



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

DRIELLE DE OLIVEIRA RODRIGUES PORTO

**A CONTROVÉRSIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**Brasília
2013**

DRIELLE DE OLIVEIRA RODRIGUES PORTO

**A CONTROVÉRSIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de Bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Danilo Porfírio

**Brasília
2013**

RESUMO

O presente trabalho trata sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, abordando a matéria nas Leis 8.971/94 e 9.271/96, e principalmente o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 com objetivo de analisar a sua constitucionalidade, mostrando algumas questões críticas e uma provável solução. Na tentativa de conceder um tratamento igualitário e justo a melhor forma é aplicar as regras do artigo 1.829 do novo Código Civil, dessa maneira, os princípios constitucionais e a entidade familiar, protegida pelo artigo 226, parágrafo terceiro da Carta Magna, seriam respeitados. Desde o advento do referido Código Civil, é necessário examinar se as alterações ocorridas conferiram ou subtraíram os direitos conquistados com muito esforço pela sociedade. O artigo em estudo inovou o direito à sucessão dos companheiros, despertando discussões doutrinárias e jurisprudenciais de grandes proporções. Duas correntes divergiram sobre o tema. Uma defendendo a inconstitucionalidade e a outra a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Palavras-chaves: Companheiro. Cônjuge. Direito sucessório. Artigo 1.790. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. A UNIÃO ESTÁVEL E SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO.....	7
1.1 União estável	7
1.2 Características.....	9
1.3 Natureza jurídica	11
1.4 Repercussões sucessórias do companheiro	14
1.4.1 Lei nº 8.971/94.....	14
1.4.2 Lei nº 9.278/96.....	16
1.4.3 O artigo 1.790 do Código Civil de 2002	19
2. O CASAMENTO E SUA DISPOSIÇÃO SUCESSÓRIA	24
2.1 Casamento	24
2.2 Características.....	25
2.4 Repercussões sucessórias do cônjuge	29
3. A CONTRADIÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.....	34
3.1 Aspectos gerais do artigo 1.790 do atual Código	34
3.2 Doutrina favorável a constitucionalidade do artigo 1.790	35
3.3 Doutrina contrária a constitucionalidade do artigo 1.790.....	38
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o tratamento dado aos companheiros referentes aos direitos sucessórios à luz das leis infraconstitucionais, 8.971/94, 9.271/96 e finalmente o Código Civil de 2002 dando ênfase na discussão sobre a constitucionalidade artigo 1.790.

Dados estatísticos revelam o crescimento dos números das pessoas que se uniram por meio da união estável.¹ Por esse motivo, surge a necessidade do legislador intervir nessa relação para corrigir os erros e suprir as lacunas do dispositivo que regula a sucessão dos companheiros.

Em 1988, a nova Constituição Federal entra em vigor inovando ao reconhecer a união estável como entidade familiar, conforme previsão no artigo 226, parágrafo terceiro do texto constitucional.

Após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, o legislador, na tentativa de normatizar os direitos e deveres do companheiro ainda de maneira deficiente nas seguintes Leis nº 8.971/94 e 9.271/96, e por último, na Lei nº 10.406/02, o Código Civil.

Esse estudo tem como objetivo analisar a controvertida constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, refletir sobre a diferenciação entre os direitos sucessórios dos companheiros e cônjuges a partir de dois posicionamentos dominantes nas doutrinas e jurisprudências.

Desse modo, o presente trabalho aborda o polêmico artigo 1.790 do atual Código, dispositivo legal bastante criticado pela doutrina, para isso foi estruturado nos seguintes capítulos:

O primeiro capítulo trata da união estável e seu reconhecimento normativo, apresentando uma breve definição desse instituto, além de demonstrar a proteção estatal dada pela Constituição Federal. Expõe, também, as características da união estável e seus efeitos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro.

¹ MADER, Helena. União estável cresce, na última década, de 31,7% para 35,9%. *Correio Braziliense*, Brasília, 14 maio 2012. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/05/14/interna_cidadesdf,302180/uniao-estavel-cresce-na-ultima-decada-de-31-7-para-35-9.shtml> Acesso em: 21 maio 2012.

O segundo capítulo discorre sobre o casamento e suas repercussões sucessórias, bem como sua definição, característica e natureza jurídica dessa entidade.

O terceiro capítulo discute a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, assim, serão apresentadas as duas correntes divergentes: a primeira defende a tese de inconstitucionalidade e a segunda sustenta a constitucionalidade do artigo 1.790.

1. A UNIÃO ESTÁVEL E SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO

O presente capítulo tem como objeto a análise da sucessão do companheiro no Código Civil de 2002 e nas leis infraconstitucionais, Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Contudo é necessário compreender o que é união estável, esse instituto familiar reconhecido pela Constituição Federal de 1988, demonstrando seus requisitos e sua natureza jurídica.

1.1 União estável

A Constituição Federal de 1988 conferiu à união estável a dignidade de entidade familiar própria,² em seu artigo 226, parágrafo terceiro estabelece que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.³

Verifica que a Carta Magna apenas estabelece proteção do Estado à união estável como instituto familiar. Já o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 define o que seria essa união.⁴

Assim, o artigo 1.723 define união estável da seguinte forma:

“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.

§ 1º 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.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.”⁵

² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso civil: direito de família*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. p. 141.

⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 jul. 2012

Conforme o artigo 1.723, a união estável é uma entidade familiar entre homem e mulher que vive uma relação pública, contínua e duradoura com *animus* de constituir família.⁶

No mesmo sentido Paulo Lôbo entende que a união estável “é a entidade familiar constituída por homem e mulher que vive em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*)”.⁷

Cristiano Pereira Moraes Garcia conceitua união estável como “relação entre o homem e a mulher, não casados, desimpedidos para o casamento, em uma convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.⁸

Para Roberto Senise Lisboa, “união estável é uma relação íntima e informal, prolongada no tempo e assemelhada ao vínculo decorrente do casamento civil, entre sujeitos de sexos diversos (convivente ou companheiros), que não possuem qualquer impedimento matrimonial entre si”.⁹

Para o autor Rodrigo da Cunha Pereira, a Constituição Federal de 1988 fez diferenciação entre o concubinato puro e impuro:

“[...] união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil. E concubinato é a relação entre homem e mulher na qual existem impedimentos para o casamento.”¹⁰

Na perspectiva de Álvaro Villaça Azevedo, Carta Magna adotou o concubinato não adúltero e não incestuoso.¹¹

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.727, abordou o concubinato como “relação não eventuais entre o homem e a mulher,

⁶ CALVALCANTI, Lourival Silva. *União estável*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144

⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168

⁸ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito de herança no novo código civil*. Campinas: CS, 2005. p. 150.

⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5. p. 234.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 4.

¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: jurisprudência, evolução legislativa e o novo código civil. *Revista CEJ*, Brasília, v.8, n. 25, p. 47-58, jun./jul., 2004.

impedidos de casar”.¹² Nota-se que Código tratou de diferenciar a união estável e o concubinato, artigos 1.723 e 1.727, respectivamente.

Para Cristiano Pereira Moraes Garcia a lei normalmente não conceitua os institutos civis, nem deve, via de regra, fazê-lo. Mas a partir do momento em que o dispositivo legal define união estável não cabe ao intérprete se afastar deste conceito.¹³

Portanto, união estável é uma entidade familiar constituída entre homem e mulher, como se casados fossem, contudo sem as formalidades do casamento.¹⁴

1.2 Características

Para a caracterização da união estável é necessário a presença dos seguintes requisitos: relação afetiva entre homem e mulher; o objetivo de constituir família; convivência pública, contínua e duradora; unicidade de vínculo; ausência de formalidades e de impedimentos matrimoniais.¹⁵

Segundo os preceitos de Paulo Lôbo são requisitos para caracterização da união estável: “a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, *affectio societatis*, coabitação, fidelidade, notoriedade, a comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça a relação parecer um casamento.”¹⁶

Os requisitos extraídos de acordo com o Código Civil de 2002 são diversidade de sexo, publicidade, continuidade, durabilidade, objetivo de constituir família e ausência de impedimentos matrimônias.¹⁷

¹² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 jul. 2012.

¹³ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito de herança no novo código civil*. Campinas: CS, 2005. p. 150.

¹⁴ BERTOLINI, Wagner. *A união estável e seus efeitos patrimoniais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 19.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.122.

¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 jul. 2012.

O primeiro requisito estabelecido pelo Código é a convivência entre homem e mulher, ou seja, a diversidade de sexo. A Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo terceiro também menciona tal exigência, do mesmo modo, a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.¹⁸

O artigo 1º da Lei nº 9.278/96 prescreve 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”.¹⁹

Todavia, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI/4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF/132 reconheceu a união homossexual como entidade familiar, assim, direitos decorrentes dessa união são amparados pelo direito de família.²⁰

O segundo requisito é a convivência pública, que se caracteriza pela forma como os companheiros se apresentam em espaços públicos, como se fossem casados. Para Maria Berenice Dias, a publicidade significa a notoriedade da relação no ambiente social freqüentado pelos companheiros.²¹

Outro requisito é a durabilidade da união, o Código Civil não fixa período de tempo para configurar a união estável, porém, a Lei nº 8.971/94 determinava a convivência de no mínimo cinco anos ou a existência de prole:

“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.”²²

¹⁸ BACOVIS, Júlio Cesar. *União estável, conversão em casamento e alimentos entre os conviventes*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 90.

¹⁹ BRASIL. *Lei 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 14 jul. 2012.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal*. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.161.

²² BRASIL. *Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.

Pelo fato do Código Civil ser posterior, não é necessário a comprovação do período de cinco anos para reconhecimento da união estável.²³

Em seguida, o objetivo de constituir família é caracterizado pela intenção dos companheiros de formar uma entidade familiar. Segundo Paulo Lôbo, esse requisito é necessário em todas as entidades familiares e não somente à união estável, pois o objetivo de constituir família é exigível para diferenciarse de outros relacionamentos afetivos, como amizade ou namoro.²⁴

Em relação à ausência de impedimentos matrimoniais, o artigo 1.723, parágrafo primeiro estabelece: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521; não se aplicando a incidência do IV no caso de pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.²⁵

Sobre os impedimentos que configuram a união estável Maria Berenice Dias estabelece:

“A união estável, porém, não dispõe de qualquer condicionante. Nasce do vínculo afetivo e se tem por constituída a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, passando a ser reconhecida e aceita socialmente. Não há qualquer interferência estatal para sua formação, sendo inócuo tentar impor restrições ou impedimentos.”²⁶

Todavia, o legislador fixou uma exceção, não aplica o artigo 1.521, inciso VI. A separação de fato ou judicial não impede o reconhecimento da união estável.²⁷

1.3 Natureza jurídica

Segundo ensinamentos do Paulo Lôbo, a natureza jurídica da união estável está relacionada ao ato-fato jurídico. A união estável é constituída a partir de vários fatores: a convivência, *affectio maritalis*, publicidade,

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 110.

²⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 100.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 819.

continuidade, durabilidade, que se constitui no mundo da vida com ausência de declaração expressa de vontade dos companheiros.²⁸

Para Sílvio Venosa “a união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico”.²⁹ A união estável é um fato jurídico que produz efeitos jurídicos sem a obrigação de celebrar um contrato entre os companheiros. Esse fato estabelece com o passar do tempo, destaca-se que seus efeitos são semelhantes ao do matrimônio.³⁰

Antes da Constituição Federal de 1988, as jurisprudências tratavam a união estável como uma sociedade de fato na área do direito das obrigações, conforme depreende com a leitura das seguintes súmulas³¹:

“Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”³²

“Súmula 382. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”³³

Todavia, com a promulgação da Carta Magna, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, ficou evidente que a união estável é família. Assim, a concepção sobre a união estável foi modificada, deixa de ser uma sociedade de fato, reconhecida no direito das obrigações, e evolui para uma entidade familiar, albergada no direito de família.³⁴

Por pertinente, cabe transcrever a lição de Maria Berenice Dias:

“O que no passado era chamado de concubinato e se situava fora do Direito de Família, com a chancela constitucional, foi

²⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 172.

²⁹ VENOSO, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 7. p. 53.

³⁰ TEPEDINO Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 339.

³¹ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 53.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 380*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 10 set. 2012.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 382*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 10 set. 2012.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 219-234.

albergado nesse ramo do Direito e com o nome de união estável. Como a Constituição Federal alargou o conceito de família, a palavra concubinato foi substituída pela expressão união estável.”³⁵

Ainda o artigo 9º da Lei nº 9.278/96, estabelece a competência do juízo da Vara de Família em matéria relativa à união estável. E por fim, o Código Civil de 2002 incorporou esse instituto no Livro IV “Do Direito de Família”.³⁶

A união estável passar a existir com o simples fato da convivência. É um relacionamento que nasce do afeto, pois os companheiros estão unidos em razão do vínculo afetivo.³⁷

No âmbito da constituição da união estável, o princípio da afetividade se mostra presente. É certo que presentes os requisitos de vida em comum, mútua assistência, convívio dos companheiros ligados por laços afetivos é de se considerar os mesmos direitos e obrigações à todos os vínculos de afeto que apresentem idênticas características.³⁸

O texto constitucional determinou que a família é a base da sociedade, atribui proteção do Estado e reconheceu outras entidades familiares, o casamento não é mais a única forma de constituir família legítima.

Sobre essa questão com inteligência Zeno Veloso salienta que:

“Nesse tempo em que vivemos, a concepção de família está se contraindo, para compreender, praticamente, o homem, e a mulher e os filhos, vivendo no lar conjugal ou no lar doméstico. A família, hoje, é muito diferente da família patriarcal. É menor, menos hierarquizada. Fala-se em família nuclear, na qual predominam os laços da afetividade e os princípios da liberdade e igualdade. O legislador não pode dar as costas para esse fato social.”³⁹

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 102.

³⁶ BACOVIS, Júlio Cesar. *União estável, conversão em casamento e alimentos entre os conviventes*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 86.

³⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 4.

³⁸ MEDEIROS, Isabelle. *Considerações sobre o princípio jurídico da afetividade no direito de família à luz da constituição federal/88*, 2009. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/artigos/consideracoes-sobre-o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia-a-luz-da-constituicao-federal-88/16313/>>. Acesso em: 15 set. 2012.

³⁹ ZENO, Veloso. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 235-249.

Assim, passa a considerar também como entidade familiar a relação do companheirismo, formada pela união de afeto e os efeitos dessa relação merecem tutela do Estado.⁴⁰

1.4 Repercussões sucessórias do companheiro

Depois do reconhecimento da união estável como entidade familiar estabelecida pela Constituição Federal de 1988, surgiu a Lei nº 8.971/94 regulamentando os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, por sua vez, a Lei nº 9.278/96 tratou de regulamentar o parágrafo terceiro do artigo 226 da Carta Magna. Por fim, o Código atual dispõe a sucessão dos companheiros no artigo 1.790 que modificou o regime sucessório de acordo com as legislações específicas.⁴¹

A seguir enfatizará o direito sucessório do companheiro normatizado na Lei nº 8.971/94, na Lei nº 9.278/96 e no artigo 1.790 do atual Código.

1.4.1 Lei nº 8.971/94

Após a Constituição Federal, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulamentou os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. Com o advento da referida lei, o companheiro sobrevivente participava da sucessão do outro, independentemente do período da aquisição dos bens integrantes do acervo e da forma de aquisição, gratuito ou oneroso.⁴²

Sobre a referida lei, Orlando Gomes diz:

“Regulamentando a regra constitucional, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, concedeu ao companheiro sobrevivente o direito a herança dos bens deixados pelo consorte falecido. A existência da união estável colocou o companheiro, sob a

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 27.

⁴¹ ARAÚJO, Daíze Golnária Garcia de. A sucessão dos companheiros no novo código civil. *Revista Jurídica da Faminas*, Muriaé, v.1, n. 1, p. 33-38, jan./jun., 2005.

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.

égide da referida lei, na ordem de sucessão dos herdeiros antes dos colaterais, afastando-os da sucessão.”⁴³

Dessa maneira, caracterizada a união estável, o companheiro passava a ser regido pela Lei nº 8.971/94. Com isso, na ausência de descendentes ou ascendentes, o companheiro é chamado para participar da sucessão do *de cujus*, portanto a referida lei insere o companheiro na ordem hereditária afastando os colaterais da sucessão.⁴⁴

Assim é o texto da lei:

“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.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”⁴⁵

Depreende-se do inciso I do artigo 2º da referida lei, que foi concedido ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união, o direito ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos ou comuns.⁴⁶

⁴³ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. e atual. Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67.

⁴⁴ WALD, Arnoldo. *O novo direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 92.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

⁴⁶ CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

Já no inciso II, o companheiro sobrevivente terá direito ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, caso não tenha filhos, mas sobrevivam ascendentes.⁴⁷

E por fim, não havendo descendentes e ascendentes, o companheiro terá o direito à totalidade da herança. É possível perceber que o companheiro assumiu o terceiro lugar na preferência sucessória, posição similar à do cônjuge.⁴⁸

Ressalta que o artigo 1º do referido diploma exige que os companheiros sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que convivam há mais de cinco anos, ou dele tenha prole.⁴⁹

Sobre a Lei nº 8.971/94, Ana Luiza Maia Nevares afirma que:

“Em seu art. 2º, inciso I, foi atribuído ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união, o direito ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns. Se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*, o usufruto legal incidirá sobre a metade dos bens do acervo hereditário, enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união, consoante o inciso II, do art. 2º.”⁵⁰

Sobre o assunto Zeno Veloso entende que o “companheiro sobrevivente concorria com os filhos e com os ascendentes do *de cujus*, mas em usufruto, e, na falta de descendentes e ascendentes, recebia toda a herança, excluindo os colaterais”.⁵¹

1.4.2 Lei nº 9.278/96

A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regula o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal. Ela nasce no mundo do Direito com inovações referentes aos conceitos mais técnicos já consolidados na doutrina e

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7. p. 137.

⁴⁸ WALD, Arnaldo. *O novo direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 93.

⁴⁹ NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 174.

⁵⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 133.

⁵¹ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160.

na jurisprudência. Companheira ou concubina passa a ser tratada como convivente, então na Lei supracitada há figura do convivente.⁵²

Paulo Lôbo narra que não existe uma explicação lógica para essa substituição. Afirmar que talvez fosse um simples capricho do legislador.⁵³

O artigo 1º da Lei nº 9.278/96, ao definir a entidade familiar, determinou seus requisitos como sendo: a) convivência duradoura, pública e contínua; b) convivência entre um homem e uma mulher; c) convivência com objetivo de constituição de família.⁵⁴

Sobre o surgimento da referida lei Carlos Roberto Gonçalves leciona que não mais se exigem os requisitos da Lei nº 8.971/94 para caracterizar a união estável.⁵⁵

Não existe mais o impedimento quanto à constituição de uma união estável com um companheiro casado, mas separado de fato, como a Lei nº 8.971/94 proibia, ao se referir em seu artigo 1º, expressamente, a "um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo".⁵⁶ A Lei nº 9.278/96, não fez a restrição anterior, marcando assim um avanço nesse sentido.

Omitiram-se o tempo da convivência e a existência de filhos referente ao artigo 1º da Lei nº 8.971/94, como fatores determinantes da entidade familiar. Mas, essa omissão não significa que o legislador tenha desprezado o fator tempo como requisito do estado convivencial. Daí porque usou o adjetivo duradouro.⁵⁷

Ao tratar dos bens a Lei nº 9.278/96 em seu artigo 5º define:

“Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e à título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum,

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.123.

⁵³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, v. 7. p. 188.

⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 818.

passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”⁵⁸

Percebe-se que a existência de contrato escrito entre os companheiros, como estabelece a lei, pode estipular de forma diferente a divisão dos bens. Assim, podem optar pelo regime de comunhão universal, participação final dos aquestos e separação de bens.⁵⁹

Dessa maneira, na ausência de contrato estabelece o regime de comunhão parcial de bens, logo, os bens adquiridos antes da união dos conviventes não estão sujeitos à divisão, assim como os adquiridos com o produto desses mesmos bens.

Ana Luiza Maia Nevares ensina que a Lei nº 9.278/96 determinou:

“[...] uma regra de divisão patrimonial que tem pontos de contato tanto com o regime da comunhão parcial de bens, como com aquele da separação, na medida em que presume que os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável são considerados fruto do trabalho e da colaboração comuns, passando a pertencer a ambos os conviventes em partes iguais e em condomínio.”⁶⁰

No tocante à dissolução da união estável a Lei nº 9.278/96 estabelece:

“Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”⁶¹

Assim, assegurou ao convivente separado e necessitando direito a alimentos, como cumprimento do dever de assistência material assumido no

⁵⁸ BRASIL. *Lei 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁵⁹ SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 114-136.

⁶⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 134.

⁶¹ BRASIL. *Lei 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

momento ou ao início do contrato de convivência. Note-se que neste caso o legislador prevê a dissolução por rescisão contratual.⁶²

No caso de dissolução por morte de um dos conviventes ao sobrevivente será assegurado direito real de habitação enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.⁶³

Os conviventes poderão de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio, conforme prevê o art. 8º da Lei nº 9.278/96.⁶⁴

A competência fixada pela Lei nº 9.278/96 para conhecer das causas relativas à união estável é do juízo das varas de família. O artigo 9º veio dirimir a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno do tema: “Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.”⁶⁵

Quanto aos dispositivos da Lei nº 8.971/94 só haverá revogação esses quando sua matéria tiver sido abordada de maneira diferente pela Lei nº 9.278/96.⁶⁶

1.4.3 O artigo 1.790 do Código Civil de 2002

No direito de sucessão decorrente da união estável, a herança talvez tenha sido o que mais sofreu alteração em relação às leis anteriores.⁶⁷

O atual Código Civil trata do direito sucessório dos companheiros no artigo 1.790. Cabe destacar que o referido dispositivo encontra-se no Capítulo I

⁶² BERTOLINI, Wagner. *A união estável e seus efeitos patrimoniais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 91.

⁶³ CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 178.

⁶⁴ SOARES, Orlando. *União estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 59.

⁶⁵ BRASIL. *Lei 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 28 out. 2012.

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. e atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 67.

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 118.

“Disposições Gerais” do Título I “Da Sucessão Geral”.⁶⁸ Sobre a localização do dispositivo a autora Ana Luiza Maia Nevares conclui que:

“Percebe-se, portanto, a má sistematização do legislador quanto à sucessão na união estável, que deveria estar devidamente regulada no Título II, pertinente a Sucessão Legítima, informada pelos vínculos familiares, no capítulo da ordem da vocação hereditária.”⁶⁹

O artigo 1.790 do novo Código Civil estabelece as seguintes hipóteses para o companheiro participar da sucessão do outro:

“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.”⁷⁰

De acordo com o caput do artigo, Carlos Roberto Gonçalves afirma que o dispositivo restringiu a participação da sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união.⁷¹

Assim, respeitada a meação dos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, a que tem direito por força do regime de comunhão parcial, artigo 1.725 do Código Civil, o sobrevivente ainda herdará uma quota desses mesmos bens, na proporção estabelecidas nos incisos do artigo 1.790.⁷²

⁶⁸ MOREIRA, José Milton Alves. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Novo Código Civil. *Revista direito em ação*, Brasília, v.6, n.2, p. 7-16, dez. 2005.

⁶⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 170.

⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 out. 2012.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 190.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 123.

Quanto aos bens particulares serão divididos entre os demais herdeiros do falecido. Claudia de Almeida Nogueira esclarece que “os demais bens adquiridos antes da união estável ou a título gratuito a qualquer tempo, são divididos somente entre os parentes do falecido. A(O) companheira(o) não é meeira(o) e nem herdeira(o) do mesmo bem.”⁷³

No caso do inciso I do artigo 1.790, concorrendo com os filhos comuns, sua quota será equivalente à que for atribuída ao filho, assim, terá direito a quinhões iguais ao do filho.

Cumprе salientar que o inciso I trata de filhos comuns e não de descendentes comuns. Quanto a termo empregado, Carlos Roberto Gonçalves destaca que houve um equívoco do legislador, pois o correto seria descendente.⁷⁴

Já o inciso II, estabelece a hipótese de descendentes exclusivos do autor da herança. Concorrendo com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade da quota que receber o descendente. O companheiro terá direito à metade do quinhão de cada descendente do *de cujus*.⁷⁵

Na hipótese do inciso III, o companheiro concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais), terá um terço da herança.

Como expressa Cristiano Pereira Moraes Garcia que esse quinhão será fixo, em um terço, não importando com quem irá concorrer. Destaca ainda que “outros parentes” do inciso III são os ascendentes; os irmãos; os sobrinhos; os tios e; os primos, sobrinhos-netos e os tios-avós, nessa respectiva ordem.⁷⁶

Não existindo descendentes, o companheiro concorrerá com os ascendentes na proporção de um terço da herança. Destaca que somente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.⁷⁷

⁷³ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 181.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v. 7. p. 194.

⁷⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 340.

⁷⁶ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito de herança no novo código civil*. Campinas: CS, 2005. p. 167.

⁷⁷ SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 114-136.

Em seguida, não havendo descendentes ou ascendentes para participar da sucessão, o companheiro concorrerá com os colaterais até o quarto grau.

Nesse caso, o inciso III estabelece que o companheiro tenha direito a um terço da herança.

Por fim, o inciso IV do artigo 1.790, determina se não houver parentes sucessíveis terá direito a totalidade da herança adquirida onerosamente na vigência da união.

Se o *de cujos* tinha outros bens particulares adquiridos antes da união estável, passarão para o Município, Distrito Federal ou União, se localizados nas respectivas circunscrições, como determina o artigo 1.844, como observa Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

“Os quatro incisos, por óbvio, vinculam-se ao caput do dispositivo que estabelece que o direito sucessório do companheiro restringe-se aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável. Ora, tal situação conduz a que, eventualmente, a herança seja integralmente destinada ao Município, ao Distrito Federal ou a União, nos termos do Código, considerando a inexistência de bens adquiridos a título oneroso durante a união e a presença de bens adquiridos antes da união ou a título gratuito durante a união.”⁷⁸

Entretanto, Orlando Gomes possui outro entendimento sobre o inciso IV do artigo 1.790, pois para ele o companheiro tem direito à totalidade dos bens, caso não haja parentes sucessíveis. Esse entendimento se baseia no artigo 1.844 do atual Código Civil, tendo em vista a existência do companheiro.⁷⁹

Assim, é possível perceber um problema na interpretação do caput com o inciso IV do artigo 1.790. Enquanto o caput do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar somente os bens adquiridos durante o relacionamento, o seu inciso IV prevê que, não existindo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que envolve todos os bens deixados. No entanto, fazendo uma interpretação construtiva é razoável que “não havendo outros herdeiros, o

⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 4

⁷⁹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. e atual. Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 66.

companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos durante o relacionamento, mas a totalidade da herança”.⁸⁰

Por fim, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que depois do Novo Código Civil, a sucessão na união estável sofreu duas mudanças em relação às leis anteriores. A primeira foi à delimitação dos bens sucessíveis àqueles adquiridos a título oneroso na constância da união. A segunda é que a herança será dividida, em diversos níveis, de acordo com o artigo 1.790.⁸¹

Diante do exposto, percebe-se que o artigo 1.790 limitou a sucessão do companheiro quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável e o companheiro passou a integrar a quarta classe de herdeiros.⁸²

⁸⁰ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos críticos da sucessão dos companheiros no novo código civil frente às leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 11, n. 53, p. 15-43, abr./maio, 2009.

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.123.

⁸² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. O novo código civil: sucessões: a nova ordem de vocação hereditária. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2003.

2. O CASAMENTO E SUA DISPOSIÇÃO SUCESSÓRIA

O presente capítulo discorrerá sobre o conceito do casamento, características pertinentes e sua natureza jurídica e, em seguida analisar as conseqüências no âmbito sucessório conforme as formas regimes patrimoniais.

2.1 Casamento

O casamento é um instituto do direito privado previsto no Código Civil de 2002, nos artigos 1.511 a 1.590.⁸³

Segundo o atual Código, em seu artigo 1.511 “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”⁸⁴

Definir o instituto do casamento não é algo simples, pois possui a natureza incerta e temporária de todos os eventos sociais. *A priori*, não há um conceito de casamento.⁸⁵

Maria Helena Diniz define casamento com as seguintes palavras: “é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo ou espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”.⁸⁶

Para Silvio Rodrigues casamento é “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.⁸⁷

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5. p. 33.

⁸⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 7. p. 282.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 63.

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19.

Já para Lafayette Rodrigues é um ato solene estabelecido por um homem e uma mulher que se unem para sempre com promessa recíproca de fidelidade no amor e na comunhão de vida comum.⁸⁸

Segundo Roberto Senise Lisboa “casamento é uma união solene entre sujeitos de sexos diversos entre si, para a constituição de uma família e a satisfação dos seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole.”⁸⁹

Nota-se que os doutrinadores citados para conceituar casamento, deixam claro que, somente poderá acontecer se houverem diversidade de sexo, a finalidade do casamento é prestar a mútua assistência, procriação, educação dos filhos e legitimar relação dos cônjuges.

E finalmente em uma definição do clássico Clóvis Bevilacqua:

“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo a criar e educar a prole, que de ambos nascer.”⁹⁰

Assim, o casamento é um acordo de vontade entre duas pessoas de sexo diferentes, observados os requisitos legais que estabelece comunhão plena de vida, prestação de auxílio mútuo, procriação da prole e regular relação dos cônjuges.⁹¹

2.2 Características

Segundo os preceitos de Roberto Senise Lisboa, o casamento é o principal modelo de constituição da entidade familiar, sendo assim, possui as seguintes características na sociedade: a) a monogamia; b) a união indissolúvel c) a pessoalidade entre os cônjuges; d) a submissão dos aspectos patrimoniais; e) a liberdade de escolha dos interessados; f) a solenidade de

⁸⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russell, 2003. p. 47.

⁸⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 5. p. 79.

⁹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. São Paulo: Red, 2001. p. 46.

⁹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 12.

celebração g) a perenidade da união; h) a exclusividade da união e; i) a plena comunhão de vida entre os cônjuges.⁹²

O casamento possui como características a solenidade, a diversidade de sexos, a exclusividade e a possibilidade de dissolução da união.⁹³

Ao apresentar os caracteres do casamento Orlando Gomes explica nos seguintes termos: “o casamento, enquanto negócio jurídico constitutivo da relação matrimonial, possui as seguintes características: a) é um ato pessoal dos nubentes; b) é um ato civil; c) é um ato solene.”⁹⁴

O casamento consiste na solenidade, possui vários requisitos prescritos em lei e deve observar todos esses requisitos para ser considerado um ato válido; o casamento tem um procedimento específico, inicia-se com as publicações dos editais, desenvolve-se com a realização da cerimônia e finaliza com a inscrição ou registro próprio. Ainda, o representante do Estado deve questionar a vontade de constituir o vínculo conjugal em voz alto com o fim de tornar público a manifestação de vontade dos nubentes e finalmente, declara-se o casamento realizado.⁹⁵

O Código Civil dispõe que o casamento realizará entre o homem e a mulher, assim diversidade de sexo é uma característica essencial para a concretização do casamento, pois o regramento jurídico não admite que esse tipo de entidade familiar se case com pessoas do mesmo sexo, assim é necessário que sejam pessoas de sexo diferente.⁹⁶

A exclusividade é outra característica do casamento que advém de um dever conjugal: a fidelidade recíproca. Exige-se a vida em comum entre os cônjuges em perfeita exclusividade; não admitindo relação sexual estranha com outras pessoas.⁹⁷

⁹² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5. P. 83.

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 21.

⁹⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61.

⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: famílias, sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. p. 40.

⁹⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5. p. 70.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 44.

Há também a dissolubilidade, a sociedade conjugal pode ser rompida nas condições previstas no artigo 1.571 do Código Civil de 2002. Com a Emenda Constitucional nº 9, ensejou a edição da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulamentando o divórcio.⁹⁸

2.3 Natureza jurídica

Existem estudos divergentes sobre a natureza jurídica do casamento. De um lado defende que o casamento pode ser um contrato, de outro uma instituição social e ainda, que o casamento é um instituto jurídico híbrido.⁹⁹

A natureza jurídica do casamento consiste em três teses doutrinárias: a primeira é baseada na relação contratual, um acordo de vontade; a segunda é institucional, fundada nas regras estabelecida pelo Estado sendo o casamento uma instituição e, por fim, a eclética, que sustenta o casamento como sendo um contrato complexo e com essência institucional.¹⁰⁰

Na mesma corrente teórica, Maria Helena Diniz apresenta as três teorias doutrinas divergentes:

“a) teoria contratualista, o matrimônio é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos, aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes; (b) concepção institucionalista, o casamento é uma instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos em lei (c) doutrina eclética ou mista, o casamento é um ato complexo, ou seja, é concomitantemente contrato (na formação) e instituição (no conteúdo).”¹⁰¹

Se a natureza jurídica do casamento for contratual, então serão aplicadas regras comuns aos contratos. Assim, o casamento é um contrato

⁹⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 49.

⁹⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5. p. 81.

¹⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 21.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 63.

firmado entre pessoas de direito de sexos diferentes, para a comunhão de vida em comum e satisfação de suas necessidades, conforme eles estabelecem.¹⁰²

E ainda para essa teoria, o casamento sendo um contrato, tem como requisito a existência de declarações de vontades dos nubentes.¹⁰³

Pontes de Miranda é adepto a natureza contratual do casamento, pois afirma que o casamento é um contrato de direito de família que determina a união entre o homem e a mulher.¹⁰⁴

Ainda, assevera o autor que:

“O casamento é, em primeiro plano, a relação ética entre o varão e a mulher, com a legalização das relações sexuais, se houver. Perdura, a despeito do desquite, que é dissolução da sociedade conjugal, o que implica separação de corpos, de bens e de convivência. Por outro lado, por meio de contrato faz-se o casamento, mas contrato de direito de família; no caso se celebração confessional, conforme a concepção de seu direito matrimonial. Mas o registro civil é que em verdade lhe dá existência jurídica e os efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais, - resultam do instituto mesmo.”¹⁰⁵

Já na teoria institucionalista, o casamento é uma instituição social a qual os nubentes expressam a vontade de participar dessa instituição observando as disposições legais impostas pelo Estado.¹⁰⁶

Segundo essa teoria, o casamento não é somente um rol de direitos e obrigações de cunho patrimonial, é um instituto natural humano por meio do qual objetiva satisfazer os interesses pessoais e morais dos cônjuges. O casamento como instituição possui fundamento na característica do *affectio maritalis*.¹⁰⁷

¹⁰² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5. p. 81.

¹⁰³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso civil: direito de família*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. p. 122.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 7. p. 282.

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 7. p. 283.

¹⁰⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russell, 2003. p. 35.

¹⁰⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

E finalmente, a teoria eclética ou mista considera o casamento um ato complexo, que une elementos contratuais da teoria contratualista e elementos institucionais da teoria institucionalista.

Sobre esta última teoria, Maria Helena Diniz afirma que consiste em “um ato complexo, ou seja, concomitantemente contrato (na formação) e instituição (no conteúdo), sendo bem mais do que um contrato, embora não deixe de ser também um contrato.”¹⁰⁸

Conforme doutrina, a natureza jurídica do casamento pode ser contratualista, institucionalista e eclética ou mista.

Por fim, o casamento é um instituto jurídico que trata de questões patrimoniais e extrapatrimoniais, define o acordo de vontade exteriorizado pelos nubentes, mas também e, principalmente um instituto social.¹⁰⁹

2.4 Repercussões sucessórias do cônjuge

Quando o Código Civil de 2002 estabelece a ordem de vocação hereditária coloca o cônjuge concorrendo com os descendentes e ascendentes, as duas primeiras classes na ordem de vocação, conforme o artigo 1.829¹¹⁰:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”¹¹¹

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 42.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 10.

¹¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p.138.

¹¹¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012.

De acordo com o supracitado artigo, a primeira classe a suceder são os descendentes concorrendo com o cônjuge sobrevivente, porém existem três exceções. O cônjuge não concorrerá com os descendentes se era casado com o falecido pelo regime da comunhão universal, da separação obrigatória, ou da comunhão parcial, se o de cujus não deixou bens particulares.¹¹²

A primeira hipótese de vedação prevista no artigo: “casado este com o falecido no regime universal”¹¹³, pressupõe que o cônjuge será sempre meeiro, não havendo a necessidade de ter o amparo da sucessão legítima, portanto ficará excluído da sucessão do *de cujus*.¹¹⁴

A segunda hipótese é o cônjuge casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens. Esse regime é imposto em determinados casos do artigo 1.641 do Código Civil de 2002. Tal regime estabelece que os bens adquiridos na constância do casamento não se comunicam, assim, como não comunicação patrimonial devido à vontade dos cônjuges, também não terá direito a concorrência com os descendentes.¹¹⁵

A última hipótese de vedação trata-se do regime de comunhão parcial não havendo o autor da herança deixado bens particulares. Se todos os bens do casal forem comunicáveis, bens comuns, então o cônjuge será meeiro de todo o patrimônio, não concorrendo com os descendentes na sucessão do falecido.¹¹⁶

Desse modo, conclui-se que o cônjuge irá concorrer com os descendentes se aquele for casado com o falecido nos seguintes regimes: participação final de aquestos; separação convencional de bens; comunhão parcial de bens se houver bens particulares.

¹¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 103.

¹¹³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012.

¹¹⁴ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 169.

¹¹⁶ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151.

Os descendentes são a primeira classe a ser chamada à sucessão e o cônjuge estará concorrendo ao seu lado na seguinte proporção nos termos do artigo 1.832 do Código Civil¹¹⁷:

“Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”¹¹⁸

Assim, havendo concorrência entre os descendentes e o cônjuge, esse terá direito ao quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não admitindo que sua quota seja inferior a um quarto da herança. Destaque-se que a sucessão ocorrerá somente com os bens particulares do autor da herança.¹¹⁹

O atual Código não estabeleceu a concorrência do cônjuge com os descendentes comuns e não comuns do *de cujus*. Todavia, Roberto Senise Lisboa opina que o mais adequado nessa situação é o cônjuge receber o quinhão igual ao dos descendentes que sucedem por cabeça, porém sem direito a quota mínima de um quarto da herança.¹²⁰

Em seguida, não havendo descendentes, são chamados a suceder os ascendentes em concorrência com o cônjuge, conforme prevê o artigo:

“Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.”¹²¹

¹¹⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012.

¹¹⁹ CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 95.

¹²⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5. p. 420.

¹²¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012.

Já na concorrência com os ascendentes, não importa o regime de bens do casamento, o cônjuge sempre irá suceder em concurso com os ascendentes. Concorrendo os ascendentes de primeiro grau, os pais, o cônjuge terá direito a um terço da herança e os pais recebem dois terços. Por outro lado, se o cônjuge concorrer com um só ascendente, terá direito a metade da herança.¹²²

Todavia, se não existir descendentes e ascendentes, o cônjuge terá direito à totalidade da herança do *de cujus*. De acordo com as lições de Washington de Barros Monteiro:

“Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1839 do Cód. Civil de 2002). Qualquer que seja o regime de bens, e atendidos os requisitos do art. 1830, o cônjuge é chamado a suceder na totalidade da herança, se não há descendentes nem ascendentes. Sendo o cônjuge herdeiro necessário, fica limitada a liberdade de testar do autor da herança, que não poderá dispor em testamento além da parte disponível, nem estabelecer restrições a legítima.”¹²³

Assim, não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito à totalidade da herança, salvo exista testamento dispondo de maneira diferente. Ressalta-se que o autor da herança está impedido de dispor sobre a parte legítima, pois o cônjuge é herdeiro necessário, assim, terá a garantia da metade dos bens da herança, constituindo a legítima, por força do artigo 1.845 do atual Código Civil.¹²⁴

Cabe lembrar que o cônjuge somente será chamado a sucessão se no momento do óbito não estava separado judicialmente ou há mais de dois anos separado de fato.¹²⁵

Portanto, de acordo com o Código Civil, o cônjuge é reconhecido herdeiro necessário e ainda é herdeiro nas duas primeiras classes da ordem de

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. p. 129.

¹²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 114.

¹²⁴ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

¹²⁵ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito de herança no novo código civil*. Campinas: CS, 2005. p. 134.

vocação hereditária, em concorrência, assim, com os descendentes e ascendentes.

3. A CONTRADIÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

3.1 Aspectos gerais do artigo 1.790 do atual Código

Depois de uma análise geral dos capítulos anteriores, pode-se concluir que o artigo 1.790 do Código Civil, que trata da sucessão dos companheiros, consiste em um assunto muito criticado na sucessão legítima. Tendo em vista o Código Civil dispor de maneira diferenciada o direito sucessório entre o companheiro e o cônjuge.¹²⁶

Assim, o companheiro não está presente na ordem de vocação hereditária do atual Código e, ainda não está incluído no rol dos herdeiros necessários, assim pode ser excluído da herança. Esse tratamento dado pelo Código Civil tem gerado indagação sobre a constitucionalidade do artigo 1.790.¹²⁷

Na tentativa de solucionar o problema, Ana Luiza Maia Nevares sugere que havendo duas massas de bens serão aplicadas normas distintas da sucessão, primeiramente, os bens adquiridos durante a união estável a título oneroso será submetida a regras do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, e a outra parcela de bens, aplicará a regras do artigo 1.829 do novo Código.¹²⁸

Silvio Venosa leciona:

“A impressão que o dispositivo transmite é que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!”¹²⁹

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.123.

¹²⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 171.

¹²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7. p. 142.

Além disso, há dúvidas se o legislador adotou o comando do artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal, assim, existe o questionamento se o texto constitucional equipara a união estável ao casamento.

Sobre o assunto, há os que defendem que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, tendo em vista que o artigo tem o seguinte conteúdo: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.¹³⁰ Já outros sustentam que houve a equiparação, pois os dois institutos possuem a mesma finalidade: constituição da família.

Maria Berenice Dias afirma:

“A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto, ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar. Não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional pelos profetas da conservação há a necessidade de afastar essa baixa constitucionalidade que se quer emprestar a união estável, a desigualdade do casamento.”¹³¹

O questionamento sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 reside no tratamento diferenciado destinado à família constituída pela união estável e pelo casamento.¹³²

Assim, a seguir serão analisados os dois posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do direito sucessório do companheiro. A primeira corrente entende a constitucionalidade do dispositivo legal e a segunda alega a inconstitucionalidade, pois os dois institutos familiares, casamento e união estável, não possuem a igualdade de proteção conferida pela Constituição Federal de 1988.

3.2 Doutrina favorável a constitucionalidade do artigo 1.790

A corrente que sustenta a constitucionalidade do artigo afirma que o texto constitucional não equipara a união estável ao casamento, somente

¹³⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.

¹³¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 163.

¹³²NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186.

reconhece como entidade familiar. Constatase, dessa maneira que a Lei Civil busca resguardar o direito das pessoas casadas, o qual possui prerrogativas que não são conferidas às pessoas ligadas pela união estável.¹³³

A tese argüida é que na sucessão dos companheiros, eles podem ser tratados de modo diferente dos cônjuges, oferecendo mais direitos à pessoa casada, com a finalidade de incentivar a conversão em casamento. Pois, a Constituição Federal, conforme artigo 226, parágrafo terceiro não equiparou a união estável ao casamento.¹³⁴

Os que defendem essa corrente utilizam o argumento do artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.¹³⁵ É claro para que haja conversão dos institutos é necessário que seja algo diferente. Caso o contrário, não precisaria converter.¹³⁶

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves acentua que:

“Efetivamente, a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse não teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo.”¹³⁷

Portanto, o casamento é um ato jurídico solene, já a união estável é união informal formada entre um homem e uma mulher, caracterizada pela convivência pública, contínua, duradoura e com intenção de constituir família.¹³⁸

Cristiano Pereira Moraes Garcia estabelece que a Carta Magna não igualou a união estável ao casamento e ainda também, não teve a intenção de

¹³³ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

¹³⁴ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 188.

¹³⁵ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.

¹³⁶ SOARES, Orlando. *União estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 115.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 194.

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 368.

proteger de maneira igualitária o companheiro e o cônjuge. Portanto, o Código Civil obedeceu ao espírito do texto constitucional.¹³⁹

Para esta primeira corrente, o dispositivo constitucional prevalece casamento sobre a união estável, pois a Constituição Federal de 1988 estimula a conversão dos institutos. Ou seja, o artigo 226, parágrafo terceiro destaca que o casamento ainda é a entidade familiar hierarquicamente superior à demais espécies de família. Assim, atribuir direitos sucessórios mais vantajosos ao cônjuge está em harmonia com a Carta Magna.¹⁴⁰

No mesmo sentido, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem entendimento que o artigo 1.790 não fere a Constituição Federal, conforme julgado transcrito a seguir:

“CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 226, §3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA.

- Embora o legislador constituinte tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento - artigo 226, §3º, da CF.

- Não incide em inconstitucionalidade o tratamento diferenciado conferido pelo artigo 1790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do de cujus.

- Arguição rejeitada. Unânime”¹⁴¹

¹³⁹ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito de herança no novo código civil*. Campinas: CS, 2005. p. 172.

¹⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88.

¹⁴¹ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Arguição de Inconstitucionalidade - 20100020046316*. Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Interessados: Maria Diogo do Carmo de Melo e Maria do Carmo Dias. Relator: Otávio Augusto. Acórdão de 1 jun. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=438058>> Acesso em: 23 nov. 2012.

Outro que sustenta a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil é o autor Eduardo de Oliveira Leite:

“O novo Código pois, frise-se, não retrocedeu, mas endossou e, de certa forma, alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento quando é sabido, em bem sabido, que em momento algum o constituinte de 1988 pretendeu igualar as duas realidades jurídicas. Para tanto, como também já afirmamos em diversos trabalhos, basta considerar o claríssimo teor do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição de 1988. Ali se lê, como todas as letras: “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.””¹⁴²

Na visão de Maria Helena Diniz, fica explícito a não aplicação dos mesmos direitos sucessórios do cônjuge aos companheiros. Segundo a autora, o instituto do casamento prevalece sobre a união estável, pois o companheiro não sucederá nas mesmas condições que o cônjuge. E por fim, enfatiza que os companheiros “não poderiam ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar.”¹⁴³

Assim, a corrente defensora da tese de constitucionalidade do artigo 1.790 sustenta que não pode conferir os direitos sucessórios dos cônjuges aos companheiros, pois são institutos diferentes, sendo que a Carta Magna estabeleceu essa diferença.

3.3 Doutrina contrária a constitucionalidade do artigo 1.790

A corrente que defende a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil afirma que a diferenciação da sucessão dos companheiros entre os cônjuges casados sob o regime de comunhão parcial de bens é uma afronta

¹⁴² LEITE, Eduardo Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revistas Tribunais, 2004. p. 51.

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p. 109.

aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁴

A doutrina sustenta que o artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento bem como conferiu proteção igualitária às entidades familiares e ainda são institutos consolidados por meio de uma relação afetiva e de dignidade.¹⁴⁵

De acordo com Zeno Veloso:

“Se a família, base da sociedade, tem proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas às famílias matrimonializadas e às famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.”¹⁴⁶

Na mesma esteira Ana Luiza Maia Nevares ainda afirma:

“Entre as entidades familiares não há hierarquia, [...] Não há superioridade de uma em relação à outra, mas igualdade diante da proteção estatal (CF/1988, art. 226, caput), uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III) é igual para todos. Nessa proteção do Estado, integram-se normas pertinentes à sucessão legítima. Assim, em que pese casamento e união estável constituem situações diversas, este fato não é suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo-se mais direitos sucessórios à uma ou outra entidade familiar, pois ambas constituem família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (CF/1988, art. 226, caput) e é a família o organismo social legitimador do chamamento de determinada pessoa à sucessão, em virtude do dever de solidariedade que informa as relações familiares.”¹⁴⁷

¹⁴⁴ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, abr./maio, 2005.

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.17, n.1. p. 138-160, jan./jun., 2012.

¹⁴⁶ ZENO, Veloso. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 255.

¹⁴⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, n. 36. p. 163-164, 2006.

Vale salientar que o tratamento diferenciado consiste em que o Código Civil de 2002 prevê que cônjuge é convocado antes dos colaterais, no entanto, estes antecedem o companheiro na ordem hereditária.¹⁴⁸

Sobre a concorrência sucessória entre o companheiro e os colaterais, Giselda Maria Fernandes Hironaka sustenta:

“Andou ainda mal o legislador ao aprovar o dispositivo da forma como está, por recriar o privilégio dos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o companheiro supérstite na 3º classe da ordem de vocação hereditária. [...] É flagrante a discrepância.”¹⁴⁹

Maria Berenice Dias ainda revela que essa norma é materialmente inconstitucional, pois retira direito e benefício anteriormente existente em favor dos companheiros, conforme leis infraconstitucionais que tratavam da união estável. Essas leis deferiram tratamento igual em matéria sucessória a cônjuges e companheiros como: sucessores; titulares do usufruto legal; e do direito real de habitação.¹⁵⁰

Com efeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem adotado a não aplicabilidade do artigo 1.790 do Código Civil, por considerar que o dispositivo legal viola os princípios constitucionais, consoante se verifica nesse julgado:

“EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL.

Tendo a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, equiparado a união estável ao casamento, o disposto no art. 1.790, III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resguardados na Carta Constitucional, razão para ser negado vigência ao disposto legal.

¹⁴⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119.

¹⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160.

À união estável são garantidos os mesmos direitos inerentes ao casamento, efeito que se estende ao plano sucessório, mormente no caso em exame onde autora e de cujus viveram more uxorio por três décadas, obtendo o reconhecimento judicial desta união como estável aos fins da Constituição Federal.

Inexistindo descendentes e ascendentes, é da companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança, excluindo-se os parentes colaterais.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. SUSCITADO INCIDENTE DE RESERVA DE PLENÁRIO.”¹⁵¹

No mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou o artigo 1.790 do Código Civil inconstitucional em recente decisão:

“Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 §3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente.”¹⁵²

O artigo 1.790 apresenta um grande retrocesso em relação às conquistas legais, Lei nº 8.971/1994 e Lei nº 9.278/1996. Ademais, a sua localização no livro de sucessões em “disposições gerais” é imprópria, indica uma discriminação do legislador, pois deveria o referido dispositivo está dentro “da ordem da vocação hereditária”.¹⁵³

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que a matéria é inconstitucional, pois colocou o companheiro em posição inferior ao cônjuge. Retomou-se a idéia de

¹⁵¹ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. *Embargos infringentes nº 70027265545*. Embargante: GV. Embargado: LPP. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Acórdão de 10 jul. 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70027265545&num_processo=70027265545&codEmenta=3076976&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 mar. 2013.

¹⁵² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Arguição de inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000. Interessados: Alda Natário da Mota e Alcina Soerio Cruz. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Acórdão de 11 jun. 2012. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003E336659AEE8AEECOF97B0519901F0CA360C403291437>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

¹⁵³ CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p. 180.

que a união estável é uma “família de segunda classe” e não outra espécie de família, assim houve violação constitucional, pois todas as espécies de famílias são iguais.¹⁵⁴

Depreende-se que pelos fundamentos apresentados, ser inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, assim, cabe aos operadores do direito corrigir os erros no processo legislativo, aplicando as regras à sucessão do cônjuge, artigo 1.829 do Código Civil.¹⁵⁵

Oportuno se torna dizer que em razão do princípio da proibição ao retrocesso, não pode uma lei nova limitar direitos que já estavam assegurados na legislação pretérita.¹⁵⁶ Desse modo, é possível verificar a inconstitucionalidade do mencionado artigo.

Nesse sentido, no I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo foi aprovado os seguintes enunciados com o objetivo de solucionar a controversa constitucionalidade do artigo 1.790:

“49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais têm meação.

51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido.

52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis,

¹⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 125.

¹⁵⁵ MARX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do Companheiro. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da; Camargo Neto, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328.

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.”¹⁵⁷

Percebe-se que os argumentos da inconstitucionalidade do artigo 1.790 estão presentes em duas situações distintas. A primeira situação é em razão de preterir o companheiro e favorecer os colaterais; já a segunda é por favorecer a união estável se comparada ao casamento.¹⁵⁸

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já analisou o dispositivo legal ao ser suscitada a arguição de inconstitucionalidade, no julgamento do no recurso especial nº 1135354/PB:

“INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS.

Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.”¹⁵⁹

Desse modo, a corrente que defende a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil verifica o conflito entre o mencionado dispositivo e a isonomia prevista no artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal e ainda a violação do princípio da dignidade da pessoa humana bem como o princípio do retrocesso social.¹⁶⁰

¹⁵⁷ AMORIM, José Roberto Neves. *I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo*. 2007. Disponível em:

<http://www.professoramorim.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=222:i-encontro-dos-juizes-de-familia-do-interior-de-sao-paulo&catid=19:direito-civil&Itemid=73>. Acesso em: 26 mar. 2013.

¹⁵⁸ SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p.114-136.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº1135354/PB*. Recorrente: Maria Jaydethe Miranda. Recorrido: Onaldo Lins de Luna. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão de 27 maio 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15725365&sReg=200901600515&sData=20110602&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2013.

¹⁶⁰ CRUZ, Elisa Costa. A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no código civil de 2002. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 11, n. 53, p. 44-55, abr./maio, 2009.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a sucessão na união estável com ênfase no artigo 1.790 do Código Civil de 2002. É necessário que os aplicadores do direito percebam as alterações ocorridas bem como entender a legitimação da união estável na Constituição Federal de 1988, assim sendo, não há razão para injustificada distinção ao direito sucessório do companheiro.

Conforme anteriormente explicado, as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 regulamentaram a matéria de acordo com o preceito constitucional (artigo 226, parágrafo terceiro). Ambas não abordaram todo o assunto referente ao instituto da união estável, mas conferiram direitos sucessórios semelhantes aos dos cônjuges.

A respeito da Lei 8.971/1994, analisou-se entre outros fatos, que o companheiro passou a figurar o terceiro lugar na vocação hereditária, dessa maneira, diante da ausência de descendentes e ascendentes do *de cujus*, o companheiro herdava a totalidade da herança.

Com Código Civil de 2002 em vigor, o companheiro passou a participar da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável incluindo os descendentes, ascendentes e colaterais. Ainda, o Código modificou a ordem de vocação hereditária já que o companheiro teve sua posição inferiorizada, pois deixou de ocupar a terceira posição para ocupar a quarta em relação ao direito à totalidade da herança.

A Lei 9.278/1996 caracterizou a união estável, como a relação entre o homem e mulher, pública, contínua e duradoura com a intenção de constituir família. A referida lei extinguiu o requisito de duração de cinco anos e garantiu o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família.

O direito real de habitação regulamentado no artigo 1.831 do Código Civil de 2002, somente assegura tal direito especialmente ao cônjuge. Como o Novo Código foi omissivo, sugere que esse direito seja aplicado ao companheiro, pois, as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 não foram revogadas expressamente, desse modo de acordo com a pesquisa, entende-se pela permanência do

direito conquistado por meio das leis infraconstitucionais, mesmo que o Código Civil de 2002 tenha omitido.

Ainda, o companheiro não tem a garantia de um quarto da herança conforme o artigo 1.832 do Código Civil de 2002 estabelece ao cônjuge. Assim, o artigo 1.790 determina que em concorrência com os descendentes comuns, caberá ao companheiro quota equivalente à que for atribuída ao filho, enquanto o cônjuge possui a garantia. Nessa perspectiva fica demonstrada que o Código Civil de 2002 beneficiou o cônjuge.

Além disso, o referido artigo limitou o direito do companheiro de receber a totalidade da herança somente na inexistência de parentes colaterais de até o quarto grau e esse tratamento é inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 equiparou os institutos da união estável e do casamento.

Também deve destacar outro tratamento diferenciado. Em razão do regime de comunhão parcial, o companheiro terá direito à meação dos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal e ainda participará da sucessão do outro quanto aos mesmos bens. Enquanto o cônjuge não herdar se existirem somente bens comuns, pois será meeiro de todo o patrimônio, então não concorrerá com os descendentes na sucessão do falecido conforme artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Assim o artigo 1.790 do novo Código é inconstitucional ora por conceder tratamento desigual ao companheiro ora ao cônjuge. Esperava-se que o companheiro mantivesse a condição anteriormente prevista nas leis infraconstitucionais. E ainda, que garantisse o mesmo tratamento igualitário, dessa maneira, cumpriria o preceito constitucional.

Ademais, é lamentável que a sucessão do companheiro seja tratada no Capítulo das Disposições Gerais, enquanto que a sucessão do cônjuge é regulada no Capítulo da Ordem de Vocação Hereditária, logo o companheiro precisa ser tratado como herdeiro necessário e não como um simples participante.

A união estável é uma entidade familiar digna de igual respeito àquelas famílias constituída pelo matrimônio. Em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, o Estado deve proteger tanto

os institutos da união estável quanto do casamento. Assim, como todas as famílias devem ser tratadas de forma igual, sugere-se que aplique as regras contidas nos artigos 1.829 e seguintes do novo Código Civil ao companheiro sobrevivente.

Conforme demonstrado neste trabalho monográfico, não há alternativa a não ser considerar o artigo 1.790 inconstitucional, uma vez que ficou claro o retrocesso legislativo no que tange os direitos dos companheiros e o Estado não está garantindo a proteção igualitária à entidade familiar decorrente da união estável e do casamento. Assim, não tem como negar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, seja por violar o princípio da isonomia, o princípio da vedação do retrocesso ou ainda o princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que a união estável e o casamento são institutos diferentes, pois há a previsão de conversão da união estável em casamento e características próprias de cada instituto. Entretanto, o constituinte teve o objetivo de conferir aos companheiros tratamento similar ao dos cônjuges.

Assim, a Constituição Federal de 1988 não diferenciou as famílias constituídas partir do casamento e união estável, a possibilidade de conversão da união estável em casamento não autoriza ao legislador conceder menos direitos aquela entidade familiar.

Também, a Lei 8.971/1994 determinou que o companheiro teria direito à totalidade da herança diante da inexistência dos descendentes e ascendentes, conforme as disposições do artigo 1.790 é possível verificar a violação ao princípio do retrocesso.

A união estável e o casamento são institutos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 e, ambos possuem como finalidade a constituição de família, base da sociedade, protegida pelo Estado. Embora exista a divergência doutrinária acerca da equiparação da união estável em casamento, não há razão para hierarquizar as entidades familiares, pois todas possuem a mesma dignidade.

A melhor maneira é interpretar o controvertido artigo a partir dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, onde estão dispostas as regras

e princípios que organizam a sociedade, contudo enquanto não houver a modificação do aludido dispositivo, deverá a doutrina e jurisprudência corrigir o tratamento desigual concedido pelo Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, José Roberto Neves. *I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo*. 2007. Disponível em:
<http://www.professoramorim.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=222:i-encontro-dos-juizes-de-familia-do-interior-de-sao-paulo&catid=19:direito-civil&Itemid=73>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- ARAÚJO, Daíze Golnária Garcia de. A sucessão dos companheiros no novo código civil. *Revista Jurídica da Famíνας*, Muriaé, v.1, n. 1, p. 33-38, jan./jun., 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: jurisprudência, evolução legislativa e o novo código civil. *Revista CEJ*, Brasília, v.8, n. 25, p. 47-58, jun./jul., 2004.
- BACOVIS, Júlio Cesar. *União estável, conversão em casamento e alimentos entre os conviventes*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BERTOLINI, Wagner. *A união estável e seus efeitos patrimoniais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. São Paulo: Red, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012.
- BRASIL. *Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.
- BRASIL. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em :28 out. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº1135354/PB*. Recorrente: Maria Jaydethe Miranda. Recorrido: Onaldo Lins de Luna. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão de 27 maio 2011. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15725365&sReg=200901600515&sData=20110602&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em:
<www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 380*. Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 382*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Arguição de Inconstitucionalidade - 20100020046316*. Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Interessados: Maria Diogo do Carmo de Melo e Maria do Carmo Dias. Relator: Otávio Augusto. Acórdão de 1 jun. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=438058>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

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

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. O novo código civil: sucessões: a nova ordem de vocação hereditária. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2003.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. São Paulo: Manole, 2004.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: famílias, sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos críticos da sucessão dos companheiros no novo código civil frente às leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 11, n. 53, p. 15-43, abr./maio, 2009.

CRUZ, Elisa Costa. A constitucionalidade do direito sucessório dos companheiros no código civil de 2002. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 11, n. 53, p. 44-55, abr./maio, 2009.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, abr./maio, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.
- GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito de herança no novo código civil*. Campinas: CS, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. e atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- LEITE, Eduardo Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revistas Tribunais, 2004.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MADER, Helena. União estável cresce, na última década, de 31,7% para 35,9%. *Correio Braziliense*, Brasília, 14 maio 2012. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/05/14/interna_cidadesdf,302180/uniao-estavel-cresce-na-ultima-decada-de-31-7-para-35-9.shtml> Acesso em: 21 maio 2012.
- MARX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do Companheiro. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da; Camargo Neto, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDEIROS, Isabelle. *Considerações sobre o princípio jurídico da afetividade no direito de família à luz da constituição federal/88*, 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/consideracoes-sobre-o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia-a-luz-da-constituicao-federal-88/16313/>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 7.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

MOREIRA, José Milton Alves. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Novo Código Civil. *Revista direito em ação*, Brasília, v.6, n.2, p. 7-16, dez., 2005.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, n. 36. p. 163-164, 2006.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das sucessões*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 219-234.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. *Embargos infringentes nº 70027265545*. Embargante: GV. Embargado: LPP. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Acórdão de 10 jul. 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70027265545&num_processo=70027265545&codEmenta=3076976&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Arguição de inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000*. Interessados: Alda Natário da Mota e Alcina Soerio Cruz. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Acórdão de 11 jun. 2012. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003E336659AEE8AECC0F97B0519901F0CA360C403291437>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

RIZZARDO. Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso civil: direito de família*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 114-136.

SOARES, Orlando. *União estável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEPEDINO Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.17, n.1. p. 138-160, jan./jun, 2012.

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

VENESO, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 7.

WALD, Arnoldo. *O novo direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZENO, Veloso. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 235-249.