vianna, rejeitou, por maioria de votos (17 a 7), a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1.790 em exame (processo 0434423-72.2010.826.0000 (990.10.434423-09)).<sup>26</sup>

Desse modo, a partir dos estudos aqui encerrados, é fora de dúvida que o artigo 1.790, Inciso III do Código Civil Brasileiro, merece críticas, inclusive vem sendo declarado inconstitucional de maneira recorrente e, portanto, deve ser revogado do ordenamento jurídico pátrio, para que também os companheiros possam usufruir os mesmos direitos conferidos constitucionalmente às pessoas casadas.

---

<sup>26</sup> CAHALI, Francisco José. Direito das sucessões / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka. – 4. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 213.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito sucessório das pessoas que vivem sob união estável, nos últimos tempos, tem experimentado grandes evoluções e essas transformações vêm refletindo diretamente na vida das famílias de cada geração envolvidas nessas entidades familiares. No Brasil, não é admitido casamento fora dos padrões da heterossexualidade, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, o que existe de longa data, desde quando a Igreja Católica exercia forte influência na convivência das pessoas.

Com esse regime severo que perdurou no Século passado, um problema social sem solução levou a Igreja a reduzir seu poder de influência social e relações até então consideradas espúrias foram tornando-se normais nos meios sociais, sendo intituladas inicialmente de concubinatos. Neste sentido, o legislador viu-se obrigado a reconhecer direitos dos concubinatos na parte final do referido Século.

Portanto, foi naquela época que a sociedade brasileira passou a exigir mudanças com a renovação das leis e da Constituição de 1988, outorgando-se proteção especial à família para formação da sociedade. Num primeiro instante, as primeiras proteções do Estado foi para a família de fato, onde o Estado reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, com a previsão de que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

Diante desse contexto, a Constituição Federal de 1988 passou a valorar as uniões estáveis, conferindo a estas, efeito de família legítima. Para regulamentar essa previsão da Carta Magna, primeiro foi publicada a Lei nº 8.971/1994 que assegurou ao companheiro o direito a alimentos e a sucessão, fixando prazo extensivo de cinco anos para seu reconhecimento, além de excluir as chamadas relações concubinárias. Depois, publicou-se a lei 9.278/96 que teve maior abrangência. Com esta última norma, a união estável teve mais reconhecimento, sem previsão de prazo de convivência para configuração da entidade familiar.

Posteriormente, com a Lei 10.406/2002, a união estável passou por um ciclo negativo em sua existência jurídica, ou seja, o companheiro passou a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Com a inserção do art.1.790 III do Código civil, o companheiro sobrevivente passou a uma condição de inferioridade em relação ao cônjuge, justamente concorrendo com os parentes colaterais até o quarto grau na sucessão.



Dessa forma, as pessoas que conviviam em união estável permaneceram sem proteção jurídica equivalente às pessoas casadas, o que passou a afrontar a Constituição Federal, diante de tratamento diferenciado, pois o preceito constitucional, no artigo 226, § 3º, procurou igualar os companheiros às pessoas casadas.

Concluiu-se, portanto, pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, III do Código civil de 2002, apontando-se que a doutrina pátria entende de maneira dominante por essa condição jurídica, enquanto a jurisprudência ainda é titubeante. Embora isso, vários julgados, inclusive do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo, já acenam pela inconstitucionalidade.

Por fim, ficou evidente com essa pesquisa, que muitos juristas posicionam-se favoráveis à igualdade de direitos entre companheiros que convivem em união estável e pessoas casadas. Essa gama de igualdade deve prevalecer na ordem de vocação hereditária e também em quaisquer outros direitos, pois foi esta a opção constitucional do ordenamento socialdemocrata.

## REFERÊNCIAS

### Livros:

**ANDRADE**, Maria Margarida de, **Introdução à metodologia do trabalho científico**: 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

**AZEVEDO**, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. 2003.

**CAHALI**, Francisco José. **Direito das sucessões** / Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka. – 4. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

**DIAS**, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

**DINIZ**, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões** – Volume VI. 20ª Ed São Paulo:Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões** – Volume VI. 18ª Ed São Paulo:Saraiva, 2004.

**FIUZA**, Cesar. **Novo Direito Civil, Curso Completo de acordo com o Código Civil de 2.002**, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

**GAGLIANO**, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Volume. VI São Paulo Saraiva. 2011.

**GONÇALVES**, Carlos Roberto. **direito civil brasileiro**. Volume 7: direito das sucessões/ Carlos Roberto Gonçalves. – 5. ed. – São Paulo. 2011.

**HIRONAKA** Giselda Maria Fernandes Novaes, Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões**, Belo Horizonte, ed. Del Rey,2004

**HIRONAKA e PEREIRA**, **Direito sucessões**, 2004, pag.100.

**LAKATOS**, Eva Maria, e **MARCONI**, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: 7ª Ed. Atlas S.A., 2010.

**LIMA**, Bianor Ferreira, **Direito Sucessões**. – ed., ver., atual.ampl. Goiânia: AB, 2005.

**NUNES**, Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

**OLIVEIRA**, Euclides de. **União Estável: Do concubinato ao casamento: Antes e depois do novo Código Civil**. 6 ed. atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2003. p. 211

\_\_\_\_\_. **Inventários e partilhas: direito das sucessões : teoria e pratica** / Euclides Benedito de Oliveira, Sebastião Luiz Amorim,-- 21 .ed. rev. e atual, -- São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008. pag.178.

**PEREIRA**, Rodrigo da Cunha, **Concubinato e união estável** / Rodrigo da Cunha Pereira – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

**RODRIGUES**, Silvio, **Direito** – Volume VII. 26<sup>a</sup>ed. São Paulo: Ed, Saraiva, 2003

**RICARDO**, Fiuza, **novo código civil comentado**. 2003. pags. 1604 e 1605.

**SILVA** Zeno Veloso **Código Civil Comentado**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 1812.

**TARTUCE**, Flavio, **Direito civil, v.6:direito das sucessões**/ Flavio Tartuce, Jose Fernando Simão ; prefacio Zeno Veloso. – 5. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO. 2012, pag.243.

**VELOSO**, Zeno. **Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2008, p. 1955.

**VENOSA**, Silvio de Salvo. **Direito civil – Direito das sucessões**. 2000. p.446

#### **Leis:**

**BRASIL**, **Constituição da Republica Federativo do Brasil de 1988**. Texto disponível no endereço <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 25 nov.2012.

\_\_\_\_\_, **Código Civil**. Texto disponível no endereço <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 20 nov.2012.

#### **Artigos eletrônicos:**

**ALVES**, Luiz, Victor Monteiro. **A união estável e o direito sucessório face ao novo Código Civil brasileiro**. Publicado em 04 de junho de 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5239>. Acesso em 16 de maio de 2012.

**AZEVEDO**, Álvaro Villaça, em palestra proferida na 16<sup>a</sup> Reunião do Fórum Permanente sobre o **Direito de Família**. **Apud. Helder Martins Dal Col. União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002**. Publicado em 02 de agosto de 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100>. Acesso em 16 de maio de 2012.

\_\_\_\_\_, Álvaro Villaça de. **União estável no novo código civil**. Artigo publicado em novembro de 2003. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4580/a-uniao-estavel-no-novo-codigo-civil>. Acessado em 30 de maio de 2012.

\_\_\_\_\_, Apud. Tiago de Almeida Quadros. **O princípio da monogamia e o concubinato adúltero**. Publicado em dezembro de 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614&p=1>. Acesso em 16 de maio de 2012.

**BALEEIRO**, Diógenes, **Direito Civil Sucessões**. Disponível em [www.resumesconcursos.hpg.com.br](http://www.resumesconcursos.hpg.com.br). p. 2.

**CONVIVENTES E COMPANHEIROS - a palavra concubinato tornou-se uma palavra estigmatizada, pejorativa.** Concubinos são aqueles que vivem juntos sem serem casados, para ser bem amplo e genérico. Uma lei recente, de 1994 substituiu a expressão por companheiros e uma outra lei (1996) criou a expressão conviventes, do italiano conviventi, para substituí-la. Mas os três termos possuem, em síntese, o mesmo significado. Publicado em 30 de agosto de 2008. Disponível em <http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=22>. Acesso em 16 de maio de 2012.

**DIREITO**, Carlos Alberto de Menezes. Publicado em outubro de 1991. Disponível em [bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9376/4/Da\\_União\\_Estável.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9376/4/Da_União_Estável.pdf). Acessado em 16 de maio de 2012.

**FIÚZA Ricardo, vida em comum sob o mesmo teto. MORE UXÓRIO. O novo Código Civil e a união estável.** Publicado em dezembro de 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>. Acesso em 16 de maio de 2012.

**GOMES, Cristiane Trani. Consequências patrimoniais do concubinato adúlterino.** Artigo jurídico disponível no endereço eletrônico: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/cristianetranigomes.pdf>>. Acesso em 21 jan.2013, às 10h20min.

**GUEDES, Fabiana Pascoal. A inconstitucionalidade na concorrência entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais na sucessão.** Monografia (graduação em Direito). Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão. 2008. p. 42. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6561](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6561). Acesso em: 25 nov. 2010.

**JUNIOR, Enéas, Castilho Chiarini, Da Sucessão no novo código civil.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4511/da-sucessao-no-novo-codigo-civil>. Acesso em 14 de agosto de 2012.as 03:45 am.

**PARANÁ.** Tribunal de Justiça. **Acórdão Nº 10472.** Órgão Especial, Tribunal de Justiça do PR. Relator: Sérgio Arenhart. Julgado em: 04/12/2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

**REIS, Rhafeal Silva, A sucessão na união estável: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil em** <http://jus.com.br/revista/texto/20100/a-sucessao-na-uniao-estavel-a-inconstitucionalidade-do-art-1-790-do-codigo-civil> Acesso em 11 de outubro de 2012, as 20:35.

\_\_\_\_\_, Raphael Silva. **A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.** Disponível no endereço: <<http://www.amase.com.br/v3/conteudo.ler.php?cat=1&id=36321>>. Acesso em 07 nov.2012, às 19h30.

**SÃO PAULO.** Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 990103038584.** Sétima Câmara Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP. Relator: Sousa Lima. Julgado em: 10/11/2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

**SILVA, Maria Nunes da. Efeitos sucessórios na união estável.** Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8974](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8974). Acesso em 21 de setembro de 2012, às 16:02.

\_\_\_\_\_. **Efeitos sucessórios na união estável.** Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8974](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8974). Acesso em 23 de agosto de 2012. as 15:35.

**TARTUCE, Flavio. Da sucessão do companheiro:** o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais, em <http://jus.com.br/revista/texto/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>. Acesso em 11 de outubro de 2012, as 14:35.