



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DENISE WANESKA DE OLIVEIRA COSTA

A DISCRIMINAÇÃO DO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO
CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO

SOUSA - PB
2007

DENISE WANESKA DE OLIVEIRA COSTA

A DISCRIMINAÇÃO DO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO
CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. MonnÍzia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2007

Denise Waneska de Oliveira Costa

**A DISCRIMINAÇÃO DO COMPANHEIRO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE NO
DIREITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em de dezembro de 2007.

**Monnizia Pereira Nóbrega – Professora Substituta - UFCG
Professora Orientadora**

**Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)**

**Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)**

**Sousa-PB
Novembro/2007**

Dedico aos meus pais Geraldo e Cecília; pelo esforço, dedicação e compreensão depositados em mim. As minhas irmãs Danielly e Deyse pelo incentivo e força que me proporcionaram chegar ao final desta jornada.

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus, pai celeste, por ter me dado à oportunidade de estar no mundo.

Aos meus pais, Geraldo e Cecília, fonte de inspiração, força, modelo de perseverança e luta pelos seus ideais.

A minha família, agradeço todo o amor, carinho, respeito e compreensão.

As minhas irmãs por compartilharem comigo todos os momentos de minha vida.

A Isaac, pessoa especial e essencial, que me incentivou e me deu força para trilhar esse caminho da melhor forma.

As minhas amigas e irmãs, Suely, Dalieva, Suylla, Patrícia, Késia e Giovanna que estiveram comigo nos momentos mais alegres e nos mais tristes.

Aos amigos da faculdade, pela troca de experiências e pelo aprendizado.

A minha orientadora Monnizia Nóbrega, pela paciência, compreensão e pelo sublime ensinamento, proporcionando o aprimoramento deste trabalho a cada encontro.

A todos que colaboraram direta ou indiretamente para a concretização deste sonho. Para vocês, ofereço esta página...

Que os versos do dia-a-dia formem os mais belos poemas da poesia da vida...

Muito obrigada a todos!

Amo todos vocês!

“Justiça é a primeira virtude das Instituições Sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma leis e instituições por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas”.

J. Rawls

RESUMO

A pesquisa científica destina-se a abordar o direito sucessório do companheiro, mostrando a discriminação que o legislador ordinário dispõe em relação aos direitos sucessórios dos cônjuges quando da extinção da relação conjugal pela morte de um dos companheiros. O trabalho monográfico intitula-se: A discriminação do companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório. Mediante o emprego dos métodos exegético-jurídico e histórico-evolutivo, através de uma fundamentação teórica e legal, que justifique a necessidade de uma solução mais benéfica para a situação do companheiro sobrevivente no atual sistema jurídico. Ao evidenciar que o elaborador da lei tratou de forma diferenciada o direito hereditário do companheiro face as vantagens atribuídas ao cônjuge, constata-se uma discrepância frente a princípios constitucionais, como a igualdade e a dignidade humana. É essencial verificar que embora o legislador tenha se preocupado em regular a união estável, elevando-a a categoria de entidade familiar, porém, não o fez de forma perfeita, uma vez que foi impreciso, causando divergentes interpretações. Aponta-se a atual posição sucessória do companheiro e do cônjuge e a concorrência com os demais herdeiros sucessíveis. Tudo isso conforme a problematização elaborada, qual seja: Existe discriminação do companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório vigente frente as disposições constitucionais? Bem como a hipótese previamente elaborada: Sim, observando o novo ordenamento civil pátrio, verifica-se que este atribui ao companheiro sobrevivente patamar inferior ao do cônjuge na sucessão, ao contrário do que dispõe a Constituição Federal que equipara a união estável à entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão; companheiro; discriminação.

ABSTRACT

The scientific research destined to approach the right successory of the friend, showing the discrimination that the usual legislator makes use in relation to the successory rights of the spouses when of the extinguishing of the conjugal relation for the death of one of the friends. The monographic work is called: The discrimination of the friend in relation to the spouse in the successory right. By means of the job of the methods exegetic-legal and description-evolutivo, through a theoretical and legal recital, that justifies the necessity of a more beneficial solution for the situation of the surviving friend in the current legal system. When evidencing that the elaborator of the law dealt with differentiated form the hereditary right of accompanying the face the advantages attributed to the spouse, a discrepancy is evidenced front the principles constitutional, as the equality and the dignity human being. It is essential to verify that even so the legislator if has worried in regulating the union steady, raising it it category of familiar entity, however, did not make it of perfect form, a time that was inexact, causing divergent interpretations. It is pointed current successory position of the friend and the spouse and the competition with the excessively inheriting sucessiveis. Everything this as the elaborated problematizaçao, which is: Exists discrimination of the friend in relation to the spouse in the successory right effective front the disposals constitutional? As well as the hypothesis previously elaborated: Yes, observing the new native civil order, is verified that this attributes to the friend survives inferior platform to the one of the spouse in the succession, in contrast of that makes use the Federal Constitution that equalizes the steady union to the familiar entity.

word-key: succession; friend; discrimination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1: DA UNIÃO ESTÁVEL	12
1.1 Da concepção histórica de união estável.....	12
1.2 A união estável e o Código Civil Brasileiro de 1916.....	15
1.3 Aspectos constitucionais da união estável.....	19
1.4 A regulamentação legal da união estável pela Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96.....	21
1.5 A união estável no Código Civil de 2002.....	24
CAPÍTULO 2: DA SUCESSÃO.....	29
2.1 Sucessão: Aspectos gerais.....	29
2.2 Distinção entre meação e herança.....	32
2.3 A sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002.....	34
2.4 A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002	37
CAPÍTULO 3: A DISCRIMINAÇÃO DO COMPANHEIRO FRENTE AO DIREITO SUCESSÓRIO VIGENTE.....	43
3.1 O Código Civil de 2002 e o posicionamento crítico da doutrina.....	43
3.2 A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.....	45
3.3 As modificações propostas ao artigo 1.790 pelo Projeto de Lei nº. 6.960/2002.....	49
3.4 Discussão a partir dos fundamentos apresentados.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A discussão acerca dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro constitui um dos vários questionamentos surgidos na esfera do Direito de Família, devido à restritiva abordagem dada pelo legislador da norma civil vigente.

Apesar de a união estável ter alcançado o *status* de entidade familiar, equiparando-se ao instituto do casamento, percebe-se uma limitação referente aos direitos concernentes às relações patrimoniais, os quais ferem princípios constitucionais, como a isonomia e a dignidade humana. Sendo neste contexto em que a pesquisa se desenvolve, buscando fortalecer as reflexões jurídicas que se posicionam favoráveis a uma aplicabilidade mais eficaz e justa da norma.

Trata-se de um assunto muito polêmico gerador de celeuma jurídica, causando injustiça no âmbito pragmático o que estimula o estudioso do Direito a aprofundar-se na busca de compreender o que levou ao legislador discorrer sobre o tema de maneira preconceituosa, impondo tratamento inferior ao companheiro em face aos privilégios conferidos ao cônjuge sobrevivente.

Diante o exposto, verifica-se a necessidade da análise mais aprofundada sobre a temática posta, qual seja: a discriminação do companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório, que é de importante relevância e constitui objeto de interesse frente à comunidade acadêmico-científica, visto que está relacionada com a sucessão.

Portanto, os objetivos da pesquisa são: o estudo evolutivo do instituto em questão até o Código Civil vigente; examinar a sucessão do convivente e do cônjuge e a concorrência de ambos com os demais herdeiros sucessíveis; comprovar a

discriminação sofrida pelo companheiro pelo Código Civilista Pátrio, frente ao disposto na norma constitucional que equipara a união estável a entidade familiar.

Para tanto, a pesquisa desenvolveu-se mediante a utilização dos métodos exegético-jurídico, para a análise interpretativa das proposições legais e doutrinárias referentes ao tema; e o histórico-evolutivo, que busca apresentar a evolução do instituto da união estável, a fim de traçar um paralelo entre as diversas leis que disciplinam o assunto em épocas distintas.

Obedecendo o presente trabalho a seguinte estrutura: no primeiro capítulo será feita uma abordagem evolutiva da união estável, desde a constatação desse instituto até os dias atuais, na busca de compreender a transmissão do patrimônio e suas conseqüências jurídicas; no segundo capítulo, abordar-se-á os aspectos gerais da sucessão, a distinção entre meação e herança, respeitando as peculiaridades de cada um, reforçando a idéia de que estes não se confundem, disporá também acerca da sucessão do cônjuge e do companheiro quando concorrem com os descendentes, ascendentes e na ausência destes; finalmente no último capítulo proceder-se-á a uma análise da problemática proposta, através dos posicionamentos legais e doutrinários acerca do tema, de forma a se constatar a possível inconstitucionalidade e discriminação sofrida pelo companheiro, e imposta pelo Código Civil de 2002.

Conclui-se, pois, pela ratificação do problema e hipótese previamente elaborados, a saber: Existe discriminação do companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório vigente frente as disposições constitucionais? Bem como a hipótese previamente elaborada: Sim, observando o novo ordenamento civil pátrio, verifica-se que este atribui ao companheiro sobrevivente patamar inferior ao do cônjuge

na sucessão, ao contrário do que dispõe a Constituição Federal que equipara a união estável à entidade familiar.

Para tanto, a investigação científica procedida trará, a confirmação da discriminação sofrida pelo convivente imposta por dispositivos civilistas, constatando-se que estes encontram-se em desconformidade com a Carta Magna que atribui a união estável o *status* de entidade familiar.

CAPÍTULO 1 – DA UNIÃO ESTÁVEL

Indiscutivelmente a união estável é um assunto que gera polêmica e interesse de estudo, por ser um fato dinâmico e atual na sociedade, bem como, por ser um tema palpitante, pois trata de relacionamentos entre homens e mulheres dos quais advém conseqüências jurídicas de grande relevância, de interesse de todos os envolvidos. Justificando, portanto, uma maior compreensão deste fato social e jurídico tão importante quanto à constituição matrimonial de família.

1.1 Concepção histórica da união estável

O concubinato sempre existiu desde que o homem passou a viver em grupo de modo civilizado. E durante muito tempo esta era a forma de união entre o homem e a mulher na formação familiar. Com o decurso do tempo, o concubinato passou a ser atividade ilícita extraconjugal, logo que surgiu o casamento e as cerimônias matrimoniais. Mesmo com tais restrições, admite-se que não é possível ignorar o fato de que em épocas remotas, e atualmente, o concubinato era e é uma prática corriqueira, e que o seu conceito jurídico modificou-se várias vezes, em várias épocas, adequando-se a valores sociais vigentes.

Contudo, percebe-se importante algumas definições da união estável para melhor visualizar as modificações ocorridas ao longo dos anos.

Diz Pontes de Miranda (*apud* PEREIRA, 1979), que união estável é “a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo”.

Noemia Alves Fardin (1995, p.35) define a união estável:

Em sentido comum, significa o estado entre um homem e uma mulher, os quais vivem juntos, maritalmente, sem o vínculo do matrimônio. Esta relação pode ocorrer sob o mesmo teto ou sob teto diferente, sem o laço matrimonial. Portanto, união estável é a relação de um casal que vive como marido e mulher, sem vínculo de matrimônio.

Para Maria Helena Diniz (2004, p.1.279):

União estável é a relação convencional *more uxório*, que possa ser convertida em casamento, ante a ausência dos impedimentos visto que as causas suspensivas não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar. Consiste numa convivência pública e duradoura, constituindo uma família. Assim solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, e divorciados poderão constituir união estável.

Os primeiros relatos de que se tem conhecimento da união não matrimonial entre pessoas de sexo oposto, datam do antigo Império Romano, onde patrícios e plebeus, impedidos de se unirem pelo casamento, uniam-se pela união de fato. É a partir de Roma, que se registra a união extramatrimonial, muito embora, tais uniões eram tidas como inferiores em relação ao casamento e sem efeitos jurídicos, por serem desprovidas de formalidades, mas eram consideradas lícitas e não reprovadas pela sociedade.

No Direito Romano desta época podiam-se caracterizar quatro tipos de uniões concubinárias, eram elas: a *Iustae Nuptiae*, união entre cidadãos romanos; a *Jus Gentium*, união entre peregrinos e romanos; o *Contubenium*, que era a união entre escravos e o *Concubinatus*, que se configurava pela união entre homem e mulher, livres e solteiros, permitindo-lhes viver como se fossem casados. Sendo que esta fase do concubinato não era vista como atentatória a moral e aos bons costumes da época, portanto, não era proibido. Tanto é que fora elevado a categoria de instituto jurídico com o advento da legislação trazida a efeito pelo Imperador Augusto, que impôs vários impedimentos a qualquer tipo relação extraconjugal ilícita.

Com o Edito do Imperador Constantino foram impostas penalidades aos concubinos como, o cancelamento dos efeitos jurídicos existentes ou que viessem a surgir entre os concubinos, foram criadas sanções com o objetivo de desestimular a união livre, tendo em vista o incentivo para que os concubinos adquirissem o matrimônio.

O correr do tempo transformou o concubinato ora em aceitável, ora em abominável. Os imperadores romanos, influenciados pelo pensamento cristão, davam-lhe tratamento de tolerância, porém sem deixar de considerá-lo imoral, não originando mais o vínculo de paternidade, pela forte pressão a desestruturação aos concubinos, incentivando-os ao casamento. Causou, por conseguinte, complicações para os filhos gerados do concubinato, pois eram vistos, como se não tivessem pais. Em contra partida, o Direito Romano, no decorrer do tempo, passou a atribuir novos direitos aos filhos gerados fora do casamento, como alimentos e sucessão.

No Direito Romano da época de Justiniano, a união extramatrimonial evoluiu, adquiriu *status* e passou a exigir algumas formalidades, como a obrigatoriedade de pré-requisitos similares aos do casamento para ter validade e gerar efeitos jurídicos. Justiniano ainda, procurando limitar o número de uniões concubinárias, proibiu que um homem tivesse mais que uma concubina e nenhuma se casado fosse.

Nos primórdios da Igreja Católica o concubinato vivia ao lado do matrimônio sacramental, por tolerância dessa. Porém, houve uma alteração dos princípios morais combinado com as práticas estranhas à atividade do clero, obrigando a Igreja a coibir os abusos, impondo regras, proibindo o clérigo da companhia de qualquer mulher. Passou a Igreja a opor-se as relações extramatrimoniais, só admitindo a relação marital entre homem e mulher no casamento religioso, declarando assim, ser determinantemente contra o concubinato, ameaçando até excomungar os que

insistissem em permanecer juntos sem a realização de cerimônia religiosa do casamento.

No Brasil, as uniões extramatrimoniais não eram vistas com bons olhos pela sociedade, isto devido ao país está sob uma forte influência da Igreja, adotando regras muito rigorosas para a constituição familiar, reconhecida somente pelo casamento. Em suas primeiras legislações, o Brasil não reconhecia em absoluto a união livre, referindo-se a esta apenas para impor limites aos direitos concubinários.

O Código Civil de 1916 pouco se referiu ao concubinato, impondo-lhe uma série de dificuldades e desamparando-o, evitando, portanto, a possibilidade de favorecimento da união estável.

O ponto culminante de tal evolução se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou o concubinato puro, agora denominado de união estável, ao patamar de entidade familiar, assim como a família proveniente do casamento, representando, portanto, o reconhecimento desta união pela primeira vez no Direito Brasileiro, como entidade familiar, constituindo-se assim, a plena passagem do concubinato puro para o âmbito do Direito de Família. Verifica-se que somente a partir desta nova concepção puderam ser atribuídos aos companheiros determinados direitos, entre eles, os patrimoniais como o direito de prestação alimentícia, sucessório e divisão de bens, através de leis que regulamentam a matéria.

Sob o aspecto evolutivo da união estável, em termos de regulamentação, o Código Civil de 2002 o fez em poucos dispositivos, dispondo também sobre a parte específica aos alimentos e a sucessão hereditária.

1.2 A união estável e o Código Civil Brasileiro de 1916

Ao tratar da união entre o homem e a mulher, o Código Civil de 1916 fez poucas referências ao concubinato, disposições ainda preconceituosas e ultrapassadas em relação às uniões extramatrimoniais, protegendo, portanto, a família legítima que é aquela hierarquizada e matrimonializada, calcada na procriação, na formação de mão-de-obra, na obtenção e transmissão de patrimônio, além de fonte de aprendizado individual (CAVALCANTE, 2007). Tanto é, que o citado dispositivo legal trouxe restrições normativas a essa forma de união, reconhecendo apenas as famílias formadas a partir do vínculo do casamento, como aptas para produzir efeitos jurídicos, mesmo às relações denominadas de concubinato puro, não eram validadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Embora não regulamentasse a união estável, o Código Civil de 1916 trazia em seu escopo dispositivos legais que tinham como principal objetivo, evitar qualquer tipo de favorecimento à união estável, a citar: a anulabilidade de doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art.1.177, CC/1916); a impossibilidade de instituição de beneficiário de seguro de vida, à pessoa que fosse legalmente inibida de beneficiar-se por doação (art.1.474, CC/1916); a vedação de nomeação da concubina de testador casado como herdeira ou legatária (art.1.719, CC/1916); a proibição do reconhecimento de filho adúlterino (art.358, CC/1916); a proibição do casamento do cônjuge adúltero com seu co-réu (art.183, VII, CC/1916).

Constatava-se, portanto, a falta de amparo legal a este tipo de relação, tanto era que, os concubinos não eram tidos como parentes ou cônjuges, bem como herdeiro ou legatário do *de cuius*. Isto demonstra que, à época da legislação mencionada, a relação extraconjugal, com ou sem impedimento matrimonial, não era

bem vista pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, como afirmava Caio Mario da Silva Pereira (1979, p. 36) que:

Ao casamento como instituição social legítima e regular, contrapõe-se a união livre, mais ou menos duradoura, e especialmente o concubinato, cuja quase-estabilidade não deixa de atrair as atenções e despertar os interesses da ordem jurídica. É obvio que não gera conseqüências iguais ao matrimônio.

O Código Civil Brasileiro de 1916, apesar de não regulamentar o concubinato determinou uma série de sanções a serem aplicadas a essas relações, principalmente aquelas que possuíam impedimento matrimonial. Contudo, previu no seu artigo 363, I, a autorização para os filhos considerados ilegítimos, desde que filhos de pessoas que não possuíam os impedimentos contidos no artigo 183, I a IV, promoverem ação de filiação contra o pai ou herdeiros, se comprovado o concubinato dos seus pais em momento de sua concepção.

Apesar das restrições impostas à união estável pelo diploma legal civil de 1916, legislações posteriores, ante a realidade social, passou a dar guarida à união estável, a citar: a Lei nº. 3.724/19 que equiparou a companheira à esposa, desde que comprovadamente sustentada pelo homem; o Dec.nº. 20.465/31 que estabeleceu direitos à companheira; a Lei 883/49 que possibilitou o reconhecimento por qualquer dos pais, de filho havido fora do casamento; a Lei nº. 3.807/60 que permitiu a designação da companheira como dependente. Dentre essas, a de maior representatividade, foi a Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/73) a qual autorizou a mulher solteira, separada judicialmente ou viúva, companheira do homem também solteiro, separado judicialmente ou viúvo, a requerer a averbação do nome do companheiro em seu registro de nascimento.

Ainda nesse diapasão, em 1977, com a Lei nº. 6515, denominada Lei do Divórcio, finalmente traçaram-se normas referentes à dissolução do casamento, ocorrendo a principal quebra dos valores religiosos embutidos nesse instituto. Ressalta-se que a indissolubilidade do casamento foi, sem dúvida nenhuma, uma das principais causas pelo elevado número de relações sem a presença de um casamento civil, consideradas amorais e reprováveis, posto que concubinárias.

O avanço jurisprudencial da questão tornou-se de suma importância para a evolução dos efeitos advindos dessas relações extramatrimoniais, afastando-se graves injustiças presentes em leis ultrapassadas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹ acabou editando súmulas jurisprudenciais a respeito, que trouxeram mais justiça e conforto para esses relacionamentos que não eram formalizados pela celebração do casamento. Como bem exposto pela Súmula 35 que prevê que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. No mesmo sentido, pode-se citar a Súmula 380, segundo a qual, “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”, haja vista que conforme exposto pela Súmula 382, “A vida em comum sob o mesmo teto, *‘more uxório’*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Durante muito tempo, aplicou-se tão-somente ao concubinato, regras relativas ao Direito das Obrigações e não do Direito de Família, posto que a união estável só foi reconhecida como família, com o advento da Constituição Federal em vigor.

¹ <http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>

1.3 Aspectos constitucionais da união estável

Para efeito de proteção do Estado, a Constituição Federal de 1988, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher, como uma família, como dispõe o seu art.226, § 3º, *in verbis*:

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

[...]

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento.

Para tanto, vê-se necessária à conceituação de família para que se tenha um melhor entendimento do que seja entidade familiar, e assim ter-se a compreensão de que é a união estável uma família, como bem disposto acima pelo constituinte de 1988. Portanto, segundo Alexandre de Moraes (2003, p. 682):

O conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também os afins – tios, primos, sobrinhos, e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí fora, neste grande país. Esse é o mais amplo sentido da palavra. Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos [...].

A união estável de homem e mulher, companheiros antes da atual Constituição arredada da proteção do Estado teve somente a proteção da Previdência Social, pela aplicação da Lei dos Registros Públicos e pelo artigo 45 da lei do Divórcio e leis esparsas, hoje é reconhecida como entidade familiar.

Dessa forma, a Constituição Federal reconheceu como entidade familiar, gozando da proteção do Estado, a união estável ente homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Com isso foi institucionalizada uma situação que não era legalmente prevista, o que gerou infinitas controvérsias. Todavia, houve crescente avanço em todas as camadas sociais, que reclamavam por amparo legal. Curvou-se, portanto, a Constituição aos usos e costumes constituídos pela realidade social brasileira.

A Lei Maior inovou, sobremaneira na questão da colocação jurídica da instituição de família, colocando ao lado do casamento civil, já previsto no ordenamento jurídico, a união livre de homem e mulher com caráter de perenidade.

Embora o constituinte de 1988 tenha reconhecido existência da união estável, atribuindo-lhe o *status* de entidade familiar, não considerou o companheirismo como instituto equivalente e possuidor das mesmas características do casamento, como entende Maria Berenice Dias (2006, p.145):

A especial proteção constitucional conferida a união estável de nada ou de muito pouco serviu, pois restou sem reflexos na jurisprudência. Apesar de a doutrina de maior expressão ter visto o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não se podendo mais falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A relação concubinária, com a denominação legal de união estável, permaneceu sendo tratada no âmbito do direito das obrigações. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas varas cíveis, não sendo

redistribuídas às varas de família. Nada foi alterado, como se não tivesse existido a transformação do que antes era considerado um fato espúrio em uma relação jurídica. Também em matéria sucessória não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação de parte dos bens.

Comenta Orlando Soares (apud Venosa, 2006) que:

Seja como for, o desinteresse pelo casamento acabou provocando uma espécie de clamor público, no sentido de que fossem constitucionalizadas e reguladas, legislativamente, as uniões entre o homem e a mulher, para efeito de recíproca assistência e proteção à prole, daí resultante; originando a noção de entidade familiar, prevista na Carta Política de 1988, em razão do que não mais se pode falar em família ilegítima, em oposição à família legítima, pois ambas essas situações estão sob o manto da proteção legal e constitucional.

Há que se ressaltar, por oportuno, que a união estável de que se reveste o princípio contido na Carta Magna de 1988, não abarca qualquer tipo de união, como a união de homossexuais, bem como outras de convívio extraconjugual, mas somente aquela entre homem e mulher desimpedidos, com caráter de estabilidade, e que possa a lei lhe ser de fácil conversão em casamento.

1.4 A regulamentação legal da união estável pela Lei nº. 8.971/94 e a Lei nº.

9.278/96

O legislador ordinário não se apressou em promover à regulamentação legal da união estável, após o reconhecimento desta como entidade familiar promovido

pela Constituição, o que somente ocorreu com o advento da Lei nº. 8.971/94, a qual não regulamentou a união estável como entidade familiar, em conformidade com o disposto no artigo 226, § 3º da Carta Política de 1988, porém reporta-se aos companheiros, sob o prisma dos alimentos e da sucessão.

Até então, alimentos entre concubinos e o direito de sucessão eram institutos regulados pelos tribunais, através de embasamento jurisprudencial. Agora, a Lei nº. 8.971/94 regula o assunto preceituando em seu artigo 1º, o seguinte:

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.

Tal artigo impunha que a companheira provasse certos requisitos para que pudesse obter o benefício estampado neste. Sendo necessário provar a convivência mínima de cinco anos ou a existência de prole comum; que o homem ou a mulher são solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, e ainda a necessidade de receber alimentos pelo requerente, sendo estes fornecidos até o beneficiário constituir nova união. Saliente-se que o direito em questão abrange homens e mulheres, desde que preencham os pressupostos legais.

No tocante ao direito sucessório a citada lei trouxe importantíssima inovação. Deveras, instituiu, no seu artigo 2º, a sucessão ou usufruto sobre os bens deixados pelo falecido, condicionado, igualmente, a determinadas exigências, quais sejam, o companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união terá direito de

usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou comuns. Também, ao usufruto de metade dos bens do morto, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes. Na ausência de ascendentes ou descendentes o companheiro sobrevivente herdará a totalidade da herança. Finalmente prescreve a lei que, quanto aos bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do companheiro, terá o sobrevivente direito a metade dos bens.

Dispõe Venosa (2006, p. 436) a cerca da lei em análise, que::

Essa lei, ao mencionar que o companheiro teria direito à totalidade da herança, na ausência de descendentes e ascendentes, colocava o convivente em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, em conjunto com o cônjuge. Desse modo, os colaterais somente seriam chamados à sucessão se o convivente não fosse casado nem deixasse companheira de união estável.

Logo em seguida fora promulgada a Lei nº. 9.278/96, que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, a qual dispõe em seu artigo 1º, que “é reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura pública e contínua, de um homem uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Estabelecendo, também direitos e deveres iguais aos conviventes, como o mútuo respeito e consideração, a recíproca assistência material e moral e acima de tudo a guarda, educação e sustento comum.

A supracitada lei, em seu artigo 5º, deferiu o direito de meação dos bens adquiridos a título oneroso, frutos do trabalho e colaboração comum, na constância da união estável, presumindo-se, portanto, esforço igual dos companheiros,

passando a pertencer a ambos. Foi apenas com a vigência desta lei, em seu artigo 7º, parágrafo único, que o direito real de habitação passou a ser assegurado em favor do companheiro sobrevivente, denominado convivente sobrevivente, no referido diploma legal.

A garantia do direito real de habitação relativo ao imóvel que servia de residência para a família, sendo o único imóvel desta natureza, editou a Lei nº. 9.278/96, em seu art. 7º, parágrafo único, que: “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”.

Portanto, não se pode negar que os julgadores souberam ser sensíveis às questões concretas, principalmente numa época em que o Direito não conseguiu acompanhar a realidade da sociedade brasileira.

Lembrando que os dois diplomas legais acima referidos continuam a causar dificuldades interpretativas, persistindo em parte com o atual Código Civil, visto que, não houve uma revogação expressa das citadas leis. Logo, entendesse que tão somente as normas contrárias ao Código Civil de 2002, ou as que tratarem de matérias que por este diploma foram inteiramente reguladas encontram-se revogadas.

1.5 A união estável no Código Civil de 2002

A união estável no Código Civil de 2002 vem disposta no Título III, do Livro IV – Do Direito de Família, demonstrando assim um salto importante para a matéria relativa à família e por consequência à união estável, posto que cria um capítulo próprio para tratar do assunto em questão, com o intuito, portanto, de atualizar o texto legal aos dizeres e princípios basilares da Constituição Federal de 1988. E, nesse sentido, o Direito de Família não poderia deixar de ressaltar a importância da união estável no atual sistema familiar legal, bem como da sua regulamentação. Nesse capítulo específico, o novo Código Civil praticamente acolhe as posições mais sólidas e dominantes da jurisprudência e doutrina atuais.

O citado diploma legal, em seu artigo 1723, trouxe uma definição muito semelhante àquela estabelecida no artigo 1º, da Lei nº. 9.278/96, quando dispunha que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Esse conceito não traz a exigência de prazo rígido para a caracterização da união estável, há que se analisar, diante do caso concreto, se estão presentes a estabilidade, a continuidade, a diversidade de sexos, a publicidade, a afetividade da relação e o propósito de constituição de família. Estabelecer um prazo rígido implicaria em possibilidade de negar a existência de uma união estável, que de fato estaria configurada, como bem preleciona Venosa (2007, p. 43) ao afirmar que:

Se levarmos em consideração o texto constitucional, nela está presente o requisito da *estabilidade* na união entre o homem e a mulher. Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida. [...] O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, tanto que a dicção constitucional

determina que o legislador ordinário facilite sua conversão. [...] A *continuidade* da relação é outro elemento citado pela lei. Trata-se também de complemento da estabilidade. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua. [...] Também se refere expressamente à *diversidade de sexos*, a união do homem e da mulher. [...] A *publicidade* é outro elemento da conceituação legal. Ganha realce, portanto a notoriedade da união. A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse do estado de casado. [...] O objetivo de constituição de família é corolário de todos os elementos legais antecedentes. Não é necessário que o casal de fato tenha prole em comum, o que se constituiria elemento mais profundo para caracterizar a entidade familiar. Contudo, ainda que sem filhos comuns, a união tutelada é aquela *intuitu familiae*, que se traduz em uma comunhão de vida e de interesses.

O § 1º do referido artigo 1.723, dispõe sobre impedimentos para o reconhecimento da união de fato, os quais estão elencados no artigo 1.521, do citado código, trazendo por exceção a possibilidade de constituição de uniões estáveis entre pessoas casadas, desde que estejam separadas de fato ou judicialmente. Ou seja, pessoas casadas formalmente, mas separadas de fato (desde que comprovada a separação) podem constituir união estável. Todavia, utilizou-se da expressão impedidos de casar, melhor teria sido a designação relações adúlteras ou incestuosas, posto que, como visto, as pessoas separadas de fato ou separadas judicialmente, apesar de impedidas de casar, podem constituir uniões estáveis.

O novo Código Civil teve por objetivo diferenciar a união estável do concubinato, entendido este como a relação adúltera ou incestuosa, como aduz Maria Helena Diniz (2004, p. 1.282), “concubinato impuro ou simplesmente concubinato dar-se-á quando se apresentam relações não eventuais entre homem e mulher em que um deles ou ambos estão impedidos legalmente de casar-se”, Instituto este disciplinado no artigo 1.727 do atual diploma civilista pátrio, o qual

visou, portanto, resguardar o princípio da monogamia, ordenador de todo o Direito de Família.

O artigo 1.724, do Código Civil pátrio, estabelece os deveres de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Desse modo, não somente no tocante aos alimentos, mas também quanto ao exercício do poder familiar e aos deveres recíprocos, a união estável se aproxima do casamento, devendo para tanto, os companheiros guardarem lealdade e respeito um para com o outro.

No tocante às conseqüências patrimoniais, é possível aos companheiros celebrar convenções por escrito, a esses pactos devem ser aplicados os princípios dos regimes de bens, segundo dispõe o artigo 1725, do Código Civil, "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Não mais existe, portanto, a possibilidade de se comprovar ausência de esforço comum com o intuito de negar-se a partilha de bens.

Quando da dissolução da união estável, de acordo com o artigo 1.694 do diploma civilista, os companheiros podem reclamar, reciprocamente, os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, provando este a sua necessidade e enquanto não vier a constituir nova união. Neste passo, a melhor interpretação do dispositivo é a de que devem se aplicar à obrigação de alimentar dos companheiros, as mesmas regras e os mesmos princípios que regem tal obrigação resultante da separação judicial.

Em relação aos direitos sucessórios dos companheiros, o novo código andou mal, tratou de maneira absolutamente desigual os cônjuges e os companheiros, o que, como visto, não se admite no regime constitucional vigente. Enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com posição privilegiada (pois concorre em certos casos com os ascendentes e os descendentes do *de cuius*), o companheiro continua como herdeiro facultativo, e só terá direito à totalidade da herança se não houver colaterais sucessíveis. Trata-se de evidente retrocesso, uma vez que pelo regime anterior (Lei nº. 8971/94), na ausência de ascendentes e descendentes do companheiro morto, o convivente teria direito à totalidade da herança.

O artigo 1.790, *caput*, do diploma legal em estudo, estabelece que somente quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, o companheiro ou companheira participará da sucessão do outro. Ora, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a relação, o companheiro já é meeiro (art. 1.725, CC/2002). Tal restrição é absolutamente infundada.

Ressalte-se que a totalidade da herança a que se refere o inciso IV, do artigo acima citado, limita-se aos bens adquiridos durante a união estável e, em sendo assim, se o *de cuius* possuía outros bens, adquiridos anteriormente e, não havendo outros parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade do acervo hereditário, alusivo ao patrimônio obtido, de modo oneroso ou gratuito, durante a convivência, e até mesmo aos bens particulares do *de cuius*, adquiridos antes da união estável.

Entende-se que o convivente sobrevivente, quando do desfazimento da união estável pela morte de seu companheiro, terá direito à metade dos bens

adquiridos na constância da convivência, além da quota hereditária que lhe é conferida em relação à outra metade, pelo disposto no artigo 1.790 e seus incisos.

Como se percebe, no tocante aos direitos hereditários, o tratamento conferido à união estável é evidentemente discriminatório em relação ao estabelecido às relações matrimoniais. Em sendo assim, urge que o novo diploma seja reformado nesta parte, para que seja respeitada a Constituição Federal, posto que as referidas disposições ferem de morte fundamentos constitucionais, tais como o princípio da dignidade humana, bem como o princípio da isonomia, que vêm abalizados na Carta Magna, e como ensina Alexandre de Moraes (2003, p.50) que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se na singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida trazendo consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, e por sua vez a igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

Para tanto, entende-se necessário que o presente diploma se adeque as normas previstas na Lei Magna. Podendo o mesmo ser considerado inconstitucional, caso não haja a devida alteração de seus dispositivos, no que tange a sucessão do companheiro.

CAPÍTULO 2 - DA SUCESSÃO

A sucessão é uma das formas de aquisição da propriedade, em que créditos e obrigações são atribuídos aos sucessores *causa mortis*. A sucessão hereditária só é aberta no momento da morte do *de cujus*, assim, faz-se necessária a fixação do dia e da hora do falecimento, posto que determinarão o momento da *saisine*.

Pode-se afirmar que o Direito Sucessório tem a finalidade de regular o destino do patrimônio de alguém. Nesse sentido, o termo sucessão indica a transmissão de direitos, operada *inter vivos* ou *mortis causa*.

Maria Helena Diniz (2006, p.15), com maestria, ensina que a palavra sucessão, em sentido amplo, aplica-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se no todo, ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam, trata-se da sucessão *inter vivos*. Já em sentido restrito, sucessão é a transferência total ou parcial da herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros, é a sucessão *mortis causa*, que no conceito subjetivo é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança; e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cujus*, caracterizados por seus direitos e encargos.

2.1 Sucessão: aspectos gerais

Para uma melhor percepção a respeito da definição de sucessão, faz-se necessário tecer comentários acerca do Direito Sucessório. Assim, dispõe Silvio Rodrigues (2002, p.3) que:

A idéia de sucessão sugere, genericamente, a transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular, assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se, portanto, do alcance de expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos.

Este instituto foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, objetivando disciplinar as relações jurídicas de uma pessoa após a sua morte, a qual põe fim a personalidade jurídica da pessoa natural, contudo, os direitos e obrigações patrimoniais necessitam de um novo titular, razão pela qual surge o Direito Sucessório.

Considera-se, então, aberta a sucessão no instante mesmo ou instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando assim, a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que ele figurava. A expressão 'aberta a sucessão' faz referência ao momento em que surgem os direitos sucessórios.

Pelo princípio da *saisine*, a lei considera que no momento da morte, o autor da herança, transmite seu patrimônio, de forma íntegra, aos seus herdeiros. Portanto, sucessão vem a ser o ato pelo qual uma pessoa (herdeiro) substitui outra (*de cujus*) em qualquer situação. Podendo ainda ser observada sob outros dois aspectos; na visão mais abrangente, a sucessão, é aplicada no sentido de substituição da titularidade de determinados bens, tratando-se da sucessão *inter vivos*; e em sentido estrito, pressupõe a transmissão do patrimônio de alguém em virtude de sua morte, ou seja, transmissão *causa mortis*.

Entende Maria Helena Diniz (2006, p.15) que:

A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva (*viventis nulla est hereditas*). No momento do falecimento do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato.

Com a morte do *de cuius* há a transmissão para os herdeiros de um conjunto de direitos e obrigações, os quais integram o ativo e o passivo do falecido, que são transferidos em sua totalidade aos herdeiros que estão, por direito, legitimados a recebê-los.

2.2 Distinção entre meação e herança

A abertura da sucessão é determinada pela morte do titular de um patrimônio, indicando o momento da transmissão aos herdeiros legítimos e testamentários, denominados sucessores, pessoas legitimadas por lei ou mediante disposição de última vontade, a receberem a herança deixada pelo falecido.

Observa-se pelo princípio da *saisine* que a transmissão se verifica automaticamente no momento da morte do *de cuius*, como assevera o artigo 1.784, do Código Civil, o qual dispõe que, após “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A herança é um todo unitário, portanto, indivisível até a partilha, mesmo que sejam vários os herdeiros, pois estabelece o Código Civil, o princípio da indivisibilidade da herança até a partilha, passando os co-herdeiros, no período da

indivisão, a um regime de condomínio forçado, em que cada um possui uma parte ideal da herança.

Ressalte-se, por oportuno, que além da herança o Direito Sucessório, busca proteger também a meação do cônjuge supérstite. Assim, é de fundamental importância não confundir estes institutos, meação e herança, pois como esclarece Maria Helena Diniz (2006, p.139):

A meação é um efeito da comunhão, sendo regida por normas alusivas ao direito de família, enquanto o direito sucessório, em regra, independe do regime matrimonial de bens. A meação constitui a parte da universalidade dos bens do casal de que é titular o consorte por direito próprio, de modo que tal meação do cônjuge sobrevivente é intangível; sendo o consorte herdeiro necessário, o *de cujus* não pode dispor de sua meação sem quaisquer restrições, pois, com isso, privaria o supérstite da herança. A herança é objeto de um direito, adquirido com o óbito do outro cônjuge, de que o consorte sobrevivente será ou não titular, conforme ordem de vocação hereditária.

Vê-se que a meação consiste no direito que os cônjuges têm sobre a metade dos bens integrantes do patrimônio do casal, que fora adquirido por ambos, em esforço mútuo, durante a convivência.

Entende Venosa (2007, p.116) que:

A meação do cônjuge, como já acenado, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A existência de meação, bem como do seu montante dependerá do regime de bens do casamento.

Note-se, ainda, que sobre a meação não irá recair nenhum tributo, visto que, há uma individualização dos bens, salvo em caso de doação, sendo impossível também a sua renúncia, ao contrário da herança, na qual, existe a possibilidade de renúncia, ficando condicionada ao pagamento do imposto *causa mortis*. Ressaltando que, os bens que compõem a meação não são passíveis de divisão, não pertencem

ao cônjuge sobrevivente por força do Direito Sucessório, mas já o pertenciam antes do falecimento do *de cuius*.

Por sua vez, a herança abrange a meação e os bens particulares do *de cuius*, a união desses bens, no processo de inventário denomina-se espólio, que constitui a massa patrimonial, permanecendo coesa, até a partilha, o qual responderá pelas dívidas que o *de cuius* tenha adquirido antes de sua morte.

2.3 A sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002

O Código Civil pátrio modificou a situação do cônjuge sobrevivente, dando-lhe lugar de destaque como herdeiro necessário (art. 1845, CC), sem, no entanto, alterar a ordem de vocação hereditária. Assim, os herdeiros necessários, são todos aqueles que, em regra, não podem ser afastados da sucessão, aos quais, a lei destina expressamente metade da sucessão.

Conforme dispõe a primeira parte, do artigo 1.832, do Código Civil o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes na sucessão do *de cuius*, cabendo a aquele quinhão igual aos do que sucederam por cabeça, ou seja, os descendentes. Não poderá o cônjuge supérstite ficar com quota inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) da herança, caso este seja ascendente dos herdeiros sucessíveis. José de Oliveira Ascensão, (apud Daneluzzi, 2004) entende que:

Concorrendo cônjuge e descendentes, verifica-se um desvio à regra da sucessão por cabeça. Esta só impera se houver até três descendentes. Se houver mais, o cônjuge vai ficar em todo o caso com $\frac{1}{4}$ da herança. O remanescente é que será dividido pelos filhos em partes iguais.

Ressalta-se que, o cônjuge participará da sucessão se, ao tempo da morte do autor da herança, não estivesse separado judicialmente e nem de fato há mais de

dois anos, exceto, se provar que esta convivência tornou-se impossível por culpa do falecido, e que o regime de bens escolhido não seja o da comunhão universal e da separação obrigatória de bens. Dispõe Daneluzzi (2004, p.156) que:

A qualidade de herdeiro de primeira classe, típica da sucessão legítima, onde seriam excluídos os demais de outra classe, só terá vez em não havendo cônjuge sobrevivente, dependendo do regime matrimonial: comunhão parcial de bens, desde que haja bens particulares, separação convencional de bens e participação final nos aqüestros (regime híbrido) e mais, desde que esse cônjuge não estivesse separado judicialmente, nem de fato, há menos de dois anos do autor da herança e, mesmo assim, desde que não prove que a convivência se tornara impossível sem a sua culpa (art. 1.830).

Assim, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, percebeu o legislador que a confusão matrimonial já se operava desde a celebração das núpcias, garantindo ao cônjuge supérstite, pela meação que lhe assiste a proteção necessária e cabível na espécie. Já os casados pelo regime de separação obrigatória de bens, vêem-se impedidos de estabelecer regime patrimonial diverso daquele que determina que os bens de cada um dos cônjuges não se comunicam, confundindo-se com os bens do outro.

No que tange a concorrência do cônjuge com os ascendentes, não existindo descendentes do *de cuius*, autoriza a lei que se passe ao segundo patamar de vocação hereditária, convocando a participar da sucessão os ascendentes do morto, os quais concorrerão em igualdade de condições com o cônjuge sobrevivente.

Quanto à cota parte na herança, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os ascendentes em primeiro grau, tendo direito a um terço da herança. Se houver apenas um ascendente, ou ascendentes de grau maior, caberá ao cônjuge metade da herança do morto, conforme disposto no artigo 1837, do Código Civil. Entende Maria Helena Diniz (2006, p.115) que:

Não havendo herdeiros na classe dos descendentes, chamar-se-ão à sucessão do *de cujus*, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, que se encontrar nas condições exigidas pelo art. 1.830, qualquer que seja o regime de bens, os seus ascendentes (CC, art. 1.836), sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto, não se devendo atender à distinção de linhas (CC, art. 1.836, § 1º), ou seja, à diversidade entre parentes pelo lado paterno (linha paterna) ou pelo materno (linha materna), porque entre os ascendentes não há direito de representação, de modo que o ascendente falecido não pode ser representado por outros parentes (CC, art.1852).

Logo, se o autor de herança deixou pai e mãe, será a mesma diretamente deferida em partes iguais. No entanto, se apenas um dos genitores estiver vivo, caberá a ele a totalidade da herança, mesmo que ainda sobrevivam os ascendentes do outro, pois existindo pai ou mãe do morto, não irão herdar os avós e bisavós da linha paterna e materna, os quais só herdarão na ausência daqueles.

O diploma civilista pátrio aduz em seu artigo 1.838, que na ausência de descendentes e ascendentes a totalidade da herança caberá exclusivamente ao cônjuge sobrevivente, desde que ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal, nem encontrassem separados de fato há mais de dois anos.

Aduz Queiroga (2005, p.57) que:

O art.1.838 do Código Civil dispõe: "Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente". Nessa hipótese, o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será herdeiro universal.

Ressalte-se, que conforme o artigo 1.831, o cônjuge sobrevivente terá direito real de habitação sobre o imóvel destinado a residência da família, desde que este seja o único desta natureza a ser inventariado, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, assim não ficará o cônjuge privado de uma moradia, nem desamparado, devendo nele residir a título gratuito, não podendo alugá-lo, nem

cedê-lo em comodato, mesmo que não permaneça em estado de viuvez, pois não mais se estabelece o limite temporal até a cessação da viuvez.

2.4 A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002

O artigo 1.790, do estatuto civilista, regula a sucessão decorrente da união estável e constitui, certamente, um dos pontos mais criticados do novo código, pois estabelece regra distinta e aparentemente discriminatória para a sucessão legítima entre os companheiros, quando comparada à sucessão entre os cônjuges.

A orientação adotada pelo legislador procurou ser coerente com o estabelecido no § 3º, do artigo 226, da Carta Magna, que assegura a proteção do Estado à união estável, mas sem equipará-la ao casamento, tanto que determina que a lei facilitará a sua conversão em casamento.

Conforme o citado artigo do Código Civil, a herança cabível ao companheiro sobrevivente é limitada, tão somente, aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável e, ainda, sob determinadas condições. Os bens adquiridos na vigência da união estável, serão bens comuns, submetidos à regra de comunicabilidade. Portanto, o acervo hereditário do companheiro só poderá ser composto por bens comuns e comunicáveis, jamais por bens particulares.

Assim, dispõe o inciso I do artigo 1.790, do novo Código Civil, que se o companheiro concorrer com filhos comuns, receberá a mesma porção hereditária que estes receberem, divide-se, portanto, a herança em partes iguais, incluindo o companheiro sobrevivente. Já o inciso II, do referido artigo, introduz a sucessão do

companheiro sobrevivente concorrente com descendentes só do autor da herança, onde ao companheiro tocar-lhe-á metade do que couber àqueles.

Todavia, se concorrendo à herança, existir filhos comuns com o *de cujus* e filhos apenas deste, a melhor solução será dividir a herança em partes iguais, como entende Venosa (2007, p.136):

Se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão, que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários.

Compartilha do mesmo entendimento Daneluzzi (2004, p.166) para a qual:

Foi silente, no entanto, o Código, quanto à hipótese de haver filhos comuns em concorrência com os filhos do autor da herança e o convivente sobrevivente (situação híbrida) e, neste ponto, julgamos que a interpretação que melhor se ajusta à igualdade de filhos preconizada e o direito do convivente é que se considerem tais filhos comuns, aplicando exclusivamente o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil.

Nesse sentido o enunciado nº.266 de autoria de Francisco J. Cahali, aprovado durante a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, no período de 01 a 03 de dezembro de 2004; aponta que, **266** – “Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”².

Se o convivente supérstite concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles (artigo 1.790, II, CC). Por outro lado, se houver descendentes comuns e descendentes unilaterais do *de cujus*, deve-se dividir igualmente os quinhões hereditários, incluindo o companheiro

² <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>

ou companheira, desaparecendo, pois, o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que caberia ao companheiro sobrevivente. Essa é a conclusão que se deflui da combinação dos incisos I e II do artigo 1.790, do diploma civil. Da mesma forma que só foi assegurado ao cônjuge sobrevivente a reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes com os quais concorresse fossem comuns, o privilégio assegurado aos descendentes do companheiro falecido de receberem o dobro do quinhão que couber ao companheiro sobrevivente só é assegurado quando inexistirem descendentes comuns, sob pena de se infringir o princípio constitucional da igualdade.

Tratando-se da concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, o legislador infraconstitucional deu privilégio aos ascendentes e colaterais até quarto grau, quando instituiu no inciso III, do artigo em tela, que o companheiro sobrevivente terá direito apenas a um terço da herança do *de cujus*, quando este concorrer com aqueles. Passam, portanto, a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe de ordem de vocação hereditária. Na falta de descendentes serão chamados os ascendentes, e na falta destes serão chamados os colaterais até quarto grau, ainda em concorrência com o convivente, uma vez que são também, os colaterais, parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o convivente sobrevivente para adquirir a totalidade do acervo.

Ao dispor sobre o assunto, Zeno Veloso (apud HINORAKA, 2003)

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cujus*. Temos de convir. Isto é demais! [...]

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

Sem dúvida, neste ponto o C.C. não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbiu de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu às indicações da histórica e da civilização.

Aproveitando que o C.C. está na *vacatio legis*, urge que seja reformado na parte que foi objeto deste estudo.

Observa Luiz Felipe Brasil Santos (2007) que:³

Concorrendo com parentes colaterais, o companheiro receberá apenas um terço da herança. E, destaque-se, um terço dos bens adquiridos durante a relação, pois, quanto aos demais, tocarão somente ao colateral. Assim, um colateral de quarto grau (um único "primo irmão") poderá receber o dobro do que for atribuído ao companheiro de vários anos, se considerados apenas os bens adquiridos durante a relação, ou muito mais do que isso, se houver bens adquiridos em tempo anterior.

O ideal seria que o companheiro viesse à frente dos colaterais, com a possibilidade de ficar com a totalidade da herança, pois, fazendo uma interpretação analógica de acordo com o da sucessão legítima do artigo 1.839, do Código Civil, os colaterais só seriam chamados a suceder se não houvesse companheiro ou cônjuge sobrevivente.

A nova lei também não estabelece o mínimo de um quarto da herança ao companheiro na concorrência com os ascendentes, demonstrando assim mais uma injustificável distinção entre a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge (art. 1.832, CC).

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm

A única hipótese que possibilita ao companheiro a totalidade dos bens da herança é a inexistência de parentes sucessíveis. O problema está na interpretação do caput, em conjunto com o inciso IV do artigo 1.790, do Código Civil, pois enquanto o caput do citado artigo diz que, o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, por sua vez o seu inciso IV, dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, terá o convivente direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no caput. Evidente que há antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso mencionado, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.

Entende Daneluzzi (2004, p.168) que:

Só herdar a totalidade da herança se não houver nenhum herdeiro sucessível, o que é quase impossível, pois estaríamos falando de herança jacente e vacante e do Poder Público como sucessor, e não como herdeiro (art. 1.844). Situação especial a que se encontra o convivente, pois, se não houver bens adquiridos por esforço comum, não será herdeiro, e, em alguns casos, o Poder Público será o único sucessor, mesmo havendo união estável.

Acerca do tema posto, Maria Helena Diniz (2006,p.144)apresenta uma construção interpretativa mais técnica sobre esse impasse pois segundo a mesma:

Há quem ache que, na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria direito apenas à totalidade da herança, no que atina aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois o restante seria do Poder Público, por força do art. 1.844 do Código Civil.

Ocorre que, na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não

existir herdeiro é que o Poder Público entra como sucessor, se houver herdeiro, aquele afasta-se da condição de beneficiário dos bens do *de cuius*.

Ressalte-se que, a Lei Civil reservou ao cônjuge supérstite, independente do regime de bens, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, se for o único desta natureza a inventariar, não obstante, o companheiro tem igual direito, por força do parágrafo único, do artigo 7º, da Lei n. 9.278/96 que, neste caso, continua em vigor, ao dispor que, dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união (matrimonial ou não). Pois como bem preleciona Maria Helena Diniz (2006, p.138):

Por isso, tendo como parâmetro o art. 5º da LICC, parece-nos que o viúvo deveria perder esse direito real de fruição sobre coisa alheia, assim que vier a convolar novas núpcias ou a formar união estável.

Por fim, nota-se que o legislador procurou dificultar a situação do companheiro, logo que, deverá provar a aquisição dos bens, a título oneroso, na constância da união estável. Sendo assim, o direito de participar da herança, restará prejudicado, se durante a convivência, nenhum bem foi adquirido, pois, não existirão bens para compor o direito de herança do companheiro sobrevivente, o qual não fará jus à meação, em virtude da falta de patrimônio comum.

CAPÍTULO 3: DISCRIMINAÇÃO DO COMPANHEIRO FRENTE AO DIREITO SUCESSÓRIO VIGENTE

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, pela Constituição Federal de 1988, fez surgir uma nova modalidade de constituir família sob a proteção do Estado, promovendo a quebra de velhos tabus, datados do Direito Romano, onde essas relações consistiam em um ato imoral e contrário aos costumes.

Os direitos patrimoniais do companheiro surgidos mediante a morte de seu titular, é tema bastante discutido em virtude das injustiças provenientes dos textos legais elaborados com o intuito de regulamentá-la.

3.1 O Código Civil de 2002 e o posicionamento crítico da doutrina

Em virtude das tentativas frustradas da Lei nº. 8.971/94 e da Lei nº. 9.278/96 de disciplinar o regime patrimonial decorrente das relações de fato, de maneira clara e eficaz, procurou o legislador de 2002, ordená-lo em conformidade com o § 3º do artigo 226, da Carta Magna, buscando amparo para a família constituída através da união estável, contudo, surgiram muitas críticas ao tratamento conferido pela Legislação Civil vigente, visto que, verificaram-se várias lacunas nas regras que tratam das relações patrimoniais do companheiro, após a morte do seu convivente.

Notou-se certo preconceito quanto aos direitos do companheiro sobrevivente, ao consignar apenas sua participação na sucessão do *de cuius*, mediante os abusos acobertados pelo artigo 1.790, do Código Civil, admite-se que a inclusão da matéria relativa ao companheiro no ordenamento jurídico brasileiro, representou um grande

avanço do Direito Pátrio, contudo, fica a discrepância da má elaboração da norma ao cuidar de assunto tão polêmico e tão importante.

Nota-se a deficiência deste dispositivo, alvo de questionamentos por parte da doutrina, em virtude da inclusão do artigo nas disposições gerais, do Título da Sucessão em Geral, dispendo Venosa (2007, p.132) que:

O atual Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no art. 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária:

[...]

A impressão que o dispositivo transmite é de 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.

Contudo, percebe-se que as regras do artigo 1.790, melhor se adequam aos dispositivos que tratam da ordem de vocação hereditária. Tentou, talvez, o legislador evitar censuras sociais, temendo uma repercussão contrária.

Outros problemas foram encontrados no artigo supramencionado, conduzindo o companheiro supérstite a uma situação inferior à do cônjuge sobrevivente. Dispõe o artigo que o companheiro só participará da sucessão quanto aos bens adquiridos a título oneroso, na constância da união estável, limitando e restringindo o direito sucessório do companheiro, ao permitir herdar, o que lhe couber, referente aos bens obtidos onerosamente durante a convivência. Posiciona-se nesse sentido Rodrigues (2002, p. 117) ao afirmar que:

Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos *onerosamente* na vigência da união estável.

Contudo, avalia-se que a inexistência de bens comuns, adquiridos onerosamente, resultaria no desamparo total do companheiro sobrevivente, prejudicando tanto sua meação quanto o direito a herança, diferentemente do que ocorreria com o cônjuge supérstite, quando incluído na mesma situação, pois, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, não subsistindo patrimônio comum, este herdaria em concorrência com os descendentes ou ascendentes, uma porção equivalente aos bens particulares do *de cujus*, e na falta destes teria direito a todo o acervo hereditário. O companheiro foi colocado em situação infinitamente inferior a prevista para o cônjuge, visto que, além de não fazer *jus* aos bens adquiridos antes da vigência da união estável, terá ainda que concorrer com os descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau.

Verifica-se, portanto, que existe um tratamento diferenciado atribuído ao companheiro, no tocante às relações patrimoniais, dando-lhe posição inferior e desvantajosa, em face da condição privilegiada que se encontra o cônjuge, já que em outras situações previa-se os mesmos deveres relativos a estes, em virtude do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

3.2 A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Com a promulgação da Lei nº. 10.406/02 (Código Civil), a união estável foi definitivamente inserida no Direito Pátrio, embora questões ainda sejam decididas pela magistratura nacional, especialmente as relativas à sucessão do companheiro.

Ao analisar o dispositivo do artigo 1.790 do Código Civil, percebe-se que o companheiro participará na sucessão do outro, apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, concorrendo por sua vez, com os

filhos comuns, com os descendentes só do autor da herança e com outros parentes sucessíveis. Como bem dispõe o artigo supracitado, *in verbis*:

Art. 1790. 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.

Por outro lado, o artigo 1.829 do mesmo diploma legal, estabelece uma discriminação entre o companheiro e o cônjuge, ao dispor que a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido e no regime de comunhão universal ou da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente; aos colaterais. Confirmando a discriminação no artigo 1.838, do Código Civil, quando dispõe que na falta de descendentes e ascendentes, será a herança deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Ao comparar os dispositivos do artigo 1.790 com os dos artigos 1.829 e 1.838, ambos do Código Civil, e considerando que o artigo 1.845 do citado código, afirma ser o cônjuge herdeiro necessário, e considerando que o atual diploma civil discriminou os companheiros, ao tratar de sucessão, pois, enquanto o cônjuge sobrevivente está classificado em terceiro grau na linha sucessória, o companheiro sobrevivente, de acordo com as regras estabelecidas pelo artigo 1.790, encontra-se

em flagrante desvantagem, ferindo assim diversos princípios constitucionais, dentre os quais o princípio da isonomia, afrontando, diretamente o § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, que reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

As regras estabelecidas pelo novo Código Civil em matéria de união estável, representam um retrocesso, principalmente em relação aos direitos sucessórios, o que vem merecendo severas críticas da doutrina e da jurisprudência. Aduz Diniz (2006, p.148) que:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre o cônjuge e o convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento (CC, arts. 1.845, 1.846 e 1.857), pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente, não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem.

A magistratura nacional vem promovendo encontros para estabelecer regras e critérios de aplicação dos dispositivos legais do novo Código Civil aos casos concretos, pode-se observar nos enunciados aprovados pela Jornada de Direito Civil⁴, promovida pelo STJ, destacando-se aqueles referentes ao Direito de Família e a Sucessões:

⁴ <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>

ENUNCIADO 97 – Art. 25: no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

ENUNCIADO 99 – Art. 1.565, § 2º: o art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, *caput*, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

ENUNCIADO 115 – Art. 1.725: há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

ENUNCIADO 117 – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.

Percebe-se que a magistratura brasileira começa a se posicionar a respeito do tratamento desigual dispensado ao companheiro em relação ao cônjuge, afrontando a proteção jurídica reservada pela Carta Magna à união estável, declarando-se favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, como dispõe os enunciados elaborados no I Encontro dos Juizes de Família do interior de São Paulo⁵:

ENUNCIADO 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.

ENUNCIADO 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 tem meação.

⁵http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CAO_CIVEL/%C3%81REAS%20DE%20ATUA%C3%87%C3%83O/C%C3%8DVEL%20EM%20GERAL/DIVERSOS/ENUNCIADOS.DOC

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

Observa-se que a partir de iniciativas como as transcritas acima, é que a questão deverá ser resolvida pelos tribunais brasileiros, corrigindo essas e outras inconstitucionalidades existentes no Código Civil.

3.3 As modificações propostas ao artigo 1.790 pelo Projeto de Lei nº. 6.960/2002

O projeto de lei nº. 6.960/2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, pretende alterar a redação de diversos artigos, inclusive a do artigo 1.790 do Código Civil vigente, buscando diminuir as desigualdades impostas pelo novel diploma quanto à sucessão do companheiro, o qual passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime de separação obrigatória (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo Único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.⁶

A justificativa para esta alteração reside no sentido de que: “o art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre

⁶ http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/legislacao/pl_n_6960.pdf

companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor – Leis nº. 8.971/94 e 9278/96”.⁷

Nota-se ainda que a redação proposta para o caput do artigo deixa de restringir a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, passando, diversamente a ser genérica, ou seja, não mais fazendo distinção quanto às diversas modalidades de bens.

Entende Venosa (2007, p. 137) que:

Essa redação, no entanto, faz mais justiça e afina-se com o sistema anterior ao vigente Código. Veja que o companheiro concorrerá com os descendentes do morto, sejam seus ou não, sempre com a metade do que couber a eles. Não se faz mais a distinção da redação do Código de 2002 quanto à origem da filiação. [...] Modifica-se a situação se o convivente concorrer com ascendentes, quando então receberá a metade do que couber a cada um deles. Finalmente, elimina-se a injustiça de se ter o companheiro sobrevivente concorrendo com colaterais de até quarto grau: na falta de descendentes e ascendentes, o sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Urge que esse texto seja aprovado, pois a redação original do artigo é simplesmente retrógrada, para dizer o mínimo.

Porém percebe-se que mesmo no projeto não existe uma equiparação entre cônjuge e companheiro no tocante à quota atribuída ao companheiro, pois quando concorrer com descendentes, herdará como se fosse meio filho, o que não ocorre com o cônjuge, que herda como se fosse um filho.

Já em concorrência com ascendentes, o companheiro herdaria como se fosse meio ascendente, havendo novamente, desigualdade, pois o cônjuge herdará como prevê o artigo 1.832 Código Civil, ou seja, como se fosse mais um ascendente.

A alteração legislativa procura ampliar os direitos sucessórios do companheiro, sem, no entanto, assegurar a equiparação com os direitos sucessórios assegurados ao cônjuge.

⁷ http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/legislacao/pl_n_6960.pdf

É significativa a alteração, pois todo o contorno e conteúdo do dispositivo são alterados. Porém, tal projeto de lei, como se extrai de seu texto, não consegue resolver todos os pontos críticos existentes na sucessão dos companheiros e ainda preserva a discriminação em relação aos direitos dos cônjuges.

Contudo, vê-se que, mesmo com a aprovação da nova redação proposta ao artigo 1.790 pelo projeto de lei acima citado, não extingue a discrepância provocada pelo novo diploma civil quanto à sucessão do convivente em relação ao cônjuge, apenas proporciona ao convivente uma situação menos desfavorável.

3.4 Discussão a partir dos fundamentos apresentados

É notório que a união estável sofreu várias modificações ao longo dos anos, a primeira mudança significativa ocorreu quando este instituto passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como entidade familiar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual no parágrafo 3º, do artigo 226, assim o estabelece, passando então a existir uma nova forma de constituição de família, além do casamento. Porém, a Carta Magna não estabeleceu critérios e nem regulou tal artigo, o que só ocorreu anos depois com as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96, as quais estabeleceram parâmetros para a sucessão do companheiro sobrevivente.

Contudo, essas leis foram parcialmente revogadas após a publicação do novo Código Civil, que trouxe em seu bojo inovações na sucessão do cônjuge, o qual assumiu lugar de destaque, passando a ostentar a qualidade de herdeiro necessário. O que ocorreu quanto à sucessão do convivente sobrevivo, para o qual o novel diploma assegurou a participar da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

O novo diploma civilista peca, no artigo 1.790, ao estabelecer tratamento discriminatório ao direito sucessório do companheiro, pois conforme dispõe, o convivente sobrevivente terá este direito de herança limitado aos bens adquiridos na vigência da união de fato, serão bens comuns, submetidos a regra da comunicabilidade; na concorrência com os descendentes comuns a herança será dividida em partes iguais; se concorrer com filhos só do autor da herança, dispõe o Código Civil, que o companheiro terá direito a metade do que couber a cada um daqueles; e quando concorrer com ascendentes e colaterais até o quarto grau, o convivente terá direito apenas a um terço da herança.

Observa-se, portanto, que tendo em vista a sucessão do cônjuge, o companheiro tem seu direito sucessório restringido pelo diploma civil, o que fere os preceitos estabelecidos na Constituição Federal, que dá a união estável o *status* de entidade familiar, como confirma em seu artigo 226, § 3º, *in verbis*:

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

[...]

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento.

Entende Zeno Veloso (*apud* HINORAKA, 2003) que:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o 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.

Portanto, percebe-se que o Código Civil não seguiu o disciplinamento imposto pela Carta Magna, uma vez que aquele atribui ao companheiro situação muito

inferior a atribuída ao cônjuge, além de ferir os direitos a liberdade de escolha e a igualdade, princípios esses regentes da Constituição Federal vigente.

Observa-se então que o Código Civilista Pátrio, em seu artigo 1.790, não respeita os ensinamentos constitucionais, constatando-se assim a sua inconstitucionalidade e a discriminação sofrida pelo convivente no direito sucessório vigente.

Há, contudo, a necessidade de reformulação ou até revogação deste artigo, o que seria mais sensato, sendo o companheiro incluído no inciso III, do artigo 1.829 do Código Civil, o qual passaria a ser herdeiro necessário, em terceiro grau de sucessão, equiparando-se, portanto, ao cônjuge.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a explanação feita acerca do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, constatou-se um total desrespeito a união estável, presumindo, portanto, que ainda existem preconceitos a esse tipo de união. Assim, ao reproduzir regras tratadas em outras legislações, sob influência de pensamentos retrógrados, percebe-se um verdadeiro retrocesso do novo Código Civil pátrio.

Observou-se a necessidade de buscar no passado o melhor entendimento do instituto da união estável mediante o estudo de sua essência. No decorrer dessa pesquisa, verificou-se que a união de fato era tida como ato imoral e que afrontava os valores e princípios norteadores da família legítima, razão pela qual se justificou a morosidade no reconhecimento da união de fato como entidade familiar.

Com a propagação deste instituto, foi necessário um disciplinamento jurídico capaz de reconhecer todos os seus efeitos, inclusive os patrimoniais. Percebendo essa disseminação, o legislador constituinte procurou reconhecer a união estável, entre o homem e a mulher, como uma entidade familiar, com proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Constatou-se, portanto, uma nova forma de constituir família, além do casamento, porém, com conseqüências jurídicas diferentes, principalmente quanto às relações patrimoniais. Notou-se certa proteção ao instituto do casamento ao constatar o privilégio que foi tratado o direito sucessório do cônjuge supérstite, ao contrário do estabelecido ao companheiro sobrevivente.

Foi possível alcançar os objetivos propostos neste estudo, haja vista que reproduzidas no conteúdo dos referidos capítulos, mediante a utilização dos métodos de pesquisa exegético-jurídico e o histórico-evolutivo, o trabalho foi escrito

numa seqüência lógica como a que segue: no primeiro capítulo foi abordado a evolução do instituto em questão, desde sua constatação até os dias atuais; o segundo capítulo versou sobre os aspectos gerais da sucessão, distinguiu a meação da herança, respeitando as particularidades de cada um, dispôs acerca da sucessão do cônjuge e do companheiro e quando concorrem com descendentes, ascendentes e na ausência destes e, por fim, procedeu-se acerca da análise da problemática proposta, através dos posicionamentos legais e doutrinários sobre o tema, a possível inconstitucionalidade do artigo 1790, do Código Civil e a discriminação imposta ao companheiro pelo diploma civilista pátrio.

Alcançados também os resultados propostos, quais sejam: confirmou-se a discriminação sofrida pelo companheiro no novel Código Civil, constatou-se que a doutrina relega o tratamento proferido do convivente no diploma civilista pátrio; confirmaram-se deveras, o problema e a hipótese formulada, *a priori*, sendo aquele retratado na seguinte problematização: Existe discriminação do companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório vigente frente as disposições constitucionais? Bem como a hipótese previamente elaborada: Sim, observando o novo ordenamento civil pátrio, verifica-se que este atribui ao companheiro sobrevivente patamar inferior ao do cônjuge na sucessão, ao contrário do que dispõe a Constituição Federal que equipara a união estável à entidade familiar.

Percebeu-se ao longo da pesquisa, que o diploma legal civil de 2002, no artigo 1.790, fez referência ao direito hereditário do companheiro de forma restritiva, limitando a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, tratando-lhe com diferenciação em relação ao cônjuge sobrevivente, expondo-o a uma situação inferior e desvantajosa, ferindo a Constituição Federal de 1988, que garante em seu bojo a igualdade e a liberdade de escolha.

Baseando-se na diferenciação de tratamento, imposto pelo citado diploma legal, aos direitos do companheiro e do cônjuge, permitiu-se analisar os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, face a obscuridade da norma. Os entendimentos propostos por estudiosos do Direito serviram de fundamento para a aplicabilidade das regras impostas, para que se chegasse ao bem comum, fazendo valer o princípio maior que é a justiça.

Contudo, diante do exposto observou-se que a obscuridade da lei dificulta a aplicabilidade do artigo, observou-se também que em alguns momentos, a lei foi omissa deixando de dispor sobre situações de determinado valor, fazendo-se necessário sua modificação, para alcançar os anseios sociais. Verifica-se a necessidade de reformulação do artigo 1.790 do Código Civil, nos moldes que foi elencado na ordem de vocação hereditária para os cônjuges, incluindo neste patamar os companheiros, com a finalidade de reconhecimento da união estável como entidade familiar.

**UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL**

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Lex: Legislação Federal. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial da União. Brasília, DF, de 29 de dezembro de 1994.

_____. Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, de 10 de maio de 1996.

_____. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1916.

_____. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas nº 1 a 100. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 15set. 2007.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *A união estável e o novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.58, ago, 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>>. Acesso em: 17set. 2007.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. V.6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Enunciados aprovados – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <
<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> > Acesso em: 22ago. 2007.

Enunciados aprovados - III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <
<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf> > Acesso em: 12ago. 2007.

FARDIN, Noemia Alves. *Concubinato; Aspectos sociojurídicos da união estável*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FIUZA, Ricardo. *Projeto de Lei nº. 6.960/2002*. Disponível em: <
http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/legislacao/pl_n_6960.pdf >. Acesso em: 15set. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>>. Acesso em: 17 set. 2007

I Encontro dos Juizes de Família do Interior- Enunciados Aprovados pelo Plenário. Disponível em : <
http://www.mp.sp.gov.br/pls/porta1/docs/PAGE/CAO_CIVEL/%C3%81REAS%20DE%20ATUA%C3%87%C3%83O/C%C3%8DVEL%20EM%20GERAL/DIVERSOS/ENUNCIADOS.DOC >. Acesso em: 09set. 2007.

OLIVEIRA, Ana Paula Ribeiro Rocha. *A Sucessão da União Estável*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm >. Acesso em: 03 ago. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

QUEIROGA, Antônio Elias. *Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Sucessões v.7.* 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Orlando. *União estável.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família.v.6.* 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões.v.7.* 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.