

## **O PARADIGMA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: EXTENSÃO, POSSIBILIDADES E LIMITES**

**Juliana Andreia Santos Mustafa<sup>1</sup>**

**Walid Abdala Mustafa<sup>2</sup>**

**Erika Tayer Lasmar<sup>3</sup>**

### **Resumo**

O presente trabalho tem como objeto de estudo o paradigma direito sucessório dos companheiros, demonstrando os avanços e retrocesso pertinentes à temática. A discussão reside na polemização sobre suas inadequações, omissões e tratamento igual, principalmente quando se tem por referência os direitos que assistem à sucessão dos cônjuges. Nesse sentido, o objetivo consiste em abordar os construtos pertinentes aos direitos sucessórios do companheiro, enfatizando-o como um paradigma polêmico atual. Realça-se ainda um panorama histórico-jurídico da legislação até a promulgação da Constituição Federal de 1888 que reconheceu a união estável como entidade familiar solidificando os esforços para o regular de forma isonômica essa modalidade de entidade familiar, assim como o casamento. Dessa forma, se justifica por ser reconhecida como entidade familiar representando um avanço no ordenamento jurídico relativo às demandas sociais contemporâneas, e ao mesmo tempo um retrocesso jurídico quando se equipara aos demais regimes jurídicos. Assim, como metodologia utiliza-se a análise de referenciais teóricos, legislações pertinentes e texto constitucional, de forma a tecer estudos acerca desse paradigma e suas especificidades, abordando a dimensão protetiva das leis e como se dão as disposições do Código Civil de 2002, ressaltando as controvérsias trazidas pelo referido código nas quais contrariam as disposições constitucionais e culminam no entendimento da inconstitucionalidade pelo STF do artigo 1790 CC/02. Assim, os resultados permitem uma visão geral sobre a extensão desse dispositivo no ordenamento jurídico, compreender seus limites frente a legislação atual e potencialidades dos tribunais,

---

<sup>1</sup> Aluna e graduanda do UNIPTAN

<sup>2</sup> Aluno e graduando do UNIPTAN

<sup>3</sup> Professora e orientadora do UNIPTAN

doutrinadores e sociedade em geral em reconhecer as inadequações e fomentar estratégias para que haja uma uniformização dos dispositivos sucessórios para que não haja discriminação na aplicação do direito.

**Palavras-chave:** Direitos Sucessórios, Companheiro, Família e Afetividade.

## **Introdução**

Os Direitos sucessórios do companheiro no ordenamento jurídico vem, ao longo dos anos, ganhando cada vez mais relevância, demonstrando avanços, retrocessos e inequívocos frente às exigências e transformações sociais.

Trazendo diversas polêmicas doutrinares e jurisprudenciais quanto a falta de clareza para sua aplicabilidade no caso concreto, num ordenamento que se esforça para equiparar e ao mesmo tempo diferencia o tratamento dado na sucessão de companheiros e cônjuges, o que perpassa os esforços para garantir a proteção das entidades familiares que possuem tantas semelhanças.

Nessa perspectiva, faz-se indagar: quais são as limitações legais, extensões de entendimentos e possibilidades de reconhecimento de direitos daqueles que formam a família de forma fática? E, quais medidas de cunho sócio jurídicas são adotadas frente a este paradigma?

Assim, diante de tais reflexões, a escolha do presente tema se justifica por ser reconhecida pela Constituição Federal de 1988, a formação de entidade familiar que não seja o casamento, o que representa um avanço no ordenamento jurídico relativo às demandas sociais contemporâneas. Entretanto, tal peculiaridade sofre com as abordagens do Novo Código Civil um retrocesso pertinente à equiparação de regimes sucessórios, além de toda uma gama de omissões e inequívocos em sua disposição.

Tais disposições de Sucessão Hereditária do Companheiro vem ao encontro dos diversos fatores que permeiam o direito face as relações familiares, principalmente os que colocam em privilégio à consangüinidade em detrimento a afetividade, fazendo-se necessário investigar os construtos históricos e legislativos sobre os direitos sucessórios do companheiro no direito brasileiro, enfatizando as conquistas e retrocessos.

O objetivo geral desta trabalho, consiste em uma abordagem sobre os construtos que envolvem os direitos sucessórios do companheiro, enfatizando-o como um paradigma polêmico atual.

Diante disso, para alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á, como metodologia de trabalho, a análise de referenciais teóricos, tais como livros, artigos e a legislação, de forma a tecer estudos acerca do paradigma Direito Sucessório do Companheiro e suas especificidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Os resultados são tomados de forma a analisar e compreender os limites e potencialidades dos direitos sucessórios no âmbito familiar e necessidade de reconhecimento de inadequações e possível inconstitucionalidade da lei pertinente, tendo a uniformização dos dispositivos sucessórios um modo de que seja respeitado o afeto acima da formalidade, tratando a matéria de forma não discriminatória.

## **1. Perspectiva Histórico-Jurídica do Direito Sucessório no Brasil**

Desde a antiguidade, as concepções sobre a família se demonstram de forma a caracterizar a junção de um grupo de pessoas baseada na conservação de bens e sobrevivência.

No Brasil, a instituição familiar se forma com um modelo trazido no período colonial fundada na supremacia da condição masculina que trazia para si valores patriarcais e patrimoniais. (CARVALHO, 2012).

Segundo Neto(2015) no período das Ordenações no Brasil, as sucessões eram regidas da seguinte maneira:

As Ordenações Afonsinas, de 1446, foram, possivelmente, a primeira legislação a tratar o cônjuge como “cabeça de casal”. [...] refere-se ao casamento com comunhão universal de bens, também comumente referido por “casamento segundo o costume do reino”. Nas Ordenações Manuelinas, de 1521, esta disposição é repetida, com modificação apenas de redação, no Título VII do Livro IV.[...]Ao tempo das Ordenações Filipinas, de 1603, o cônjuge sobrevivente era chamado após os descendentes e os parentes colaterais, que herdavam até o décimo grau. As classes eram chamadas sucessivamente, de maneira que uma excluía a outra, e, dentro da mesma classe, o herdeiro que estivesse mais próximo do *de cuius*, excluía o que estivesse mais distante. (NETO, 2015, p. 51)

O referido autor descreve que as disposições trazidas pelas Ordenações que "timidamente" reconheceu o direito de sucessão aos cônjuges, mas que nas Ordenações

Filipinas é que se consagrou a vocação hereditária do cônjuge mesmo que "meramente formal", vez que a ordem de vocação hereditária se dava até o 10º grau. (NETO, 2015).

Nessa perspectiva, o direito português acrescido do direito da colônia trouxeram concepções que influenciaram significativamente o Código de 1916 que os revogou, passando a tratar o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

O art. 1.611 do Código Civil de 1916 esclarecia que se não houvesse descendentes ou ascendentes a sucessão era dada ao cônjuge se não houvesse antes dissolvida a sociedade conjugal, não sendo o cônjuge arrolado como herdeiro necessário conforme art. 1721, tornando-se "cabeça do casal" desde que casado em regime de comunhão art. 1579. (NETO, 2015).

Nesse contexto, Nevares (2015) complementa de forma sucinta as contribuições do código de 1916 para a evolução do direito sucessório:

[...] baseou-se no parentesco consanguíneo, privilegiando a grande família patriarcal, constituída exclusivamente pelo matrimônio e marcada pela autoridade marital. Nesta ótica, buscava-se a conservação do patrimônio dentro do grupo familiar, justificando-se o desfavor legislativo quanto aos direitos sucessórios do cônjuge supérstite, que só participava da sucessão na ausência de descendentes e ascendentes, uma vez que, dessa maneira, evitava-se “o perigo da transferência da riqueza da família de um cônjuge para a família do outro, em virtude do segundo matrimônio do cônjuge supérstite. (NEVARES, 2015, p.05)

Com mais avanços no âmbito das sucessões, em meados de 1941 o Decreto-lei n.º 3.200 denominado de Lei de Proteção à Família trouxe como temática o usufruto em favor da mulher brasileira, casada com estrangeiro por regime que excluía a comunhão universal. Posteriormente, a Lei A Lei n.º 883/1949 veio reconhecer os filhos ilegítimos e dispunha que na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens teria direito à metade dos deixados pelo outro. (NETO, 2015)

Numa tentativa de proteger o cônjuge na repartição dos bens criou-se o Estatuto da Mulher Casada em 1952 instituiu-se usufruto viual e o direito real de habitação, garantias dadas ao cônjuge com o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido caso houvesse filhos, ou à metade se não, desde que não fosse a comunhão universal de bens.

Nevares (2015) descreve sobre esse referido estatuto:

A Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, que, em consonância com o papel cada vez mais relevante da mulher na sociedade brasileira, especialmente pelo exercício de atividades fora do lar, contribuindo para o sustento da família, retirou a mulher casada do rol dos relativamente incapazes, elevando-a a

colaboradora do marido na direção da sociedade conjugal. (NEVARES, 2015, p.05)

O Código de Processo Civil de 1973, tratou sobre o inventário colocando o cônjuge ao papel de inventariante em primeiro lugar, se este estivesse convivendo junto no tempo da morte. Já em 1977 a Lei do Divórcio permitiu alteração no Código Civil de desquite que era a dissolução da sociedade conjugal para separação judicial. (NETO, 2015)

Consoante aos ideais das Revoluções Francesa e Industrial as evoluções das reformulações legais estreitaram os laços familiares, determinando um novo agrupamento na sociedade que mudou o enfoque de um grupo social amplo para um grupo menor arraigado em afeições.

Gomes apud Nevares (2015) descreve a nova modelagem estrutural do instituto família: "de unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade". (GOMES apud NEVARES, 2015, p. 05)

Representou-se uma constante evolução no direito sucessório e, tais revoluções modernas propiciaram um ideário voltado para o afeto e não apenas o cunho religioso o que propiciou ao que hoje se solidifica como a possibilidade também da união estável assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf: “[...] a família formada pela união estável representa um fato natural e bastante presente na sociedade através dos tempos históricos, legitimada na realidade brasileira pela jurisprudência, por leis esparsas até encontrar respaldo constitucional”. (MALUF, 2010, p. 108)

Também há que se mencionar aqueles que desprovidos de recursos financeiros para arcar com o casamento, formaram um lar com seus companheiros, constituindo também uma nova modelagem e estrutura de família e ganharam espaço social. (CARVALHO, 2012).

Conforme (1999) essa nova junção familiar: "importa menos o ato solene de constituição da família do que a vontade contínua de manter os vínculos afetivos que sustentam a conservação do grupo familiar", ou seja, a intencionalidade de se formar uma família independe de formalização, o que não deve ser sustento para limitações de diretos e que pesa no que concerne ao ato de provar sua existência. (GOMES, 1999, p.41)

Partindo-se desta concepção, surgem as leis 8971/94 e 9278/96 conferindo direitos sucessórios aos companheiros, posteriormente, o Código Civil de 2002 na “expectativa” de

ser um instrumento que sanasse as eventuais dúvidas sobre essa modalidade de sucessão e, ainda que, lhe conferisse uma maior proteção.

Assim, faz-se necessário analisar de forma pormenorizada tais leis que antecederam o Código Civil de 2002 e a dimensão protetiva que ambos regem sobre a sucessão do companheiro.

## **2. Aspectos Gerais da Dimensão Protetiva na sucessão do Companheiro: Leis 8.971/1994, 9.278/1996 E CC 2002**

A dimensão protetiva do companheiro, nos últimos anos, vem ganhando ênfase mesmo que de forma sucinta para se adaptar às exigências da evolução da sociedade e os novos formatos familiares surgidos.

A matéria sobre Direitos dos Companheiros na Sucessão marcou-se por quatro aspectos: ausência de tutela, quando se rejeitava os direitos; tutela de natureza previdenciária, quando se concebe uma tolerância aos direitos nessa natureza com a Súmula 380 do STF; tutela de natureza obrigacional, aceitando essa demanda como um fato social; e por fim, o prestígio constitucional, valorizando a matéria frente aos Direitos Constitucionais. (GAGLIANO e FILHO, 2011)

Num sistema político e jurídico tradicional, que reconhecia apenas o casamento, passa a união estável, antes denominada concubinato, passa a quebrar os paradigmas sociais, tratando o art. 226 Constituição Federal de 1988 sobre ela, garantindo-lhe dimensão protetiva como entidade familiar.

Conforme Diniz (2011) dispõe:

(...) a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, pôr não haver impedimento legal para sua convolação. (DINIZ, 2011, p.396)

Dessa previsão constitucional duas correntes se formam: os que entendem uma equiparação da união com o casamento, com mesmos direitos e tratamento e os que entendem ser entidades distintas, com tratamento diferenciado. Contudo, o que se nota é a dimensão protetiva da família, não apenas a constituída mediante o casamento, mas também a baseada na união estável se estendendo durante a vida e à sucessão causa mortis.

Sendo assim, surge as leis 8971/94 estabelecendo o direito dos companheiros ao usufruto e bens da herança e 9278/ 96 versando sobre direito real de habitação.

Segundo Neto (2015) em uma análise dessas duas leis importantes para a inserção e tratamento dos direitos sucessórios do companheiro a lei dispõe:

[...] por meio da Lei n. ° 8.971/94, reconheceu-se direito sucessório aos companheiros. O art. 2.º desta lei dizia que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que viviam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participariam da sucessão do companheiro nas seguintes condições: o companheiro sobrevivente teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos deste ou comuns; ao usufruto da metade dos bens, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança. Estabeleceu-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto viual, em condições muito semelhantes às do cônjuge. (NETO, 2015, p.161)

Nesse aspecto, a lei 8.971/94 reconheceu o direito sucessório do companheiro em condições similares ao cônjuge, independente da aquisição do patrimônio. A ele era destinada a meação sobre o patrimônio em caso da existência de testamento dispondo de todos os bens sem contemplá-lo.

Nesta mesma lei, Pereira (2001) descreve sobre as disposições dadas ao art. 2º no que se refere à totalidade da herança quando o companheiro é o herdeiro único, o que demonstra certa igualdade de tratamento em diferentes formações familiares:

A condição de herdeira da “totalidade de herança” previsto no art. 2º, III não afastou o direito do falecido, de testar e de dispor por testamento de sua meação disponível. O companheiro sobrevivo terá direito à “totalidade da herança” se não houver disposição testamentária, limitando-a. Cabe-lhes disputar apenas a parte correspondente à legítima, prevista no art. 1.721 do Código Civil. (PEREIRA, 2001, p.50)

Pertinente ao companheiro como usufrutuário, nota-se que a lei no art. 2º traz ainda que havendo descendentes caberá ao companheiro um quarto dos bens do de cujus e na ausência de descendentes e presença de ascendentes ao companheiro caberá a metade dos bens do falecido em usufruto. Nesse sentido, o companheiro será herdeiro legítimo em usufruto, não podendo ser afastado por testamento, exceto em casos de deserção.

Complementa Nevara (2015):

A Lei 8.971/94 previu, em seu art. 3o, uma regra de divisão patrimonial semelhante àquela depreendida do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: separação de bens com comunhão daqueles adquiridos pelo esforço comum. Convém lembrar que o aludido diploma legal exigia dos companheiros o estado de viúvo, solteiro, separado judicialmente ou divorciado, além do prazo mínimo de cinco anos de convivência, que

podia ser reduzido se existisse prole, para que pudessem fazer jus aos direitos sucessórios e aos alimentos (Lei 8.971/94, art. 1o) nele previstos. (NEVARA, 2015, p.76)

Já a lei nº 9.278/96 trouxe a questão do direito real de habitação do companheiro relativo ao imóvel destinado à moradia da família. Fruto de divergências entre estudiosos, alguns o consideram inconstitucional vez que confere ao companheiro um direito que se quer é previsto ao cônjuge. (NEVARA, 2015).

Outros consideram ser incompatível vez que o direito real de habitação com o usufruto legal do companheiro serem direitos reais limitados sendo impossível existirem em um mesmo patrimônio, o que por outro lado, alguns entendem haver uma coexistência de leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, permitindo tal incidência. (NETO, 2015)

Para Nevara (2015):

A Lei 9.278/96 não mais exigiu a qualificação dos conviventes em solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados, nem um prazo para a constituição da união estável, determinando tão somente que houvesse uma convivência pública, duradoura e continua entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família (Lei 9.278/96, art. 1º). (NEVARA, 2015, p.77)

Essa disposição culminou em controvérsia no âmbito jurídico, indagando-se se esta revogou total ou parcial a Lei 8971/04, ou se ambas se mantiveram na íntegra. Para a maioria, entende-se que houve derrogação, ou seja, manteve-se no que fosse compatível as disposições. (NEVARA, 2015).

Nesse sentido, dispõe Neto (2015):

[...] reconhecendo direitos sucessórios aos companheiros, as Leis n.º 8971/1994 e 9.278/1996, em nenhum momento, exigiram esforço comum para que herdassem. Ou seja, assim como ao cônjuge, o direito sucessório foi reconhecido ao companheiro independentemente de ter ele participado efetivamente na aquisição do patrimônio, ao contrário do que ocorria com a meação. (NETO, 2015, p.177)

Corroborando Nevara (2015):

As Leis 8.971/94 e 9.278/96 regularam os direitos sucessórios dos companheiros. A primeira assegurava ao convivente supérstite o direito ao usufruto dos bens do falecido, com a mesma disciplina do Código Civil de 1916 (Lei 8.971/94, art. 2o, I e II), e o direito à totalidade da herança, na ausência de descendentes e ascendentes (Lei 8.971/94, art. 2o, III), enquanto o segundo diploma legal consagrava o direito real de habitação (Lei 9.278/96, art. 7o, parágrafo único), relativamente ao imóvel destinado à residência da família, sendo certo que, uma vez conjugados ambos os diplomas legais, o companheiro sobrevivente poderia invocar tanto o usufruto viudal como o direito real de habitação,

ao contrário do que ocorria para o cônjuge consoante as disposições do Código Civil de 1916.(NEVARA, 2015, p.22)

Nessa perspectiva, esperava-se que com o Código Civil de 2002, ocorressem mudanças quanto ao tratamento dado ao cônjuge supérstite reconhecendo-o como herdeiro necessário. Já, em relação ao companheiro tais avanços não foram conferidos, baseando-se apenas no casamento e ignorando as transformações das concepções de família atuais. (NETO, 2015)

O Código Civil de 2002 representou no que concerne os direitos sucessórios do companheiro, um tratamento omissivo e contraditório, realçando a necessidade de novos estudos para entendimento da matéria, gerando também controvérsias e críticas quanto a sua aplicabilidade.

Neves (2015) admite que houve uma evolução dos direitos sucessórios para com cônjuge seja na ordem de vocação ou na modificação do cônjuge para herdeiro necessário no Código Civil de 2002. Contudo menciona:

Se quanto aos cônjuges a tutela sucessória apresentou avanços no diploma codificado de 2002, o mesmo não pode ser dito quanto aos companheiros. Sem uma interpretação construtiva e sistemática dos dispositivos do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988, a união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente (CF/88, art. 226, § 3º), encontraria, no campo do Direito das Sucessões, tratamento discriminatório, num retrocesso injustificado. (NEVES, 2015, p.01)

O artigo 1790 do CC/02 dispõe:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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.

Nota-se no referido artigo trata-se apenas dos bens que foram adquiridos onerosamente na vigência da união, não entrando bens adquiridos anteriormente, nem mesmo por herança.

Quanto a concorrência com os filhos, o companheiro herda apenas dos bens comuns, não ficando com os bens em que não contribuiu para a aquisição.

Em concorrência com os ascendentes, se concorrer com ambos os genitores, um deles ou ascendentes de grau maior herdará apenas 1/3 da herança.

Nota-se um tratamento diferenciado entre o cônjuge e companheiro, vez que o certo seria assim como alguns casos em que o cônjuge nessa situação receberia metade, ao companheiro também por justo motivo recebesse essa percentagem da herança que ajudou a conquistar.

Percebe-se também que o companheiro não herdaria sozinho enquanto houvesse algum parente colateral até o quarto grau, recebendo caso concorra com estes a apenas 1/3 da herança ainda, permitindo-se apenas uma pequena parte do patrimônio que acumulou com o de cujus frente a um parente que não é tão próximo quando este que compartilhou sua vida.

Já o inciso IV demonstra o esforço do legislador em entregar ao companheiro os bens da herança sem que haja divisão com quaisquer outros conviventes ou mesmo o Estado.

Também há que mencionar que havendo apenas união de fato, o companheiro concorrerá juntamente com o cônjuge por força do artigo 1830 CC/02 e possibilidades ainda do ex-cônjuge concorrer com o atual companheiro. Entretanto, o cônjuge herda apenas bens adquiridos até a dissolução conjugal e o companheiro à regra de bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Cabendo ao juiz analisar a ausência de descendentes.

Incluído no Código Civil de 2002 na categoria como legitimário, o companheiro passou a concorrer com descendentes e ascendentes que por sua vez são considerados herdeiros necessários, realçando a necessidade de se interpretar para além dessas disposições de forma a preservar a dignidade do companheiro que também teve o intuito de formar uma entidade familiar reconhecida por sua vez pela CF/88, mesmo que sem formalizações.

Nesse modo, o que se percebe é que apesar de ser reconhecido o direito sucessório do companheiro no diploma legal, não foi dada a devida importância que a matéria merece. Tratada a sucessão em um único dispositivo, nota-se que o companheiro foi deslocado da sucessão legítima, não havendo menção deste como herdeiro, sendo colocado como participante.

Como visto, em relação ao cônjuge sobrevivente, o companheiro não herda sozinho havendo herdeiros colaterais e parentes até o quarto grau, o que mostra divergência com as conquistas anteriores que o colocava à frente dos colaterais.

Tais regulamentações omissas e/ou inadequadas, culminaram em críticas sobre os retrocessos legislativos e a possibilidade de inconstitucionalidade, cabendo aos tribunais delinear as aplicações sobre a matéria frente à problematização atual.

### **3. A Polemização da Legislação Atual: Inadequações, Retrocessos e/ou inconstitucionalidade**

Levantando diversas polêmicas no que tange suas disposições, a legislação atual evidencia controvérsia que levam a hipóteses quanto ao regramento sucessório.

Segundo Silvio S. Venosa (2003):

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que apliquem de forma mais justa possível os nossos tribunais. (VENOSA, 2003, p.129)

Com poucas nuances já vistas de evolução como a inclusão no rol dos herdeiros necessários e ordem hereditária, o Código de 2002 esperava-se um texto mais coeso com a realidade, que não instigasse tantas dúvidas e que não retrocedesse em aspectos como: colocar o companheiro como herdeiro concorrente aos colaterais até quarto grau ou não prever ou deixar de expressar sobre o direito real de habitação.

O Código Civil excluiu da tutela jurídica o companheiro quando tirou alguns direitos sucessórios anteriormente outorgados e, a única previsão positiva foi o fato do companheiro ter direito aos bens na constância da união. (DINIZ, 2013)

A sucessão do companheiro é muito criticada pela posição em que se encontra no código, compreendida por muitos como deslocada. Elencada no art. 1.790 do CC/02, no Título I - Da Sucessão em Geral, Capítulo I - Disposições Gerais, traz uma questão polêmica quanto a sistematização ou má localização, vez que muitos defendem que deveria constar no título II sobre a Sucessão Legítima, considerando-a deslocada.

Apresenta-se também uma diferença no tratamento sucessório entre companheiro e cônjuge, fazendo com que o cônjuge fosse dado como herdeiro necessário, e ao cônjuge assegurado o direito real de habitação em quaisquer modalidade de regime de bens.

Enquanto ao companheiro, caberá somente a participação da sucessão do de cujus nos bens adquiridos a título oneroso na vigência da relação e, caso não haja bens dessa natureza, o companheiro sobrevivente não receberá nada (art. 1.790, CC).

Fato a observar é que diferente do cônjuge, somente os bens adquiridos na constância da união estável é que serão sucedidos, mas só o companheiro concorrerá com os descendentes.

Quanto a sucessão do companheiro nos casos de filiação híbrida, Maria Helena Diniz (2013) destaca que:

[...] não haveria de se concentrar a preocupação da questão concorrencial do companheiro com filiação híbrida na posição do companheiro, propriamente dita, mas na relação entre a prole e o falecido, pois é destes que herdarão, e não do companheiro sobrevivente. (DINIZ, 2013, p.41)

Da concorrência do companheiro com colaterais a autora ainda complementa que: "Ainda que não seja a quota mais justa, pelo menos defere igualdade de direitos aos demais parentes sucessíveis e ao companheiro, não o rebaixando". (DINIZ, 2013, p.44)

Somadas tais polêmicas à questão da vacância na sucessão universal do companheiro e à ausência expressa sobre o direito real de habitação deste, faz com que também se crie críticas em torno da inadequação do código civil atual e os equívocos cometidos em suas em suas disposições tornando-se de cunho retrocedido.

Quanto ao direito real de habitação garantido na legislação anterior, o código civil de 2002 não fez previsão, com isso, o referido código conferiu aos cônjuges mais direitos do que aos companheiros, em que os primeiros recolhem toda a herança, sem distinção da natureza dos bens sobre os quais recaem os direitos hereditários, como ocorre com os companheiros, que apenas possuem direito aos bens adquiridos de forma onerosa durante a vigência da união estável.

Realçando mais uma dúvida quanto à aplicabilidade para a união estável ou possibilidade de revogação tácita. Essas disposições marcam diversas polêmicas trazidas para a temática sucessão do companheiro, com disparidades e controvérsia, lacunas e hipóteses até mesmo de inconstitucionalidade.

Por ora, também disseminou a discussão sobre sua constitucionalidade face do artigo 1790 CC frente ao disposto no artigo 226§3º CF haja vista o tratamento desigual dessas entidades familiares e a dúvida se houve equiparação.

Segundo Hironaka apud Tartuce (2016):

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável. (HIRONAKA apud TARTUCE, 2016, p.01)

Interpretando a CF/88 não se pode inferiorizar a união estável, e equipará - los não significa igualar, mas proteger um instituto que surgiu por situação fática diferente do casamento que se dá pelo formalismo.

A inconstitucionalidade se materializa no momento em que a Carta Magna rege o pluralismo familiar, incentiva a dignidade humana e igualdade dos indivíduos e o código civil atual permite um tratamento que desiguala, restringindo direitos pelo simples fato de não haver um construto de família formal. (DINIZ, 2013)

Segundo preconiza o site do STF (2017) sobre um julgado que discutia a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, declarando a inconstitucionalidade:

Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, completou. O artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso. (STF, 2017, p.01)

Miguel Reale (2006) realça "a posição inferior da união estável em confronto com o casamento" no artigo 1790 CC/02, como requisito que afronta as disposições constitucionais, em conjunto com a diversidade de tratamento são motivos para alegar inconstitucionalidade. (REALE, 2006, p.73)

Nessa perspectiva, um argumento utilizado também para a possibilidade de inconstitucionalidade é o artigo 1790, III onde os parentes colaterais são privilegiados em detrimento ao companheiro, onde mesmo não sendo parte da entidade familiar, sendo apenas parentes onde os tribunais não reconhecem tal inconstitucionalidade.

Além disso, outra questão que permeia a possibilidade de inconstitucionalidade refere-se ao artigo 1726 CC/02 que dificulta a conversão da união estável em casamento, quando dita que as partes devem requerer, frente à disposição da CF/08 em seu art. 226§3º que facilita tal procedimento. Também, há os casos em que só se pode converter em casamento após efetivação do divórcio ou óbito do ex-cônjuge, submetendo tal relação a procedimento judicial, o que dificulta a conversão.

Dentre as falhas, incoerências e omissões constantes no CC/02, Hironaka apud Tartuce (2016) ao analisar um julgamento do STF com sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1790 CC/02 descreve:

[...] o Código Civil deixou à deriva inúmeros aspectos corriqueiros na vida comum (no que diz respeito ao regramento sucessório), sem uma indicação mais precisa a respeito do que exatamente fazer no caso real e específico. Os ‘vazios’ encontráveis no tecido legal do Código, e que não permitem se possa ter ou acolher uma posição terminativa para todos os casos semelhantes, acarretou, nestes quase treze anos de sua vigência, um tal desconforto que é possível dizer que injustiças foram praticadas, porque se julgou diferentemente casos assemelhados. (HIRONAKA apud TARTUCE, 2016, p.01)

Há que se mencionar, a decisão do STF em 2017 referente ao Recurso Extraordinário nº 878.694 com efeito erga omnes, que confirma a inconstitucionalidade presente no CC/02, vez que o entendimento foi de que houve desacordo com os princípios da igualdade, dignidade, proporcionalidade, vedação ao retrocesso, afetividade e liberdade de constituir família, além da hierarquização entre entidades familiares, argumentos utilizados pelos defensores dessa tese que possuem como finalidade a segurança jurídica. (ANDRADE, 2018)

Nessa perspectiva, o que ainda destaca Andrade (2018):

Embora o julgamento do Recurso Extraordinário nº 876.894, tenha sido concluído em maio de 2017, a decisão trouxe graves dúvidas que ainda necessitam de esclarecimentos. Não ficou claro, se o (a) companheiro (a), passa a fazer parte do rol de herdeiros necessários. Tal dúvida é bastante grave, vez que as pessoas que convivem em união estável, necessitam saber se podem livremente dispor de seus bens, através de testamento, bem como esclarecer os reais direitos em relação a herança do companheiro falecido, principalmente na concorrência com ascendentes, descendentes e colaterais. (ANDRADE, 2018, p.01)

Nesse contexto, não houve revogação do art. 1790 CC/02, ele apenas perdeu aplicabilidade na prática, vindo assim, aumentar as críticas dos especialistas, doutrinadores e sociedade em geral pertinentes ao código Civil de 2002, requerendo que a suprema corte esclareça melhor e pontualmente as dúvidas que cercam a matéria.

Sendo assim, o que se percebe é a polemização constante no referido código é algo que perpassa o teórico, atinge o concreto e alcança em sua extensão toda a coletividade, que conta muitas vezes com a interpretação e bom senso de cada caso para que sejam resguardados seus direitos frente as possibilidades de entendimento e limites legais.

Assim, nota-se que já existem projeto objetivando sanar a inconstitucionalidade, uniformizando os dispositivos sucessórios respeitando o afeto acima da formalidade, tratando a matéria de forma não discriminatória.

### **Considerações Finais**

Ao longo dos anos, os direitos sucessórios pertinentes aos companheiros sofreram diversas transformações nas quais foram influenciadas pelo contexto histórico e mudanças sociais.

A pesquisa demonstra que apesar de uma considerável evolução sobre a temática, a legislação atual apresenta limitações que impedem a coerência interpretativa, tais como: o tratamento discriminatório entre o cônjuge e o companheiro, lacunas nos dispositivos que podem levar a uma má interpretação, equívocos quanto a localização no texto legal e inconstitucionalidade reconhecida quanto ao artigo 1790 do CC/02.

Não obstante, outra limitação se dá ao diferenciar o tratamento dos companheiros frente aos cônjuges na sucessão, o Código civil retrocedeu alguns direitos anteriormente conquistados tais como o direito de herdar o patrimônio total se não houver descendentes e ascendentes e o direito real de habitação, cabendo ao magistrado interpretar sobre casos isolado com respaldo das leis anteriores benéficas ou não.

Nesse sentido, como extensão dos entendimentos pertinentes à matéria, nota-se pela pesquisa que vão desde a possibilidade de exame das características da nova entidade familiar e o casamento, interpretações a cargo do judiciário para cada caso, reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade do artigo 1790 e esforço da doutrina e tribunais para encontrar soluções para os retrocessos e modificar o tratamento das sucessões de modo que as interpretações supram as imperfeições legais.

Como possibilidades de reconhecimento daqueles que formam a família de forma fática, tem-se os esforços para o tratamento idêntico as figuras da sucessão independente do tipo de entidade familiar no âmbito sócio jurídico, as conquistas atuais pelas decisões dos tribunais que fomentam ainda mais debates para melhorar os equívocos do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, como medidas de cunho sócio jurídico adotadas frente a este paradigma, o ordenamento jurídico incluiu ao longo dos anos o companheiro gradativamente em suas leis esparsas, o que foi consolidado como reconhecimento de

modelo de família fundamentado no afeto pela Constituição Federal de 1988, admitindo-se o pluralismo familiar e não apenas famílias constituídas em razão do casamento.

Numa dimensão protetiva, a lei 8971/94 estabeleceu o direito dos companheiros ao usufruto e bens da herança e a lei 9278/96 tratou sobre direito real de habitação, onde realçaram as expectativas da sociedade contemporânea.

Assim, o paradigma do Direito sucessório do companheiro passou a ser matéria de polemização entre doutrinadores, juristas e sociedade em geral por contribuição das disparidades trazidas pela legislação atual, realçando inequívocos e discussão de inconstitucionalidade nos tribunais.

Em virtude de tais fatos, o paradigma continua polêmico requerendo projetos que sanem para além da inconstitucionalidade, respeitando essa nova entidade familiar e tratando de forma específica as lacunas que se intensificaram devido a omissão ou incoerência do Código Civil para com aqueles que optaram em se unir pelo afeto acima de qualquer formalidade.

## Referências Bibliográficas

ANDRADE, Raíssa Nacer Oliveira de. "Efeitos sucessórios decorrentes da união estável, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 no Supremo Tribunal Federal". Rev. Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-recurso-extraordinario-n-878-694-no-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 25/04/2020.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Direito de Família e Direitos Humanos**. São Paulo: CL Edijur, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

\_\_\_\_\_. **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. – São Paulo : Saraiva, 2013.

GAGLIANO, PABLO Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - As famílias em perspectiva constitucional**. SP: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. RJ: Forense, 1999.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família Pós-Modernidade**. SP: Atlas, 2010.

NETO, Inacio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro** / 2. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Nova ordem de vocação hereditária. Principais controvérsias no novo código civil**. SP: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2001, 12º Edição.

STF - Supremo Tribunal Federal. "Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório". **STF**. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> . Acesso em: 04/04/2020.

TARTUCE, Flávio. "Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança". **JUSBRASIL**, 2016. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional> 2016. Acesso em: 20/04/2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13 ed., São Paulo, 2003.