



SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

SUCCESSION IN THE STABLE UNION: THE QUESTION OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 1790 OF THE CIVIL CODE

Gabriela Moretti Cruz¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar o instituto da União Estável, demonstrando a situação do companheiro no Direito Sucessório. Para tanto, leva-se em consideração as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, por exemplo, o reconhecimento da união estável como entidade familiar protegida pelo Estado, bem como sua regulamentação através das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e do Código Civil de 2002, principalmente quanto seu artigo 1.790 que regula os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente. Apresenta o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva. Este estudo traz também, a comparação dos direitos sucessórios conferidos ao cônjuge e ao companheiro e a desarmonia com o Princípio da Igualdade e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Procura-se ainda destacar a questão da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, em razão do tratamento desigual conferido aos cônjuges e aos companheiros, bem como o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878694, em pauta no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: União Estável. Companheiro; Cônjuge; Direito Sucessório; Artigo 1.790 do Código Civil; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article aims to study the institute of the Stable Union, demonstrating the situation of the companion in the Succession Law. To do so, we take into account the innovations brought by the Federal Constitution of 1988, for example, the recognition of

¹ Graduada pelo Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP. Advogada.

the stable union as a family entity protected by the State, as well as its regulation through Laws n. 8,971 / 94 and n. 9,278 / 96 and of the Civil Code of 2002, mainly regarding its article 1,790 that regulates the inheritance rights of the surviving companion. It presents the understanding of the Federal Supreme Court regarding the recognition of stable homoafetive union. This study also provides a comparison of the succession rights conferred on the spouse and the partner and the disharmony with the Equality Principle and the Principle of Prohibition of Social Retreat. It is also sought to highlight the unconstitutionality of Article 1,790 of the Civil Code, due to the unequal treatment accorded to spouses and partners, as well as the judgment of Extraordinary Appeal No. 878694, on the agenda of the Federal Supreme Court.

Key words: Stable union. Life partner. Spouse. Succession Law. Article 1,790 of the Civil Code. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Anteriormente, a lei afirmava ser o casamento a única forma válida de se constituir uma família, discriminando assim os vínculos extramatrimoniais. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, conforme o artigo 226, parágrafo 3º, da vigente Constituição.

O artigo 1.723 do Código Civil (lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) traz o conceito de união estável, dispondo que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Não exigindo tempo mínimo para a configuração da união estável e tampouco que os companheiros residam na mesma casa.

Assim, embora os requisitos para a constituição de uma união estável sejam: estabilidade, diversidade de sexo, publicidade ou notoriedade, continuidade e objetivo de constituir família, a verdade é que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo (união estável homoafetiva).

Estuda-se as disposições presentes nas Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1.994, que tratou da sucessão entre companheiros e a nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que veio em complemento a primeira, prevendo o direito real de habitação, bem como o estudo do polêmico artigo 1.790 do Código Civil que trata do direito sucessório do companheiro sobrevivente, apontando a afronta ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social e ao Princípio da Igualdade.

Este trabalho visa ainda, a realização de uma análise crítica quanto à sucessão dos companheiros, por meio dos posicionamentos trazidos pelas diferentes doutrinas e jurisprudências, algumas defendendo a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, em detrimento da proteção dada pela Constituição Federal à união estável.

Por fim, o trabalho traz o julgamento do RE 878694, expondo o voto do relator, Ministro Luis Roberto Barroso, que entende ser inconstitucional o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro em sucessão, o qual já foi acompanhado por outros seis Ministros.

1. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal de 1988 inovou sendo considerada um marco no Direito de Família ao reconhecer em seu artigo 226, parágrafo 3º, a União Estável como uma entidade familiar.

Entende-se por união estável, a convivência contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, sem impedimentos matrimoniais, com o propósito de constituírem família, sendo assim vistos pela sociedade. Em poucas palavras, União estável é aquela estabelecida entre um homem e uma mulher, porém, sem que haja a celebração do casamento.

Quanto ao aspecto temporal, não se exige tempo mínimo de convivência para a configuração de uma união estável. Antigamente, a Lei nº 8.971/94 estabelecia em seu artigo 1º, um prazo mínimo de cinco anos de união entre os companheiros para acarretar direito a alimentos e sucessórios, tendo sido este artigo revogado, já que com o advento da Lei nº 9.278/96, não mais se estabeleceu um lapso temporal.

Dispõe o artigo 1.725 do Código Civil que: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Logo, no caso de os companheiros não estipularem o regime de bens no contrato de convivência, será aplicado, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

O regime da comunhão parcial de bens é aquele onde tudo o que for adquirido de forma onerosa durante a união estável, será igualmente repartido entre os conviventes.

2. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

A Constituição federal proclama que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.² Deste modo, o Estado assegura a proteção de todos os indivíduos, vedando a discriminação e o preconceito.

Por força destes preceitos e com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a união homoafetiva que antes não era reconhecida como entidade familiar, mas tão somente como sociedade de fato, passou a ser aceita tal como a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Este reconhecimento da união homoafetiva como sendo entidade familiar ocorreu em 2011, quando o STF julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto.

Com isso, as mesmas regras destinadas à união estável, passam a ser aplicadas também à união homoafetiva, podendo esta ser convertida em casamento, como leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 137):

As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações levou o Supremo Tribunal federal a reconhecê-las como união estável, com iguais direitos e deveres. A partir desta decisão passou a Justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento. De imediato o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento. Até que o Conselho Nacional de Justiça proibiu que seja negado acesso ao casamento e reconhecida a união homoafetiva como união estável.

Embora a lei tenha se omitido quanto às uniões entre pessoas do mesmo sexo, por força da decisão unânime da Suprema Corte brasileira, estas passaram a possuir todos os direitos inerentes à união estável, já que receberam o *status* de entidade familiar, constituindo assim, uma nova modalidade de família, merecedora do poder do Estado.

² Art 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Logo, atualmente os novos modelos de família podem ser classificados em: matrimonizada (derivada de casamento), informal (derivada da união estável), monoparental (pai ou mãe e filhos), pluriparental ou mosaico (formada por casais que já possuíram alguma outra relação anterior, unindo os filhos individuais de cada um deles aos filhos comuns do casal), paralela/concubinato ou poliamor (mais de uma união ao mesmo tempo), e homoafetiva (união entre pessoas do mesmo sexo).

3. AS LEIS N.º 8.971/94, N.º 9.278/96 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após a Constituição Federal de 1988 que reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável como entidade familiar, a primeira norma a tratar do direito dos companheiros foi a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, a qual considerava em seu artigo primeiro que somente as pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas que convivessem por mais que 5 (cinco) anos juntos ou que tivessem filhos em comum, poderiam constituir uma união estável. Além disso, esta lei assegurou aos companheiros o direito a alimentos e à sucessão.

Desta forma, assegurou-se ao companheiro sobrevivente, desde que este não formasse nova união estável, o usufruto de um quarto ou de metade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, a depender da existência de descendentes ou ascendentes, e direito à totalidade da herança quando inexistirem descendentes e ascendentes, enquanto que os colaterais eram excluídos da sucessão.

Também a lei n.º 8.971/94, reconheceu o direito a alimentos para os companheiros, o qual seria conferido para aqueles que comprovassem a existência da união estável e que um dos companheiros estivesse necessitando, na conformidade com a Lei n.º 5478/68 (Lei de Alimentos).

Com a entrada em vigor da Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, houve revogação parcial da lei anterior nas partes em que era incompatível com as disposições desta, ou seja, a Lei n.º 8.971/94 continuava em vigor em tudo que era compatível com a Lei de 1996, já que não houve revogação expressa daquela e a nova lei não disciplinou integralmente a matéria.

A Lei n.º 9.278/96 conceituou a união estável em seu artigo 1º, estabelecendo que: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Logo, com

este artigo o legislador acabou com o lapso temporal de cinco anos que a lei n.º 8.971/94 estabelecia para a configuração da união estável, de maneira que não há mais prazo definido para a existência dessa união, também não havendo a necessidade de prole (filhos) para a sua efetiva caracterização. Podendo ainda, estarem separados de fato para constituir a união, já que independe do estado civil.

O legislador infraconstitucional garantiu ao companheiro supérstite³, o direito real de habitação, possuindo este o direito de permanecer no imóvel destinado à moradia da família, por todo tempo em que estiver vivo, desde que não constitua nova união.

Com o advento do Código Civil de 2002, estabeleceram-se novos tratamentos à união estável. Assim, conforme o caput do artigo 1.723 deste diploma reconheceu-se a união estável como sendo uma entidade familiar entre um homem e uma mulher de maneira pública, duradoura e contínua, com o objetivo de formar família. Corroborando com o disposto no artigo 1º da Lei nº 9.278/96, o Código Civil também não exigiu lapso temporal de cinco anos para que se configure a união estável, mas somente que esta seja pública, duradoura e contínua, com o intuito de constituir uma família.

Além disso, dispõe o parágrafo 1º do alegado dispositivo que: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. Ou seja, foi admitido expressamente que poderá constituir união estável também as pessoas que possuem o estado civil de casadas, mas estejam separadas de fato ou de direito. Não impedindo a caracterização da união estável as causas suspensivas previstas no artigo 1.523 do CC.

O Código Civil reitera os deveres a serem respeitados pelos companheiros, dispondo em seu artigo 1.724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

No que diz respeito aos efeitos patrimoniais, como dito anteriormente neste trabalho, o artigo 1.725 do CC, dispõe que será aplicado à união estável o regime da comunhão parcial de bens quando inexistir contrato escrito entre os companheiros estabelecendo regime diverso, instituindo que todo o patrimônio adquirido durante a

³ Companheiro supérstite é aquele que sobrevive, ou seja o viúvo(a) da pessoa que faleceu.

constância da união, a título oneroso, pertencerá a ambos os companheiros de acordo com as regras estabelecidas ao regime de comunhão parcial de bens.

Prevê ainda, o artigo 1.726 do Código Civil que: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Sendo, ainda, recomendado pela vigente Constituição Federal em seu artigo 226, § 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”.

A conversão, porém, somente é possível quando não existir nenhum tipo de impedimento para o casamento. Desta forma, se um dos companheiros é separado de fato, o casamento não poderá ocorrer, sendo necessário neste caso, que haja trânsito em julgado da sentença de divórcio. Também não é permitida que a conversão aconteça após a morte de um dos companheiros, já que é indispensável a manifestação de vontade de ambos para que esta se realize.

Ademias, com a edição do Código Civil de 2002, o convivente passa a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido, não mais na qualidade de usufrutuário, mas sim de proprietário, somente em relação aos bens adquiridos de forma onerosa durante a constância da união estável, como dispõe o polêmico artigo 1.790, que será tratado posteriormente.

4. ANÁLISE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente estão regulados pelo artigo 1.790 e incisos do Código Civil:

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.

Ocorrendo o término da união estável em vida, o companheiro receberá metade dos bens adquiridos a título oneroso durante a constância da união. Já no caso de morte, aplica-se o disposto no artigo 1.790 do CC. Nesse sentido, o companheiro poderá participar da sucessão do *de cuius*, apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, concorrendo com os demais herdeiros (descendentes, ascendentes e colaterais). Desta forma, não há que se falar em sucessão quanto aos bens particulares do falecido, ou seja, aqueles que ele adquiriu antes da união estável ou aqueles que mesmo sendo adquiridos durante a união, são decorrentes de doação ou sucessão (a título gratuito).

Atribui-se ao companheiro sobrevivente, simultaneamente a qualidade de meeiro e herdeiro dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, porém em relação aos bens particulares do *de cuius*, o companheiro, em tese, somente poderá herdá-los por meio de testamento deixado pelo falecido. Com isso, se o falecido deixou somente um bem, sendo este adquirido de forma onerosa durante a união, o companheiro supérstite receberá 50% relativos à meação e uma quota relativa à herança.

Conforme o inciso I, do artigo 1.790 do CC, quando concorrer com filhos comuns⁴, o companheiro sobrevivente receberá uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Cabe lembrar que, essa quota será igual à dos filhos comuns no tocante aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, já que o convivente supérstite não herda os bens particulares do morto, exceto no caso de previsão em testamento. Assim, os bens particulares do *de cuius* são herdados somente pelos filhos.

Exemplificando, se o falecido tinha dois bens, um particular (adquirido antes da união estável ou depois, de forma gratuita) e outro comum (adquirido onerosamente durante a união estável), tendo deixado dois filhos comuns e uma companheira, a partilha se fará da seguinte forma: cada filho receberá 50% do bem particular, não havendo meação e tampouco concorrência e no que diz respeito ao bem comum, a companheira receberá 50% a título de meação, sendo os outros 50% divididos em três partes iguais (uma para o companheiro, uma para um filho e outra para o segundo filho).

Quanto à concorrência com os descendentes só do autor da herança (filhos exclusivos⁵), o inciso II do artigo 1.790 do CC, expõe que: “Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um

⁴ Filhos comuns devem ser compreendidos como aqueles que são filhos tanto do falecido quanto do companheiro herdeiro.

⁵ Filhos exclusivos são filhos apenas do falecido, mas não da companheira sobrevivente.

daqueles”. Nesta hipótese, o companheiro supérstite receberá metade do que couber a cada um daqueles filhos exclusivos do *de cuius*.

Exemplificando, se o falecido tinha dois bens, um particular (adquirido antes da união estável ou depois, de forma gratuita) e outro comum (adquirido onerosamente durante a união estável), tendo deixado dois filhos exclusivos e uma companheira, a partilha se fará da seguinte forma: cada filho receberá 50% do bem particular, não havendo meação e tampouco concorrência e no que diz respeito ao bem comum, a companheira receberá 50% a título de meação, sendo os outros 50% divididos em cinco partes iguais (duas para cada filho e uma para a companheira).

Quanto à sucessão com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até 4º grau), conforme o inciso III, do art. 1.790 do CC, o companheiro sobrevivente terá direito a apenas um terço da herança. Sendo assim, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro ainda terá que disputar a herança com o primo, tio, enfim parentes até o quarto grau do *de cuius*. Este dispositivo demonstra um retrocesso legislativo, já que na vigência da lei 8.971/94 o convivente supérstite tinha direito a totalidade da herança caso não houvesse parentes sucessíveis.

Exemplificando, se o falecido tinha dois bens, um particular (adquirido antes da união estável ou depois, de forma gratuita) e outro comum (adquirido onerosamente durante a união estável), tendo deixado apenas sua mãe e sua companheira, a partilha se fará da seguinte forma: a mãe receberá 100% do bem particular, não havendo meação e tampouco concorrência e no que diz respeito ao bem comum, a companheira receberá 50% a título de meação, sendo os outros 50% divididos em três partes iguais (duas para a mãe do *de cuius* e uma para a companheira).

Se o falecido não deixou ascendentes, mas deixou parentes colaterais até o 4º grau (irmão, tio, sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou primo), a companheira supérstite também terá direito a somente 1/3 (um terço) da herança, enquanto os demais parentes sucessíveis ficarão com os 2/3 (dois terços) restantes.

Exemplificando, se o falecido tinha dois bens, um particular (adquirido antes da união estável ou depois, de forma gratuita) e outro comum (adquirido onerosamente durante a união estável), tendo deixado apenas seu tio-avô e sua companheira, a partilha se fará da seguinte forma: o tio-avô receberá 100% do bem particular, não havendo meação e tampouco concorrência e no que diz respeito ao bem comum, a companheira receberá 50%

a título de meação, sendo os outros 50% divididos em três partes iguais (duas para o tio-avô do *de cuius* e uma para a companheira).

O companheiro sobrevivente apenas receberá a totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis.

5. DISTINÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CASAMENTO

No casamento os cônjuges possuem a opção de escolherem o regime de bens por meio de pacto antenupcial, enquanto que na união estável os companheiros possuem a liberdade de firmarem contrato de convivência, definindo o regime de bens que desejam. Na falta de estipulação ou escolha tanto pelos cônjuges como pelos companheiros, incidirá o regime da comunhão parcial de bens conforme disposto na lei.

Primeiramente, o cônjuge é qualificado como herdeiro necessário e, portanto, terá direito à legítima, ou seja, à metade da herança deixada pelo *de cuius* (art. 1.845 do CC). Além disso, o cônjuge compõe o rol de herdeiros constantes na ordem de vocação hereditária (art. 1.829 do CC). Já o companheiro, não possui o status de herdeiro necessário, sendo somente herdeiro legítimo facultativo e tampouco está inserido na ordem de vocação hereditária, na qual se encontram somente os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e por fim, os parentes colaterais de quarto grau, nada dispondo sobre o companheiro, que deveria estar inserido no terceiro lugar da ordem de sucessão assim como a figura do cônjuge.

Em segundo lugar, o legislador não fixou um número mínimo de quota para o companheiro, o qual ao concorrer com os descendentes do falecido, receberá quota equivalente à dos filhos comuns e quanto aos filhos exclusivos do *de cuius*, terá direito à metade do que couber a cada um deles (art. 1.790 do CC). Por outro lado, o cônjuge quando concorre com os filhos comuns, não poderá receber quota inferior a quarta parte da herança (art. 1.832 do CC). Desta forma, não há reserva mínima de $\frac{1}{4}$ para o companheiro.

Outra diferença notória é o fato de que o cônjuge poderá herdar a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes do *de cuius*, conforme dispõe o artigo 1.838 do CC: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”. Ao passo que, na união estável, o companheiro somente receberá $\frac{1}{3}$ da herança e os colaterais herdarão os $\frac{2}{3}$ restantes, ou seja diferentemente do

tratamento dispensado ao cônjuge, estabeleceu-se para o companheiro sobrevivente a concorrência com os colaterais do falecido (art. 1.790, inciso III, CC).

O companheiro somente participará da sucessão com relação aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, excluindo-se os bens adquiridos antes da união e também aqueles que embora depois, foram recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão (art. 1.790, caput, do CC), enquanto que o cônjuge participará da sucessão do *de cuius* com relação à integralidade dos bens (tanto os particulares como os comuns), dependendo do regime de casamento adotado.

Assim, percebe-se que o convivente participará da sucessão em relação aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, recebendo quando concorrer com os filhos comuns, quota equivalente à que estes receberem (dividindo-se de forma igual) e quando concorrer com os filhos somente do falecido, receberá metade do que couber a cada um deles, entretanto, concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais), receberá somente 1/3 da herança e por fim, não havendo parentes sucessíveis, receberá a totalidade da herança.

Quanto ao cônjuge, dependendo do regime de bens que escolher, concorrerá com os descendentes e receberá o mesmo quinhão que estes, não podendo sua parte ser inferior a quarta parte da herança caso seja ascendente desses herdeiros, isto é, no caso dos descendentes serem filhos comuns (tanto do *de cuius* como do sobrevivente). Na falta de descendentes, o cônjuge irá concorrer com os ascendentes, recebendo 1/3 (um terço) da herança se concorrer com o pai e a mãe do falecido e 1/2 (metade) se concorrer com apenas um deles (somente o pai ou somente a mãe do falecido) ou qualquer outro ascendente de maior grau (avós do falecido). Não existindo descendentes nem ascendentes no momento da sucessão, o cônjuge receberá a totalidade da herança, nesta hipótese, se também não existir cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau é que irão suceder. Cabendo lembrar que no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge não herdará os bens comuns, sendo somente meeiro se concorrer com os descendentes.

Em regra, o companheiro sobrevivente além de meeiro dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável, também é herdeiro destes bens comuns concorrendo com os descendentes, ascendentes e colaterais do *de cuius*. Por outro lado, no caso do cônjuge sobrevivente, adotando-se o regime da comunhão parcial de bens, este não será herdeiro dos bens comuns, mas somente meeiro no caso de concorrer com os descendentes. Com isso, se por ex. o *de cuius* deixou apenas um bem e este tiver sido

adquirido durante a constância da união estável a título oneroso, o companheiro supérstite receberá cinquenta por cento deste bem à título de meação e também uma quota relativa à herança. Por outro lado, se isso ocorresse no casamento, o cônjuge supérstite somente receberia cinquenta por cento deste bem à título de meação, não participando da concorrência, já que no exemplo, trata-se de um bem comum (do qual o cônjuge não é herdeiro) e o de cujus não deixou nenhum bem particular.

Contudo, Maria Berenice Dias (2015, p. 256) apresenta mais uma distinção entre a união estável e o casamento: “[...] A disparidade prossegue quanto ao direito real de habitação, outorgado somente ao cônjuge (CC 1.831). Ainda bem que a jurisprudência concede tal direito invocando a L 9.278/96”.

6. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da proibição do retrocesso social está correlacionado com o princípio da segurança jurídica reconhecido pela Constituição Federal. Este princípio acaba por envolver também o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio visa impedir que os direitos concedidos à sociedade venham futuramente a ser reduzidos ou aniquilados pelo Estado.

Quanto ao princípio da igualdade, objetiva-se proibir que o legislador crie normas que promovam a desigualdade. O princípio da isonomia é uma garantia fundamental da pessoa humana e deve ser interpretado no sentido de que a Constituição Federal tratou de forma igual os institutos do casamento e da união estável, já que consagrou ambos como forma de se constituir família, portanto não pode uma lei infraconstitucional como o Código Civil vigente, tratá-los de forma desigual em termos de sucessão.

7. A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, assegurando que deve a lei facilitar sua conversão em casamento. Desta forma, sabendo-se que a Constituição não fez qualquer diferenciação entre as espécies de famílias, a questão da inconstitucionalidade ocorre justamente neste aspecto, já que, se a

própria CF equiparou a união estável ao casamento, elevando aquela ao *status* de entidade familiar, a lei infraconstitucional não poderia ter dado tratamento diverso a elas. Acredita-se que as normas presentes no Código Civil quanto ao instituto da união estável, representam um retrocesso no que diz respeito aos direitos sucessórios dos companheiros, tornando este assunto propício a severas críticas por parte da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão proferida em um Agravo de Instrumento pelo Desembargador Moreira Viegas, da 5ª Câmara de Direito Privado da Comarca de São Vicente, também afastou a incidência do art. 1.790 do Código Civil:

INVENTÁRIO. POSTULAÇÃO SUCESSÓRIA DOS SOBRINHOS DO DE CUJUS EM DETRIMENTO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DESCABIMENTO - Necessidade de interpretação extensiva do art. 1.839 do CC para garantir à companheira o mesmo direito do cônjuge supérstite - Incidência do art. 226, § 3º, da CF e art.1725 do CC. Mantida decisão que afasta a aplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Recurso não provido. (AI nº 0033320- 27.2012.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Privado da Comarca de São Vicente. Relator Desembargador Moreira Viegas, publicação: 27/04/2012).

Por fim, embora não tenha sido revogado o artigo 1.790 do CC, isto está prestes a ocorrer, já que o Supremo Tribunal Federal iniciou no dia 31 de agosto deste ano, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878694, contando com o voto do relator Ministro Luis Roberto Barroso, que entende ser inconstitucional o citado artigo afirmando que “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil de 2002”. Acompanharam o voto os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia, pela procedência do recurso.

A análise encontra-se suspensa por pedido de vista do Ministro José Antonio Dias Toffoli, mas já conta com maioria da Corte. Fato importante, é que ao fim do voto, o Relator apresenta modulação, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, de se aplicar o novo entendimento apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

CONCLUSÃO

Como se verifica, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, porém, deixou que as leis infraconstitucionais estabelecessem as regras para este instituto. Assim, surgiu a Lei nº 8.971/94 e logo depois, a Lei nº 9.278/96 que tratam sobre o assunto. Após este período, o Código Civil de 2002 passou a regradar em seus artigos 1.723 a 1.727 o alegado conteúdo, dispondo que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723 do CC).

Não se exige, portanto, tempo mínimo para que se configure a união estável, tampouco que os companheiros residam sob o mesmo teto e, muito embora o citado dispositivo legal se refira à união entre homem e mulher, é possível aplicar os direitos correspondentes à união estável, também à união homoafetiva (entre pessoas do mesmo sexo), pois o STF em 2011 manifestou seu reconhecimento como entidade familiar.

O Código Civil expõe em seu artigo 1.790 e incisos, o direito sucessório decorrente da união estável, dispondo que o companheiro sobrevivente participará da sucessão hereditária do autor da herança com relação aos bens adquiridos de forma onerosa durante a constância da união, excluindo assim, os bens particulares do *de cuius* e os adquiridos de forma gratuita.

No que diz respeito aos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável, o companheiro sobrevivente, quando concorrer com os filhos comuns (tanto dele como do falecido), terá direito a uma quota equivalente à que a lei atribuir ao filho, e, quando concorrer com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um deles. Caso não haja descendentes do autor da herança, o companheiro irá concorrer com os demais parentes sucessíveis, tendo direito a receber um terço da herança. Somente quando não houver descendentes, ascendentes ou colaterais do falecido, é que o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, ou seja, o companheiro, na ausência de descendentes e ascendentes do *de cuius*, terá que concorrer ainda, com os parentes colaterais até o quarto grau. Ainda bem que atualmente, os tribunais estão reconhecendo o direito à totalidade da herança ao companheiro, na ausência de descendentes e ascendentes do falecido, afastando assim, os colaterais.

Quanto a isto, houve um retrocesso social no que diz respeito ao direito sucessório do companheiro, já que com a introdução do Código Civil de 2002, foram suprimidos direitos já estabelecidos pelas Leis nº. 8.971/94 e nº. 9.278/96, por exemplo, o direito real de habitação, que havia sido conferido pela Lei nº. 9.278/96 e que foi omitido no Código Civil, e também, o direito que o convivente possuía de adquirir a totalidade da herança quando inexistisse descendentes e ascendentes do falecido.

Além disso, há afronta ao princípio da igualdade no que se refere ao tratamento distinto conferido ao companheiro e ao cônjuge, já que este último é considerado herdeiro necessário pelo artigo 1.845 do CC, enquanto que o companheiro não é, e ainda concorre com parentes colaterais. Ao cônjuge é assegurado o direito real de habitação, o qual poderá continuar morando no imóvel destinado à residência da família (assegura moradia vitalícia ao cônjuge sobrevivente), porém este benefício não é conferido ao companheiro. Também há diferenciação quanto à forma de participação na sucessão do falecido, já que o direito do cônjuge sobrevivente independe de os bens serem adquiridos de forma onerosa ou não, na constância do casamento ou não, enquanto que o companheiro, somente participará da sucessão quanto aos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável, dentre outras distinções.

Com base neste aspecto, é que parte da doutrina e da jurisprudência vem se manifestando quanto ao incidente de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC. Assim, os julgados vêm mostrando que o judiciário está preocupado em aplicar a isonomia às duas formas de entidade familiar (casamento e união estável), proferindo decisões que se aplicam aos casos concretos, a fim de suprir a desigualdade presente no texto da lei, já que a própria Constituição Federal não tratou de maneira diferente nenhuma forma de constituição de família.

Por fim, importante mencionar que o julgamento do RE 878694 encontra-se suspenso por pedido de vista do Ministro José Antonio Dias Toffoli, mas já conta com maioria da Corte, uma vez que o voto do relator, Ministro Luis Roberto Barroso, que entende inconstitucional o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro em sucessão, já foi acompanhado por outros seis Ministros.

REFERÊNCIAS

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

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 5: direito de família**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28ª edição. Revista e atualizada por Francisco Jose Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3ª edição. São Paulo: GEN/ Método, 2010.

_____, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 4ª edição. São Paulo: Método, 2014.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Vol. XVII. São Paulo: Atlas, 2003.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4ª. edição. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnoldo. **Direito de família**. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Arnoldo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.