



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA, REGISTROS
PÚBLICOS E SUCESSÕES**

**INSEGURANÇA JURÍDICA DOS DIREITOS
SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL**

MARIA CARNEIRO SANFORD

Fortaleza / CE – Maio, 2011

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Maria Carneiro Sanford

**INSEGURANÇA JURÍDICA DOS DIREITOS
SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro Social de Estudos Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito.

Orientador: Prof. Tiago Araújo Filgueiras,
Ms

**Fortaleza - Ceará
Maio/2011**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA,
REGISTROS PÚBLICOS E SUCESSÕES

Título do Trabalho:

**INSEGURANÇA JURÍDICA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS
NA UNIÃO ESTÁVEL**

Autor: Maria Carneiro Sanford

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

**Orientador: Prof. Tiago Araújo Filgueiras, Mestre
Faculdade 7 de setembro**

**Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP**

**Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu sabedoria para buscar sempre entender os acontecimentos e utilizá-los para o bem.

Agradeço a memória e o orgulho de meus pais que sempre me incentivam, mesmo em suas ausências, quando sinto seus sorrisos em mais uma etapa minha finda.

Agradeço a outra metade de mim mesma que luta contra o marasmo e a falta de atitude e me impulsiona para o saber como uma mola propulsora.

Agradeço ao meu orientador Tiago Araújo Filgueiras pelos seus ensinamentos e profissionalismo que me fizeram continuar a me dedicar ao direito de sucessão.

Por fim, agradeço a todos da Escola Superior do Ministério Público que tornaram agradáveis todas as idas para as aulas as sextas e sábados.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo demonstrar aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes às formas do instituto familiar da União Estável no direito brasileiro no que concerne aos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente. Aborda aspectos históricos da união estável, que foi institucionalizada como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, sua conceituação, a proteção do estado e os direitos sucessórios advindos das Leis 8.971/94 e Lei 9.278/96, ambas revogadas pelo Código Civil de 2002. Procura evidenciar de forma sucinta as diferenças entre os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente comparando-os com os do companheiro sobrevivente.

Palavras-chave: Família; União estável; Direitos sucessórios; Cônjuge e Companheiro.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	07
1	REVOGAÇÃO TÁCITA DAS LEIS.....	09
2	ASPECTOS CRÍTICOS DA UNIÃO ESTÁVEL.....	13
3	A UNIÃO ESTÁVEL E LEGISLAÇÃO ANTERIOR AO CÓDIGO CIVIL.....	18
3.1	Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.....	18
3.2	Lei nº 9.278, de maio de 1996.....	20
3.3	A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002.....	21
4	ASPECTOS DA PARTILHA DE BENS NO CASAMENTO.....	31
4.1	Concorrência com os descendentes do autor da herança.....	35
4.2	O cônjuge concorrendo com ascendente.....	39
4.3	Direito real de moradia.....	41
5	CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL COMPARANDO OS DOIS INSTITUTOS.....	42
	CONCLUSÃO.....	49
	REFERENCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo discorrer sobre os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente nas relações patrimoniais oriundas da união estável demonstrando a fragilidade destes direitos perante as legislações vigentes.

Justifica-se esta abordagem na insegurança jurídica dos companheiros em relação aos direitos sucessórios conquistados pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96 frente ao direito posto no Código Civil, o artigo 226 da Constituição Federal e os princípios constitucionais aplicados.

A primeira indagação que interessa para trabalhar sobre o tema – Sucessão do Companheiro, objeto deste trabalho, foi se houve ou não a revogação tácita das Leis 8.971/94 e 9.278/96 perante o Novo Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal.

No primeiro capítulo tem-se a intenção de examinar o instituto de revogação das leis com a finalidade de analisar a vigência das Leis 8.971/94 e 9.278/96 frente ao novo Código Civil e perante a Constituição Federal de 1988 e, longe de pretender encerrar a polêmica suscitada, tem mais o intuito de identificar a razão da não uniformização das decisões judiciais.

A Constituição Federal Brasileira, em que pese ter elevado a União Estável à condição de entidade familiar deixa dúvidas quando afirma que o Estado deverá facilitar a sua conversão em casamento, dando a conotação, embora não intencionalmente, de que o casamento teria mais valia por ser institucionalizado e, tendo suas questões patrimoniais mais facilmente resolvidas em razão da legislação abranger todos os aspectos jurídicos delas oriundas.

No segundo capítulo vai-se abordar os conceitos e os aspectos críticos da união estável.

E, por fim, no terceiro capítulo discorre-se sobre a legislação atualmente aplicada na sucessão de companheiros e as mais diversificadas decisões de nossos tribunais, em razão, também, da falta de unanimidade doutrinária sobre a matéria.

A metodologia a ser aplicada será a bibliográfica e documental, mediante a utilização da doutrina nacional publicada em forma de livro, decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros, publicações disponibilizadas na internet, revistas, publicações avulsas, impressas, projetos, leis, normas resoluções, pesquisas *on line*, desde que envolvam o tema em estudo.

A pesquisa será pura com a finalidade de simplesmente ampliar o conhecimento até por que não se pretende transformar a realidade. Ao mesmo tempo será qualitativa, no sentido de ater-se às citações teóricas não buscando critérios de representatividade numérica, mas apenas uma compreensão do tema.

1 REVOGAÇÃO TÁCITA DAS LEIS

Até os dias atuais nenhum autor se debruçou especificadamente sobre a revogação tácita das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Contudo, podemos trazer a baila o fato de que o novo Código Civil Brasileiro, bem posterior às leis acima referidas, dedicou artigos específicos que regulam a sucessão na União Estável.

Imperioso ressaltar que não houve revogação expressa das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e perante o novo regramento do Código Civil de 2002 esta dubiedade vem acarretando sérios entraves e enormes prejuízos aos que vivem sobre o manto da união estável, especialmente no que diz respeito aos direitos sucessórios, uma vez que ficaram a cargo do Poder Judiciário todas as decisões referentes à aplicabilidade ou não destas leis ou da novel lei substantiva civil brasileira.

É fácil verificar a dúvida da vigência destas Leis na falta de unanimidade das decisões judiciais, nas quais alguns juízes ou Tribunais aplicam-nas como vigentes estivessem, enquanto outros simplesmente as ignoram, especialmente, quando se referem ao direito real de moradia, não recepcionado pelo atual código civil ao companheiro sobrevivente.

Em razão de norma constitucional (art.5º,XXXV) o poder Judiciário não pode se negar à apreciação de ameaça ou lesão a direito. Também, é forçoso reconhecer que em face da discussão doutrinária, se houve ou não revogação tácita das leis 8.971/94 e 9.278/96, seguramente ainda existirão muitas disputas jurídicas onde o julgador, em alguns casos, terá como referência a realidade da família contemporânea e aplicará os princípios constitucionais, ou, por apego a legalidade procrastinar as soluções de conflitos de interesses, aplicando em alguns casos somente o Código Civil e em outros somente as leis acima mencionadas, permitindo daí uma enxurrada de recursos judiciais com o amparo legal do Código de Processo Civil Brasileiro.

Como também não há unanimidade doutrinária sobre a matéria resta aos nossos tribunais a pacificação das questões judiciais de companheiros, fazendo com que estas demandas demorem anos, muitas vezes o suficiente para não atingirem seus objetivos, transformando-se numa verdadeira vitória de Pirro, uma luta inviável ao companheiro sobrevivente, que de tão cansativa e sacrificada praticamente não vale a pena alcançar.

Apesar do art. 226, §3º da CF “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” e dos princípios constitucionais aplicados, tal situação não se mostra satisfatória para a produção de uma justiça ordenada e lógica, pois sempre existirão decisões contraditórias para situações jurídicas iguais.

Segundo Tepedino (*on line*):

Diga-se, entre parêntesis, que o legislador poderia perfeitamente ter poupado o intérprete de tamanha dificuldade bastando que definisse melhor o seu propósito. O fato é que não o fez, deixando florescer a polêmica entre os aplicadores da lei.

O Instituto da Revogação das Leis se encontra na Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 2º, § 1º e, trata-se de instituto de verdadeira relevância para o estudo do direito brasileiro uma vez que não existe, no Brasil, nenhuma obrigatoriedade do legislador de deixar explícito no corpo de lei nova qual a legislação revogada por ela.

Tem-se notícia somente da Lei Complementar 95/98, que disciplina regras para elaboração de leis da esfera federal, que orientam no sentido de só permitir revogações explícitas. No entanto, tais regras se aplicam unicamente às leis federais.

Para enfatizar a importância do estudo da revogação das leis, cita-se Rigolin (2007 p. 43):

“Com efeito, muita vez o leitor e o aplicador resta sem saber se a extensa lei que acaba de ser promulgada revogou matéria legal anterior sobre o mesmo tema, ocasionalmente esparsa em diversas leis maiores e menores, ou se não revogou. Ou seja: não sobra claro, em ocasiões assim, se a nova lei afinal “disciplinou por inteiro” o assunto versado, e se o quis foi isso, ou se não o disciplinou na íntegra, mas apenas parcialmente.

E seja dito a respeito o seguinte: a não ser que de algum modo a jurisprudência superior decrete que aconteceu assim e assado, provavelmente nunca saberá ao certo e com definitividade se as regras anteriores estão ainda em vigor ou não mais ...sim, porque em legislação e no ordenamento jurídico existem inúmeras perguntas que simplesmente, e para desespero de muitos, nunca serão respondidas.” (sic)

Diniz (1996 p. 65), explana com maestria a questão da revogação das leis. No entanto, para não se transcrever todo o conteúdo da matéria, já que se é sabedor de que as Leis 8.971/94 e 9.278/96 não foram expressamente revogadas, vai-se identificar apenas o que interessa para este trabalho.

A revogação poderá ser ainda:

b) tácita, quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão “revogam-se as disposições em contrário” por ser supérflua. A revogação tácita ou indireta operar-se-á, portanto, quando a nova contiver algumas disposições incompatíveis com as da anterior, hipótese em que se terá a derrogação, ou quando a nova norma reger inteiramente toda a matéria disciplinada pela lei anterior, tendo-se, então a ab-rogação.

Acrescenta ainda em sua obra (Diniz *apud* Fiori, 1996, p.66),:

Fiore, ao se referir à incompatibilidade como critério de revogação tácita, pondera que, “quando a lei nova é diretamente contrária ao próprio espírito da antiga, deve entender-se que a ab-rogação se estende a todas as disposições destas, sem qualquer distinção”. Mas acrescenta: “em caso contrário, cumpre examinar cuidadosamente quais as disposições da lei nova absolutamente incompatíveis com as da lei antiga e admitir semelhante incompatibilidade quando a força obrigatória da lei posterior reduz a nada as disposições correspondentes da lei anterior: posterioris leges ad priori pertinente nisi contrariae sint. E sendo duvidosa a incompatibilidade, as duas leis deverão ser interpretadas por modo a fazer cessar a antinomia, pois as leis, em regra, não se revogam por presunção.

O que se pode verificar nestes ensinamentos é que a revogação tácita não pode ser presumida. Deve existir formalmente a incompatibilidade para que a lei anterior não possa mais ser aplicada, ou que o espírito da lei nova seja completamente incompatível com o espírito da lei anterior.

Deve-se identificar, obrigatoriamente, se tanto a lei nova como a antiga estão em consonância com a ordem jurídica dos novos preceitos constitucionais. Havendo incompatibilidade com imperativo constitucional é indubitável o efeito abrogativo da Constituição sobre todas as normas sendo para este mister desnecessária qualquer expressão utilizada no meio jurídico para revogação das leis.

O que se verifica no caso concreto, ou seja, na aplicação indiscriminada das Leis 8971/94, 9278/96 e do artigo 1790 do código civil é o que a doutrina chama de antinomia real. Diniz (1996, p.68), nos ensina:

Em resumo, para haver antinomia real será preciso a concorrência de três condições, que são: a) incompatibilidade; b) indecidibilidade; e c) necessidade de decisão, pois o reconhecimento dessa antinomia não excluirá a possibilidade de uma solução efetiva, pela edição de nova norma conflitante ou pelo emprego, pelo órgão julgante, tendo em vista o critério do justum, da interpretação equitativa, ou seja, dos mecanismos de preenchimento de lacuna, por ser tal antinomia uma lacuna de conflito (LICC, arts. 4º e 5º). Embora a antinomia real seja resolúvel, ela não deixa de ser uma antinomia, porque a solução dada pelo magistrado a resolve tão-somente no caso concreto, não suprimindo sua possibilidade no todo do ordenamento jurídico, e mesmo na hipótese de edição de uma nova derogatória que poderá eliminar a antinomia, embora possa gerar outras, concomitantemente.

É exatamente esta situação que se vai demonstrar a seguir, onde em que pese os princípios constitucionais como norma de hierarquia superior, mesmo assim a dubiedade das decisões judiciais não exaure os conflitos de decisões a caso concreto de sucessão de companheiro, mas cria nova onda de discussões jurídicas, as quais nem todos os magistrados são adeptos, tendo em vista a aplicação da lei ordinária em detrimento da norma constitucional.

2 ASPECTOS CRÍTICOS DA UNIÃO ESTÁVEL

“No direito de família as condicionantes culturais têm seus matizes próprios e conduzem o processo ao sabor da dinâmica dos sentimentos e das necessidades humanas”. MALHEIROS (1997).

O conceito de família podia ser analisado sob duas acepções: uma, em sentido amplo, como o conjunto de pessoas ligadas por parentesco englobando também os afins, tios e primos e o segundo, na acepção mais restrita, que abrangia pais e filhos.

Com a Constituição de 1988 esta acepção restrita de família de pais e filhos foi ampliada para acrescentar de um dos pais e seus filhos, ou de apenas irmãos, e, a de um homem e uma mulher em união estável, tendo esta reunião de seres humanos, como princípio basilar, a “dignidade da pessoa humana”.

Cabia, portanto, ao legislador a necessidade de harmonizar a sociedade que ainda se amarrava no passado e a que tendia a olhar para o futuro fazendo leis que regulassem novas formas de relações familiares, “*in casu*” a união estável entre homem e mulher, garantindo-lhes proteção estatal.

Convém ressaltar que a partir da década de 70, com a Lei do Divórcio as uniões matrimoniais ganharam fôlego como a única opção dos desquitados. A partir da década de 80 outras razões incrementaram o aumento das uniões informais. Atualmente é a primeira opção de vida conjugal, mormente nas camadas mais jovens da população e nos grandes centros urbanos, e são pautadas no amor, no respeito, na afeição, na solidariedade, no auxílio material e moral, na fidelidade.

Incontáveis foram as modificações introduzidas no direito de família com o escopo de fazer com que o direito de família passasse a abordar fenômenos humanos ligados a afetividade das pessoas envolvidas.

Na realidade, a união estável é de fato a primeira opção de vida conjugal para todas as camadas sociais da população seja das cidades interioranas ou nos grandes centros urbanos em virtude da liberdade sexual das pessoas. Em razão deste estado de fato o Código Civil teve que se atualizar para proteger juridicamente o amor, o respeito, a afeição, a solidariedade, o auxílio material e moral, a fidelidade, que são os princípios basilares para a existência da união a ser protegida pelo Estado.

Parodi (2007, p.112), a conceitua como:

“A união estável é uma alternativa de conjugalidade, diversa dos romances eventuais e mesmo de um casamento de experiência. Firmada entre seres de sexos opostos, movidos por afinidades pessoais, com a finalidade precípua de partilharem o cotidiano, constituir uma unidade familiar estável e com ânimo de duração; pública – conquanto seja relação de fato, pois de sua gênese se excluiu a celebração do casamento; baseada no dever de lealdade, respeito e assistência, com atividade sexual presumida; e a verificação, in casu, do esforço financeiro comum, havendo via de regra, legitimidade para as ações de caráter patrimonial subjetivo, subentendidos os alimentos, partilha de bens e sucessões; amparada ainda pelos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade, fator que a faz reconhecida perante a sociedade, como entidade familiar, concedendo-lhe legitimidade para a geração, criação de filhos e a constituição do poder familiar, observados os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos, tudo em paridade com a filiação matrimonial; não sendo perpétua, pode se dissolver a qualquer momento, pela vontade de uma ou de ambas as partes”.

A União estável está regulamentada no artigo 1723 do código civil de 2002, cujo caput dispõe que:

(...) é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, e no artigo 1724, as relações pessoais entre companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos (...).

Fazendo uma análise das normas legais acima é fácil verificar que a proteção estatal garante que homens e mulheres possuam direitos e deveres iguais referentes à sociedade. A mulher deixa de ser simples colaboradora e companheira e passa a ter poder de decisão conjuntamente com o homem;

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo aos companheiros o poder familiar conjuntamente, e, na falta ou impedimento de um deles o outro exercerá com exclusividade, baseando-se sempre no princípio da paternidade e maternidade responsável;

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Os filhos havidos na constância da união estável terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas, quaisquer designações discriminatórias.

As questões judiciais de casais em união estável saem dos limites mesquinhos da tipologia das sociedades empresariais, a que sempre foram renegadas, e se transportam para a área mais sensível do direito de família, em razão da natureza familiar da matéria tratada.

No entanto, em que pese o reconhecimento da União estável como família a mesma Constituição Federal remete ao legislador infraconstitucional a criação de lei que facilite a conversão em casamento (art. 1726 do CC), e é sob este diapasão que se pretende afirmar que a União Estável não foi igualada ao casamento, por tratar-se de institutos jurídicos diversos, mas que houve uma proteção estatal com a finalidade de não mais permitir injustiças sociais.

Mais uma vez citando Parodi (2007, p. 111),:

Não são poucos os doutrinadores que entendem ser o casamento, ainda, a espécie privilegiada pelo ordenamento jurídico, tanto que, em identidade ao passado religioso católico do país, o art. 1515 do novo Código, avanteja os casamentos meramente religiosos, equiparando-o ao civil. Principalmente, deve-se a celeuma ao fato de ter, o legislador constitucional, atribuído a sua motivação, para equiparação das duas origens primas de células familiares, à proteção de ordem estatal. E ainda promovendo norma programática, relativa à Lei de Registros Públicos, garantindo a facilitação da conversão da união estável em casamento. Induziria a uma leitura de desprestígio às uniões livres, demonstrando que a vontade social é favorável à constituição de famílias, mediante o matrimônio. Quase como uma benesse jurídica de incluir o antigo concubinato na linha oficial de entidades familiares, em nome da proteção do estado como um todo. Deixando implícito que os indivíduos têm algum espaço para auto-regulamentação, mas havendo um caminho facilitado para quem pretende se adequar às linhas convencionais. Conquanto não se olvida da equiparação efetivada, entre os efeitos patrimoniais e jurídicas de ambas as uniões.

Levando-se em conta estes aspectos necessários para a convivência em comum e diante da realidade social de repúdio as instituições formais e da quantidade de casamentos desfeitos, entende-se as razões pelas quais, o legislador, ainda quer manter a instituição do casamento.

Para corroborar com o disposto acima veja-se o entendimento do STF em decisão em RTJ 163/116, que assim se pronunciou:

Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu, do benefício da pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 5º da Lei 4.069-62. A essa orientação não se opõe a norma do § 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que, além de haver entrado em vigor após o óbito do instituidor, coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta, naquele. (grifos nossos).

Com a elevação da união estável ao conceito de família se fazia necessária a edição de leis que regulassem a questão das responsabilidades pessoais e patrimoniais destas relações, dada a repercussão deste companheirismo em relação a terceiros.

Vieram, portanto, as primeiras Leis sobre a união estável, quais sejam a Lei 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996, que hoje se cogita se foram ou não revogadas, tendo em vista os artigos 1.790 e 1.831 do Novo Código Civil.

A União Estável não está dissociada de fatores externos sofrendo repercussão de questões sociais, culturais, morais, religiosas, econômicas, que de uma forma ou de outra também influenciam os legisladores e aplicadores da Lei, daí a razão de das mais diversas decisões em relação à matéria.

Citando Gama (1998, p.18),:

“O importante é ter-se sempre em atenção que a natureza humana, independentemente do tipo de união ou convivência mantida com outrem, é criativa e rica em sentimentos nobres que devem ser reconhecidos não de forma odiosa, mas sempre com fins ao estímulo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, a miséria, a marginalização, a discriminação, enfim, procurando-se atingir os objetivos fundamentais de toda nação civilizada como deve ser a República Federativa do Brasil.”

3 A UNIÃO ESTÁVEL E LEGISLAÇÃO ANTERIOR AO CÓDIGO CIVIL

Passa-se então a análise das leis anteriores ao novo código civil no que se refere à matéria de sucessão fazendo-se a necessária transcrição.

3.1 Lei N. 8.971, de 29 de dezembro de 1994

Esta lei, no caput do artigo 1º reconhecia direitos somente à companheira ou companheiro comprovado de um homem ou mulher solteiro (a), separado (a) judicialmente, divorciado (a) ou viúvo (a), que com ele ou ela viva há mais de 5 anos, ou dele tenha prole. Parodi (2007, p.115), referindo-se a este artigo a autora ensina:

“Destaque especial para a ausência de assertividade do legislador, que claramente evita traduzir a união estável como espécie de entidade familiar, em que pese a Lex ter sido editada no ano de 1994, portanto, posterior à Constituição Federal.”

Nesta Lei somente os artigos abaixo transcritos fazem referência à sucessão. (*verbis*)

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

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

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

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

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

A Lei 8.971/94 só possui o artigo 2º e artigo 3º que se referem à sucessão do companheiro sobrevivente. Fazendo uma análise destes artigos com a legislação posterior, Lei 9.271/96 e Código Civil de 2002, pode-se identificar que:

(a) Pela Lei 8.971/94 o companheiro, enquanto não constituísse nova família, participava da sucessão apenas como usufrutuário. O seu direito resumia-se apenas ao usufruto da quarta parte do autor da herança, quando houvesse filhos comuns ou somente filhos do *de cuius*, e, restou garantido o usufruto a metade dos bens se não houver filhos embora sobrevivam os ascendentes.

(b) A totalidade da herança somente lhe era atribuída se não existissem nenhum dos acima referidos.

Pelo novo código civil pode-se perceber que a sucessão de companheiros foi regulamentada no artigo 1.790, dando nova fórmula de cálculo a cada uma das situações elencadas na Lei 8.971/94, ampliando a condição do companheiro que deixa de ser um mero usufrutuário para ser um sucessor.

(c) A norma do artigo 3º referia-se ao direito de metade dos bens deixados pelo autor da herança desde que houvesse colaboração do (a) companheiro (a), cuja colaboração necessitava, em caso de dúvida, ser provada. Este artigo 3º da Lei 8.971, que dispunha sobre a necessidade de colaboração do companheiro sobrevivente para construção do patrimônio, foi revogado logo depois, com a edição da Lei 9.278/96. Aqui, para que o companheiro tivesse direito à meação deveria provar que contribuiu para a existência dos bens deixados pelo companheiro falecido

No entanto, no artigo 5º da Lei 9.278/96 reza:

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Existe apenas uma ressalva que cessa a presunção deste artigo, nos casos em que a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

3.2 Lei N. 9.278, de 10 de maio de 1996

Esta Lei reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir família. Revogando o artigo da Lei 8.278/94 deu-se mais ênfase ao objetivo de constituição de família, embora não tenha definido o tempo necessário para que a união estável fosse tida como duradoura. Como já frisou-se anteriormente, a doutrina não foi uniforme e mais uma vez restou ao Poder Judiciário a orientação de tal conceito.

Sobre sucessão somente os artigos abaixo transcritos:

Art.5º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do “caput” deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 7º - Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Note-se que o “caput” do artigo 7º se refere à alimentos, matéria completamente estranha do seu parágrafo único, este sim, tratando de direito sucessório de habitação.

A Lei 9.278/96, como se vê, também possui somente dois artigos (5º e 7º) sobre a sucessão de companheiros. Por esta Lei (artigo 9º) o companheirismo deixou de ser tratado na seara do direito das obrigações aportando para o direito de família com efeitos jurídicos no direito das sucessões em virtude de seu reconhecimento como espécie de família.

Institui, também esta Lei, a possibilidade de opção dos companheiros pelo regime de bens na forma do § 2º do artigo 5º “a administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

Pelo artigo 5º os bens podem ser adquiridos por um ou por ambos os conviventes a título oneroso, e são considerados fruto do trabalho de ambos e da colaboração comum, ficando 50% (cinquenta por cento) para cada ou outra estipulação em contrato escrito, independentemente de comprovação da contribuição do companheiro sobrevivente. Vale repetir a ressalva do § 1º na qual cessa esta presunção se os bens comprados sejam frutos de bens adquiridos antes da união.

No parágrafo único do artigo 7º foi concedido ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, enquanto não constituir nova união ou casamento. Tal direito não foi recepcionado pelo novo código civil não tendo sido conferido ao companheiro mas, tão somente, ao cônjuge sobrevivente pelo artigo 1831 do CC.

3.3 A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002

Pelo Código Civil de 2002 se reconhece mais uma vez a *affectio* entre os companheiros “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”

Pode-se verificar que não houve muita inovação com relação ao conceito da Lei 9.278/96. A novidade maior se encontra no parágrafo primeiro do artigo 1723 quando se refere que as pessoas casadas e desde que separadas de fato podem constituir união estável:

§1º- a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

Convém destacar os elementos caracterizadores que a legislação exige para que uma relação seja considerada como união estável e receber a tutela legal. Segundo o comentário sobre este artigo diz Nery (2006) sobre a convivência pública:

A lei qualifica a espécie de convivência que autoriza o reconhecimento da existência da união estável (ou seja, casamento de fato) entre cônjuges. O primeiro requisito é a publicidade dessa convivência. Isto pressupõe que os companheiros (homem e mulher) queiram tornar conhecida de toda a gente a circunstância de que vivem como se marido e mulher fossem, e que essa convivência se destina ao fim de constituir família. A fama do casal é de que são companheiros e isso há de ser notório, de todos conhecido. Por isso, não se considera pública a convivência equívoca, de que não se possa tirar a consequência da fama de casal. Ou seja: os atos por meio dos quais a convivência se manifesta não hão de ser ocultos, secretos, clandestinos.” (b) Convivência contínua “ A continuidade se verifica pela ausência de interrupção da convivência. Ou seja, os companheiros permanecem em convívio direcionado ao fim de constituir família” (c) Convivência duradoura “ Duradoura é a convivência que não é efêmera, ocasional ou transitória.” (d) Convivência de homem e mulher para constituir família “ A finalidade da convivência não é qualquer uma. É a que se qualifica pela disposição (pelo ânimo)de constituir família, de maneira duradoura, ou seja, de se prestar mútua assistência, moral e material, um do outro, aos cuidados com a prole (prole comum e prole –principalmente os filhos menores – do outro), às exigências de lealdade ou de fidelidade entre os companheiros, à preservação da dignidade pessoal um do outro, dos filhos e daqueles que estão sob a dependência do par, à constituição e à preservação de patrimônio, comum e de cada qual, para favorecimento do bem viver da comunidade familiar e para garantia das vicissitudes da vida dos companheiros, seus filhos e dependentes. Enfim: é a convivência que se destina à formação de um lar, para o desfrute dos bons momentos e para a repartição das dificuldades. O gozo dos bons momentos da convivência, sem a corresponsável partilha das dificuldades do dia-a-dia não é união estável, como decidiu o TJRS, 4º Grupo de Câmaras, EI 70006182166, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos,j.8.8.2003.

No artigo 1724 informa os deveres de natureza conjugal entre os companheiros, quais sejam: lealdade, respeito, assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Com relação a estes deveres convém citar Parodi (2007, p.119),:

Ao codificar a matéria, o legislador corrigiu grave falha da Lex esparsa, a qual sequer aduzia ao dever de monogamia. O codificador foi um tanto tímido ao adotar a terminologia – dever de lealdade, ao invés de fidelidade, mas com a equiparação da união estável ao casamento na categoria de entidade familiar, não há mais o que falar em conflitos de interpretação. A monogamia é, sem dúvida alguma, exigível dos companheiros, haja vista que operação uma relação diuturna em prol da constituição de uma família.

Pelo artigo 1725 é permitido aos companheiros que sejam livres para regulamentar às relações patrimoniais entre si e, na falta deste contrato escrito determina que as relações patrimoniais obedeçam no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Nery (2006), comentando este artigo nos ensina:

Contrato entre companheiros. É negócio jurídico bilateral de direito de família, submetido às regras gerais de existência, validade e eficácia do negócio jurídico (CC 104 e ss.) e pode ter por objeto as matérias de direito de família que se insiram na conceituação de direitos disponíveis, não podendo contrariar as regras do CC 1724.

Com relação aos direitos sucessórios estes se encontram definidos na forma do artigo 1790 que se transcreve abaixo:

Art. 1.790 – A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho.
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Traz-se à lume dez (10) hipóteses que se pode aferir da análise da leitura do código civil de 2002.

(1) Os companheiros somente fazem jus à meação dos bens comuns (aquestos bens onerosos adquiridos na constância de uma vida comum; No entanto, o inciso IV do artigo 1790 lhe defere à totalidade da herança não havendo parente sucessível. Nery (2006),:

Os bens adquiridos a título gratuito pelo autor da herança e a ausência de parentes sucessíveis. Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis. O CC 1790 caput, sob cujos limites os incisos que lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790 caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o de cujus não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC 1790, IV), fugindo do comando do caput, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar no rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

(2) Companheiro não é sucessor a título de herdeiro necessário (CC 1845) mas, é considerado herdeiro legítimo e, pode ser herdeiro testamentário; Nery apud Varjão (2006):

Apesar de não constar do rol do CC 1829 a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo, nos termos do CC 1790. Pode ser, também, sucessor testamentário. Se necessário, para garantir seus direitos (meação, CC 1725; e de herança, CC 1790), deve ser formalizado perante o juízo de inventário, com base no CPC 1001, pedido de reserva de bens, “desde que apresentada prova convincente da existência de união estável” (Varjão, União estável, p.149)A cautela se impõe, evidentemente, porque, diferentemente dos casados, os companheiros não dispõem de prova legal de sua união.

(3) Para o reconhecimento da meação do companheiro não é necessária que a união estável ainda persista basta ter existido e ter havido aquisição de bens;

(4) Para reconhecer a condição de herdeiro do companheiro do 1.790 do CC é necessário que o convívio da união estável tenha persistido até a morte do outro (CC 1790, I);

(5) Na sucessão do companheiro além da meação que lhe é de direito pelo “caput” do artigo 1.790 sucede na forma dos incisos do mesmo artigo nos bens comuns na constância da relação estável. Pelo inciso I, concorrendo somente com filhos comuns terá direito a uma quota parte equivalente a cada um deles e concorrendo

somente com filhos do autor da herança terá direito apenas a metade do que couber aos filhos exclusivos;

(6) Pode-se verificar que o novo Código Civil não disciplinou a hipótese de qual parte caberia ao companheiro sobrevivente quando existirem filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança. Assim, quando o companheiro(a) concorrer com descendentes exclusivos e comuns poderíamos com base nos incisos I e II do CC 1790, ter duas soluções, quais sejam: (a) tratar todos como filhos comuns e atribuir ao companheiro uma quota equivalente a deles ou (b) Tratar todos os filhos como exclusivos dividindo as cotas dos filhos em partes iguais e atribuindo ao companheiro metade desta cota.

CORDOIL *apud* DINIZ (2009, p.35),:

Para Maria Helena Diniz, a segunda solução é a mais justa e adequada aos ditames constitucionais e legais, uma vez que, aplicando os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e o princípio constitucional da igualdade entre os filhos (CF, art. 227, §6º), deve-se valer do vínculo da filiação do autor da herança e não privilegiar, em detrimento dos filhos exclusivos, o existente com o companheiro sobrevivente, que terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes do de cujus.

Neste aspecto entende-se acertada a posição de Diniz, pois quando iniciou a união estável do autor da herança já se tinha como certeza a existência de filho de leito anterior. Ademais consideremos que os filhos comuns terão prevalência de direitos, uma vez que são herdeiros em potencial do companheiro supérstite e herdarão mais que o filho do leito anterior ferindo destarte o princípio constitucional da igualdade entre filhos.

(7) Pelo inciso III, se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais até o quarto grau terá direito apenas a um terço da herança.

CORDOIL *apud* SANTOS (2009, p.35),:

[...] consagra outra notável injustiça. 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. (sic)

Sob este aspecto concorda-se em sua totalidade em razão da injustiça cometida com o companheiro e a possibilidade de um parente receber uma herança para a qual não contribuiu de nenhuma forma ou pior sequer sabia da existência desse parente.

(8) A Lei aplicável na sucessão do companheiro é a do momento da sucessão, uma vez que o companheiro para concorrer com ascendente e descendente, estes só adquirem este “status” com a morte do outro (CC 1787);

(9) Não lhe foi conferido o direito real de habitação. Projeto de Lei 6.960-2002 tenta restituir este direito aos companheiros

Valha-se de Dias, (2008, p.66),:

“O Código Civil, ao tratar do direito sucessório na união estável, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao companheiro sobrevivente: a) não o reconheceu como herdeiro necessário; b) não lhe assegurou cota mínima; c) o inseriu no quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; d) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união e e) não lhe conferiu o direito real de habitação”.

E mais:

Mais que isso a norma é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. É que a legislação infraconstitucional que regulou a união estável deferiu tratamento igual em matéria sucessória a cônjuges e companheiros como a) sucessores; b) titulares de usufruto legal; e c) direito real de habitação (L 8.971-1994 e 9.278-1996).

Antonini *apud* Veloso (Peluso et al., p. 1784-1785),:

(...) é importante registrar e endossar a crítica veemente do jurista Zeno Veloso (op.cit.,p.253-5) ao retrocesso representado pelo art. 1790. Como visto a Constituição de 1988, ao estabelecer que a união estável e as outras formas familiares merecem proteção jurídica, reconheceu não se poder diferenciar, em termos de dignidade, famílias fundadas ou não no casamento. A quase equiparação, promovida pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, entre a união estável e o casamento, tinha sido absorvida pela sociedade sem traumas, não se justificando o retrocesso verificado com o atual Código Civil. A solução adequada, portanto, parece ser a já definida, de se considerar o art. 1790 inconstitucional em sua totalidade, aplicando-se ao companheiro a mesma disciplina legal prevista para o cônjuge sobrevivente.

(10) Verifica-se também que ao companheiro somente poderá ser concedida a totalidade da herança após a ausência de parentes colaterais. Também não consta como herdeiro necessário de acordo com o artigo 1.845 do CC, verbis: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Antonini (in Peluzo et. Al., 2007 p. 1834) se referindo a esta condição do companheiro nos informa:

Companheiro sobrevivente - pela redação literal deste artigo, tem-se a impressão de que esgota o rol de herdeiros necessários. Essa norma encontra complementação e tem seu alcance melhor delimitado pelo art. 1.850, segundo o qual, para excluir da sucessão os colaterais, basta que o testador disponha do patrimônio sem os contemplar.

Da conjugação dos dois artigos, verifica-se que o legislador não cuidou do companheiro sobrevivente. Isso se explica porque, quando apresentado o projeto original do código de 1975, não se cogitava de disciplinar a união estável, o que ocorreu posteriormente, com o acréscimo de normas a respeito. Esse acréscimo teve influência sobre vários dispositivos originais do projeto, mas muitos deles não sofreram as adaptações necessárias.

Uma das adaptações, não efetuada, deveria ter sido a inclusão do companheiro no art. 1845 ou 1.850, pois só assim ficaria claro se é herdeiro necessário ou não. Por essa falta de clara definição, o assunto acarreta polêmica.

Se o presente artigo 1790 já causa esta polêmica jurídica de grande repercussão quanto mais em relação ao direito real de habitação (parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96) que não foi recepcionado pelo Código Civil de 2002 para os

companheiros, tendo sido regulado apenas para o cônjuge sobrevivente conforme transcrição do artigo 1821 do CC abaixo:

Art. 1.831 do C.C. – Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente a imóvel destinado a residência da família desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Em relação ao direito real de habitação diz Antonini (in Peluzo et. Al., 2007 p. 1834):

(...) caso se entenda que o artigo 1790 seja inconstitucional e que o companheiro deve receber tratamento equiparado ao do cônjuge - o companheiro passa a tê-lo por força do art. 1831. Nesse sentido o Enunciado n. 117 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em setembro de 2002: “O Direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo artigo 6º, caput da CF/1988.

Como se verifica a doutrina não é pacífica nem muito menos as decisões judiciais a este respeito. Vai-se transcrever o voto nº 18.841 de discordância do Desembargador Vito Guglielmi, da 6ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento 990.10.415627-0 da Comarca de Porto Ferreira, (*on line*):

(...) meu voto, permissa vênua da douta maioria, dava provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, também para afastar o reconhecimento do direito real de habitação à companheira. Isso porque, como tive oportunidade de anotar no julgamento do agravo de instrumento nº 530.197-4/2-00 da Comarca de Piracicaba, o direito real de habitação se defere, nos termos do artigo 1831 do Código Civil, apenas ao cônjuge sobrevivente e não ao companheiro. Registre-se que, se o quisesse, teria o legislador do Código Civil de 2002, ao regular inteiramente a matéria relativa à união estável, ab-rogando a Lei nº.9.278/96, previsto tal direito ao companheiro, como o fez em relação ao restante da disciplina sucessória. Havendo silenciado, forçoso afastar-se a possibilidade de se estender objetivamente tal direito. Lembre-se, na esteira do que tive a oportunidade de anotar no julgamento da Apelação Cível nº 229.662.4/5-00 da Comarca de Araçatuba, que com o advento do novo código civil, o companheiro passou a ser considerado sucessor do outro, prevalecendo a regra do artigo 1790 desse diploma, ao revés do singelo direito real de habitação da Lei 9.278/96. Mais. Nem se diga que a equiparação da união estável ao casamento prevista como objetivo programático no caput do artigo 6º da

Constituição Federal implique na aplicação direta das normas próprias de um dos institutos ao outro, medida que não apenas os tornaria indistinguíveis, como contrariaria o próprio alcance das disposições que regulam a matéria. Ao recurso, portanto, se acolhe, também para afastar o reconhecimento do direito real de habitação à companheira.

Vale chamar atenção para o fato de várias outras decisões que o desembargador em questão manifestou sua opinião e quão frágil se torna o direito real de habitação para os companheiros perante os tribunais. Note-se que este voto, embora vencido, foi proferido agora no ano de 2010.

Veja-se, também, esta insegurança jurídica dos companheiros, na manifestação, em 2010, no voto do Desembargador do TJSP, Otávio Helene, no Agravo de Instrumento 990.10.164497-5 da Comarca de São Paulo (on line):

A doutrina não é pacífica quanto ao reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Os que defendem seja possível o reconhecimento de tal direito o fazem por força da Lei n.9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos arts. 1831 do CC e 6º da CF. Outros sustentam que, em face da omissão do Código Civil/2002, o direito real de habitação só será conferido ao cônjuge supérstite, não se estendendo ao convivente sobrevivente, vez que houve revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Nessa linha de pensamento está Francisco José Cahali: "o novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores" (Curso de Direito Civil Brasileiro, 6, Direito das Sucessões, 21ª Ed., 2007, Ed. Saraiva, p.148) (sic)

A favor do direito real de habitação veja-se o que diz Ribeiro (online):

Nessa senda, sem embargo dos doutos pensamentos contrários, entendemos que o novo Código Civil revogou inteiramente a Lei 8.971/94. A Lei posterior revogou a anterior ao tratar inteiramente da mesma matéria. Logo aplicar-se-á apenas o novo Código Civil, permanecendo em vigor tão-somente o P. único do art. 7º da lei 9.278/96, quanto ao direito real de habitação do supérstite sobre o único imóvel residencial dos conviventes ao tempo da morte, coisa que não fez o novo código civil.

Demonstra-se, através de transcrição, que noutros Tribunais a insegurança jurídica do companheiro perdura. Neste caso, decisão unânime do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Acórdão 414.204) do órgão

da 1ª Turma Cível no Processo de Apelação Cível nº 2006.09.1.018073-2 APC, na qual foi relator o Desembargador João Resende e Revisor o Desembargador Natanael Caetano, onde os nobres desembargadores se valeram apenas do código civil de 2002 para proferir a decisão da sucessão de companheiro sobrevivente, defendendo a diferença da sucessão deste com o cônjuge sobrevivente:

CÓDIGO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. RECURSO PROVIDO. No caso de união estável, o código civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de maneira diversa da do cônjuge. Restando demonstrada a existência de união estável e a aquisição de bens de forma onerosa pelos conviventes, caberá à companheira sobrevivente, além da meação dos bens adquiridos, a participação da sucessão do outro companheiro falecido. Inteligência do art. 1790 do Código Civil

No corpo deste mesmo recurso podemos verificar a ênfase dada a diferença entre a sucessão do companheiro e do cônjuge. Veja-se a citação do agravo de Instrumento 20090020018622AGI, no qual foi relator o desembargador Natanel Caetano, julgado em 29/04/2009, DJ1.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. A constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele com entidade familiar (art. 226, § 3º, CF). Dessa forma, é possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro. Sendo assim, o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação da herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. O artigo 1790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia.

4 ASPECTOS DA PARTILHA DE BENS NO CASAMENTO

No curso deste trabalho foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66 que alterou o artigo 226 § 6º da Constituição Federal, o qual excluiu a separação judicial dos cônjuges e, desta forma, toda alusão do código civil referente à separação judicial dos cônjuges foi revogada.

Em nosso País duas pessoas de sexo oposto quando se casam ficam, automaticamente subordinadas às regras contidas no Código Civil sejam elas referentes às obrigações pessoais entre os cônjuges ou em relação aos direitos sucessórios.

No casamento todas as regras relacionadas ao direito Patrimonial entre os cônjuges estão, exaustivamente, elencadas no Código Civil a partir do Título II do Livro IV, quais sejam: regime de bens, pacto antenupcial, o usufruto e administração dos bens de filhos menores, alimentos e bem de família.

A primeira regra primordial em relação aos direitos patrimoniais é a contida no artigo 1.639 dispondo que “é livre aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que bem lhe aprouver.”

Na realidade entende-se que esta frase *o que bem lhe aprouver* não tem uma conotação abrangente como parece. Vê-se que existe a limitação da própria lei civil que disponibiliza aos nubentes somente quatro modos diferentes de contrair um casamento (parágrafo único do artigo 1.640 do CC) São eles: a) Casamento pelo regime parcial de bens, artigos 1658 a 1666 do CC; b) Casamento pela comunhão universal de bens (artigos 1667 a 1671 do CC; c) Casamento pelo regime de separação total de bens (artigos 1687 e 1688 do CC; d) Casamento pela participação final dos aquestos.

O patrimônio adquirido pelo casal durante toda a vida em comum vai ser partilhado dependendo da forma escolhida pelos nubentes para contrair o

casamento civil. A partilha, no entanto, só acontece em três hipóteses: a) na dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, seja ela consensual ou litigiosa; b) na dissolução do casamento através do divórcio; c) pela morte de um dos cônjuges.

Em matéria de sucessão convém ficar atento à norma do artigo 1787 do CC verbis:

Art. 1787 - Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”

Já artigo 1830 do CC adverte que:

Art. 1830 - Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Inicialmente vale ressaltar que são três as circunstâncias que devem ser levadas em conta para que um cônjuge sobrevivente possa herdar.

A primeira: que ele esteja casado na época da abertura da sucessão (morte do outro cônjuge); A segunda: relacionada ao regime de bens, como explicar-se-á abaixo e a terceira: a concorrência deste com os outros herdeiros necessários do falecido(descendentes e ascendentes).

Considerando que o presente trabalho se refere somente aos direitos sucessórios e este capítulo somente à sucessão entre os cônjuges identificar-se-á somente a partilha dos bens pela morte de um dos cônjuges, que gera a sucessão legítima do cônjuge sobrevivente.

O direito de herança é um direito fundamental previsto na Carta Magna em seu artigo 5º, XXX, “**é garantido o direito de herança.**” (grifo nosso).

Alguns doutrinadores utilizam a expressão patrimônio ou herança como sinônimo. Outros há que fazem uma distinção entre o vocábulo patrimônio e herança concluindo que herança é somente a parte que toca os herdeiros. Neste diapasão defende PACHECO (2008, P. 60),:

Todo patrimônio é uma universalidade jurídica, mas a recíproca não é verdadeira. Todo patrimônio pode compreender direitos subjetivos sobre bens materiais, bens imateriais, universalidade de fatos etc [...]
Patrimônio do defunto é o conjunto de direitos relativos aos bens do mesmo. Herança é o conjunto de direitos relativos aos bens que os herdeiros recebem, como sucessores. [...] Realmente, não se confunde, desse modo, a herança com o espólio, a massa ou o acervo de bens, mas na prática, pelo fenômeno da associação ou simplificação, quando se refere à herança, tem-se em vista os bens ou o conjunto de bens, espólio. Acervo, massa hereditária, sobre os quais se exerce o direito hereditário.”

O conceito de sucessão nas palavras de VENOSA (2006, p.1),:

“quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve transmissão no direito ou uma sucessão.”

Por sucessão legítima entende-se aquela na qual os herdeiros são identificados pela lei por não existir testamento.

A meação não se confunde com a parte do patrimônio a ser herdada pelo cônjuge. Imperioso trazer a lume que meação não é direito hereditário e sim direito que decorre da própria condição de casado.

DIAS (2008 p.50), esclarece:

“Não há como confundir herança e meação. São institutos diversos: uma situa-se no âmbito do direito sucessório e outro pertence ao direito das famílias e está condicionado ao regime de bens do casamento. Como bem observa Zeno Veloso, meação decorre de uma relação patrimonial (condomínio, comunhão) existente em vida dos interessados e é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. A sucessão hereditária tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do testador (sucessão testamentária). Tanto a meação não é herança que não incide *imposto de transmissão* sob tal fração do patrimônio.”

Uma das maiores inovações do novo código civil foi colocar o cônjuge na condição de herdeiro legítimo (1829, inciso I) fato que não ocorria no código de 1916, pois o cônjuge só herdaria na hipótese de inexistirem herdeiros descendentes e ascendentes (artigo 1603, inciso III do CC de 1916). Outra inovação, também, foi tornar o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário (art. 1845) o que quer dizer que o cônjuge sobrevivente não pode ser privado da condição de herdeiro a não ser nas hipóteses em que for deserdado ou venham a ser declarados indignos. Neste aspecto os cônjuges foram extremamente beneficiados.

Para falar-se de sucessão do cônjuge sobrevivente se faz inicialmente necessário saber qual regime de bens foi adotado pelo casamento, cujas regras servirão para a partilha dos bens do autor da herança bem como para a partilha em concorrência com os demais herdeiros necessários.

O parágrafo único do artigo 1640 discorrendo sobre a matéria reza:

Art. 1640 - Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”

Deve-se ter em mente se há ou não pacto antenupcial e qual o regime de bens adotado ou se a opção foi pela comunhão parcial de bens, que é a regra quando os nubentes não fazem sua escolha.

No Brasil o regime legal de bens é o da comunhão parcial de bens. Este será o regime que prevalecerá caso os nubentes não façam outra escolha. Vale ressaltar que o parágrafo 2º do artigo 1.639 do CC permite a alteração do regime de bens por autorização judicial. “ Art. 1639, § 2º - É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Passa-se a discorrer sobre o artigo referente a sucessão legítima no novel código civil.

Art. 1.829 – A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

4.1 Concorrência com os descendentes do autor da herança

Com relação à sucessão legítima do cônjuge sobrevivente nos ensina ANTONINI (in Peluzo et al,2007,p. 1818), comentando este artigo:

“a sucessão legítima é estabelecida segundo uma ordem preferencial de classes de herdeiros, instituindo-se, dentro de cada classe, nova preferência entre graus de proximidade com o autor da herança. É a denominada ordem de vocação hereditária. Estabelece o atual código, por exemplo, que a primeira classe preferencial é a dos descendentes. Assim, se o autor da herança deixou descendentes, são chamados à sucessão, excluindo-se as classes seguintes, dos ascendentes, cônjuges (com a ressalva de que, no atual Código, dependendo do regime de bens do casamento, pode concorrer com os descendentes) e colaterais. Dentro da classe dos descendentes, os de graus mais próximos excluem os mais remotos, salvo no caso de direito de representação, de modo que, por exemplo, havendo filhos, recebem a herança com exclusão dos netos.

A maior proteção do cônjuge sobrevivente: o grande diferencial da ordem de vocação hereditária no atual código civil é a considerável melhoria da posição do cônjuge sobrevivente. Embora permaneça na terceira classe de preferência como ocorria no Código Civil de 1916, atrás dos descendentes e ascendentes, pode concorrer com os descendentes dependendo do regime de bens, e concorrerá sempre com os ascendentes.

Além disso, a revelar o claro intuito de proteção muito mais efetiva do cônjuge, o atual código o elevou a herdeiro necessário, assegurando-lhe, portanto, metade da herança, que não pode ser objeto de disposição testamentária, benesse que só era concedida, no Código Civil de 1916, aos descendentes e ascendentes (cf. art. 1.845). (grifos nosso).

Com elevação do cônjuge sobrevivente ao status de herdeiro necessário significa que de antemão fica resguardada a metade da herança, a chamada legítima, que não pode ser objeto de disposição testamentária (art. 1857, §1º do

CC), podendo apenas identificar o quinhão que caberá ao herdeiro (art. 2014 do CC, mas não pode estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa (art. 1848, §1º do CC).

Veja-se que se o testador exceder com suas disposições de última vontade a metade disponível, estas disposições serão reduzidas na conformidade do *caput* do artigo 1967 do CC, *verbis*:

Art. 1967- As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes:"

No código civil anterior os herdeiros necessários eram apenas os descendentes e ascendentes (vide artigo 1721 CC 1916). Atualmente, como já se disse o cônjuge é considerado herdeiro necessário, por força da norma contida no artigo 1845:

Art. 1845 - São considerados herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Com o cônjuge o vínculo sucessório não decorre de vínculo de parentesco. O cônjuge sobrevivente, mesmo havendo descendentes e ascendentes, concorre com aqueles. Somente no caso de não ser considerado herdeiro necessário dentro dos limites do art. 1830, ou seja, se não estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, é que não herda nem em concorrência com os descendentes, nem com os ascendentes, nem na condição de cônjuge.

Com o novo código civil foi instituída em favor do cônjuge a concorrência sucessória. Esta concorrência nada mais é do que direito hereditário e como tal é assegurado ao cônjuge a fração a que faz *jus* à título de direito concorrente. Desta feita o cônjuge concorre com os descendentes (filhos, netos, bisnetos) ou ascendentes (pais, avos, bisavós) do falecido, e, somente não herdará:

a) Em caso de morte de um dos cônjuges, o sobrevivente não herdará caso seja casado no regime da comunhão universal em virtude de, pelo menos em princípio, o cônjuge sobrevivente já fica com metade (meação) de todo o patrimônio do autor da herança;

b) Também não herdará se for casado no regime da separação obrigatória de bens, instituto este consubstanciado no artigo 1641 e seus incisos, por força de lei;

c) Não herdará, também, se for casado no regime da comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ora, se não tem bens particulares todos são bens comuns, tendo o cônjuge direito à meação. Dada a solar clareza deste dispositivo somente se partilhará os bens comuns que serão partilhados entre o cônjuge sobrevivente e os filhos do falecido se houver;

Discorrendo sobre concorrência sucessória do cônjuge veja-se o que diz DIAS (2008, p. 57),:

Em face deste novo direito, a ordem de vocação hereditária deixou de ser excludente. A existência de herdeiros necessários das classes antecedentes não mais exclui o direito de herdeiro da classe subsequente. Ao menos quando ele for o cônjuge. Apesar de figurar em terceiro lugar, pula para as classes anteriores e fica com parte da herança.

A norma que garante o direito de concorrência é das mais confusas e até hoje a doutrina está completamente dividida quanto a sua interpretação, o que tem levado a jurisprudência a tomar posições divergentes. Conclusão: ninguém se entende e as decisões conflitantes só trazem insegurança jurídica”.

Não se deve esquecer que a regra é a de que o cônjuge sobrevivente somente concorrerá com os descendentes em caso da existência de bens particulares já que dos bens comprados na vigência do casamento o cônjuge supérstite já tem como garantia o direito à meação.

Mais uma vez DIAS (2008, p.50),:

“Os bens adquiridos durante o período da vida em comum são chamados de aquestos, palavra que provém do latim *acquisitu* e significa adquirido. De um modo geral, a cada um dos cônjuges pertence a metade dos aquestos, daí a meação. Por isso, antes de falar em sucessão, é preciso atentar ao estado civil do *de cuius* e ao regime de bens do casamento que foi adotado por meio de pacto antenupcial. Só assim é possível saber a extensão de sua herança: se o patrimônio particular pertence a ambos ou não; se existe comunhão dos aquestos; ou se os bens adquiridos durante o casamento são exclusivos ou não. Ou seja, é necessário identificar se o patrimônio é todo do falecido ou se parte dele pertence ao cônjuge sobrevivente. É o que se chama de meação: metade dos bens, cuja dimensão depende do regime de bens do casamento. Ainda que não integre o acervo hereditário, necessariamente acaba fazendo parte do inventário, pois a separação dos bens que integram a meação do cônjuge sobrevivente ocorre quando da partilha (CPC 1.023 II).”

No entanto, não se pode furtar da obrigação de identificar o conteúdo das normas contidas nos artigos 1.832 e seguintes do CC.

Para o cálculo do artigo 1832 do CC é preciso separar bens particulares e comuns. A referência de herança deste comando legal diz respeito apenas aos bens particulares do cônjuge falecido.

Art. 1832 – Em concorrência com os descendentes (art. 1829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

Parece fácil concluir que será sempre reservada uma quota nunca inferior a quarta parte da herança, quando existirem filhos em comum, e que não existirá a reserva desta quarta parte da herança quando existirem filhos apenas do cônjuge falecido. Mas o que fazer quando existirem filhos do leito anterior do autor da herança e filhos em comum?

Vale-se de ANTONINI (in Peluso at al 2007, p. 1829),:

“O artigo vem acarretando grande polêmica, pois se esqueceu de disciplinar a possibilidade de concomitância de descendentes comuns e exclusivos, o que demanda atividade criadora do intérprete. A doutrina tem vislumbrado três soluções que seriam aparentemente as mais plausíveis: considerar todos os descendentes comuns e manter a quarta parte do cônjuge; considerar todos os descendentes exclusivos, afastando a garantia da quarta parte; e considerar todos os descendentes exclusivos, calculando-se a cota dos exclusivos para depois tirar do que sobrar os 25% do cônjuge e, por fim dividir o resto entre os descendentes comuns.”

Para que se atinja uma solução que contenha um critério mais próximo da justiça, melhor seria considerar todos exclusivos, resguardando-se a igualdade constitucional de quinhões entre os filhos (art. 227, §6º da CF). Também se faria justiça, não restando prejudicado os filhos do leito anterior, que de outra forma perderiam parte de sua herança para o cônjuge sobrevivente. Considerando que os filhos exclusivos jamais serão em nenhuma hipótese herdeiros do cônjuge sobrevivente não seria justo a reserva da quarta parte (25% por cento).

4.2 O Cônjuge concorrendo com ascendente

Artigo 1837 – Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

O artigo determina que, concorrendo somente com ascendentes do cônjuge falecido, o cônjuge sobrevivente terá direito a um terço da herança. Se existir um só dos ascendentes (pai ou mãe) já terá direito a metade da herança. Também lhe será resguardada a metade da herança se concorrer com ascendentes do segundo grau em diante, mesmo que ambos existam, (avós, bisavós) seja qual for o regime de bem do casamento.

Nas exceções do artigo 1.829, I não há referência sobre o regime de bens da separação convencional e da participação final dos aquestos.

DIAS (2008, p. 145),:

Todos estes cálculos só são necessários no regime da comunhão parcial. Nos regimes da separação convencional e participação final dos aquestos nada disso é preciso. Como a lei restringe o cálculo da participação concorrente aos bens particulares, nos demais regimes não há tal restrição. Como limitar é excluir direitos, não há como fazer aplicação analógica para restringir o que a lei excepciona. Assim cabe ser quantificado o direito concorrente sobre o valor da herança a ser recebido pelos herdeiros legítimos.” (grifos nossos)

Esta questão, que se grifou não é pacífica na doutrina. Qual a fração que deveria receber o cônjuge como herança quando casado no regime da comunhão parcial de bens e havendo bens particulares? Entendem alguns autores que v.g., um casal casado no regime de comunhão parcial de bens e havendo bens particulares, como o cônjuge já tem sua meação não deveria participar da sucessão do autor da herança.

Quanto ao regime da separação convencional de bens e o da participação final dos aquestos, observe-se que NERY (2006, p. 987), entende a condição de herdeiro necessário do cônjuge em ambos os casos.

9. Cônjuge herdeiro necessário. Separação convencional (CC 1687 e 1688). O Cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens (CC 1687 e 1688) não é alcançado pela exceção do CC 1829, I, que se refere apenas e expressamente, aos regimes da comunhão universal e da separação obrigatória que, no sistema do CC, não se confunde com o da separação convencional. Como o CC 1829 I estabelece exceção à regra geral sobre sucessão do cônjuge (CC 1830 e 1845), essa exceção deve ser interpretada *restritivamente*, como manda o princípio de hermenêutica – *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (Maximiliano, Hermenêutica, ns. 235 e 271, PP. 205 e 225) A regra do CC 1845, para os fins do CC 1829, I, se aplica ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional. Havendo herdeiros descendentes, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens é herdeiro necessário em concorrência com esses mesmos descendentes do *de cujus*. No caso de haver apenas herdeiro ascendente, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional é herdeiro em concorrência com os mesmos ascendentes do *de cujus* (CC 1829,II).

10. Cônjuge herdeiro necessário. Participação final dos aquestos (CC 1672 a 1686) A regra de que o cônjuge é herdeiro (CC 1830 e 1845), para os fins do CC 1829, I, se aplica ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da participação final dos aquestos. Morto seu par, o sobrevivente, continua titular de seu patrimônio próprio, recebe a meação verificada em virtude do regime de bens adotado (CC 1674 a 1684) e participa como herdeiro necessário da herança deixada pelo morto (CC 1685 c/c 1829 I a III; 1832 a 1835). No caso de haver apenas herdeiro ascendente o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da participação final dos aquestos é herdeiro em concorrência com os mesmos ascendentes do *de cujus* (CC 1829 II; 1836 e 1837).

4.3 Direito real de moradia

Art. 1831 – Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência do casal, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Quanto ao direito de moradia não existem questionamentos para o cônjuge sobrevivente, nem sequer quanto ao regime de bens, cujo direito foi estendido a todos os regimes do casamento, bastando verificar-se a literalidade da lei. Ou seja, esse direito não possui limites para o cônjuge, basta que seja o único do acervo patrimonial.

Vale salientar que o direito real de habitação não interfere na partilha do imóvel. Mesmo após partilha os herdeiros passarão a ser proprietários da quota parte que lhes pertençam. Mas, somente poderão exercer os direitos relativos à propriedade quando o cônjuge sobrevivente vier a falecer ou comprar outro imóvel.

Para Nery (2006, p.989),:

O Direito de habitação – O sistema protege o cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe o direito real de habitação no único imóvel que compõe a herança e sirva de residência para a família. O que se pretende é evitar que eventual partilha dos bens possa privar o sobrevivente de morar com a mesma dignidade que desfrutava durante a constância da sociedade conjugal. A tutela legal tem a finalidade de evitar o desamparo do cônjuge supérstite.”

5 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL COMPARANDO OS DOIS INSTITUTOS

Sobre o casamento diz RODRIGUES (2006, p.117),:

“Nem os maiores defensores do reconhecimento da união estável ousaram pretender que a situação jurídica dos companheiros fosse melhor do que as dos cônjuges, o que, além de não ser razoável, nem conveniente, ou justo, fere a Constituição.”

Há os que criticam esta posição, mas, Rodrigues (2006), tem toda razão. Identifica-se no transcorrer deste capítulo que toda a proteção foi dada ao cônjuge em detrimento daqueles que vivem em união estável.

A diferença entre companheiro e cônjuge inicia-se com a necessidade de prova,, através das vias ordinárias, para qualquer ato do companheiro após a morte do autor da herança. Isso por que, na união estável, diferentemente dos casados, os companheiros não dispõem de prova legal de sua união. Assim se impõe esta cautela e para todos os atos é exigida a comprovação da vida em comum.

Com referência á meação, o companheiro somente faz jus à meação dos bens comuns (aquestos), ou seja, dos bens onerosos adquiridos na constância da vida em comum sem a lei lhe conceder a possibilidade de alternativa.

Já o cônjuge, dependendo do regime de bens escolhido, faz jus até a metade de todo o patrimônio, inclusive dos bens particulares do cônjuge falecido.

A sucessão do companheiro sobrevivente é sempre mais desvantajosa do que a reservada ao cônjuge sobrevivente. Na ordem de vocação hereditária o companheiro sobrevivente não prefere a nenhum parente sucessível, nem mesmo aos parentes colaterais (art. 1729. III do CC).

O Cônjuge sobrevivente, na ordem de vocação hereditária, prefere aos parentes colaterais, pois são considerados herdeiros necessários e, além dessas

vantagens, lhe foi reservado o direito de concorrência pela garantia do artigo 1829 do CC, inclusive dos bens particulares, fazendo-se as devidas exceções somente aos casamentos ali discriminados (comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens e da comunhão parcial de bens sem bens particulares).

O companheiro não é sucessor a título de herdeiro necessário é considerado apenas herdeiro legítimo (artigo 1.790 CC). Neste caso não sendo o companheiro herdeiro necessário o autor da herança poderá dispor da totalidade de seus bens em testamento.

Já o cônjuge além de herdeiro legítimo é considerado, por lei, herdeiro necessário, (artigo 1829 c/c 1.845 e 1.789, todos do CC), significando que sua legítima fica resguardada, inclusive de disposições testamentárias do cônjuge falecido.

Para o reconhecimento da condição de herdeiro do companheiro sobrevivente, este, somente adquire este status se, estiver na companhia do cônjuge falecido no tempo de sua morte.

Já com relação ao cônjuge a condição de herdeiro é reconhecida se ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos. Ainda assim, na separação de fato abre-se exceção a esta regra, do cônjuge separado ter a condição de herdeiro desde que prove que estava separado de fato há mais de dois anos em razão do cônjuge falecido ter tornado a vida em comum impossível (artigo 1.830 do CC).

Na sucessão de companheiro, que somente se dá com os bens comprados na constância da união estável (aquestos), excluindo, portanto, os bens particulares, quando este concorre com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho.

Pelo casamento no regime da comunhão parcial de bens, que se assemelha a união estável, havendo bens particulares (vide exceção do artigo 1.829, I do CC), este herdará recebendo, em princípio, quinhão igual aos filhos

comuns e desde que sua quota não seja inferior a quarta parte da herança (Artigo 1.832 do CC).

O companheiro quando concorre com filhos exclusivos do cônjuge falecido somente receberá de herança (lembrando sempre que se refere somente aos bens adquiridos na constância da união estável) a metade do que couber a cada filho exclusivo. (artigo 1.729 II do CC).

Ao cônjuge sobrevivente, quando concorre com filhos exclusivos do cônjuge falecido, já tem garantido quinhão igual aos que sucederem por cabeça (artigo 1.832 do CC).

Tanto com relação ao companheiro como ao cônjuge sobrevivente a lei não regulou o caso de haverem filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança. Adota-se para ambos, por ser mais justo, que todos os filhos sejam havidos como exclusivo, mantendo-se as diferenças entre a parte que cabe ao companheiro e ao cônjuge quanto ao percentual a ser recebido como quota parte da herança.

O companheiro quando concorre com ascendentes do companheiro falecido somente terá direito a metade do que couber a cada um deles (artigo 1729, II).

O Cônjuge quando concorre com os ascendentes do cônjuge falecido herda sempre, independente do regime de bens escolhido, e terá o direito de um terço (1/3) da herança e em caso de existir um só ascendente terá direito à metade (50%) da herança.

O companheiro concorre com os parentes colaterais (artigo 1.790, III) do CC;

O cônjuge tem preferência em relação aos parentes colaterais (artigo 1829 III do CC) por ser herdeiro necessário. Por herdeiro necessário entende-se também que não pode ser excluído da herança através de disposições testamentárias do cônjuge falecido.

O companheiro sobrevivente por não ter a lei o elevado à condição de herdeiro necessário ficou no mesmo patamar dos herdeiros colaterais e tal como os colaterais pode ser excluído da herança por testamento, ou seja, pelas disposições de última vontade do companheiro falecido.

O artigo 1797 do CC iguala companheiro sobrevivente e cônjuge sobrevivente quanto a administração provisória do espólio:

Art. 1797 – Até o compromisso de inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

- I- Ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;
- II- Ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;
- III- Ao testamenteiro;
- IV- A pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

Acerca das atividades de administração do acervo hereditário, em que pese a clareza do dispositivo legal, transcreve-se PACHECO (2008, p. 94):

“É necessário que a herança, enquanto não se realiza a partilha, no caso de pluralidade de herdeiros, seja entregue a uma pessoa que pratique os atos de administração. A administração compete ao cônjuge sobrevivente ou companheiro, em princípio; na sua falta, ao co-herdeiro idôneo; não havendo cônjuge ou herdeiro, ao testamenteiro, inventariante judicial ou terceiro.”

O companheiro sobrevivente somente herdará a totalidade da herança caso não haja ascendentes, descendentes e parentes colaterais (artigo 1790, IV do CC).

O cônjuge não concorre com os colaterais, e, por esta razão herda a totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes (artigo 1838 do CC).

A única vantagem do companheiro no direito de sucessão é que este será sempre meeiro e herdeiro dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Diferentemente, o cônjuge sobrevivente em alguns casos, dependendo do regime de bens, será apenas meeiro (regime da comunhão universal de bens, separação obrigatória, regime da comunhão parcial quando da inexistência de bens particulares, artigo 1829, I do CC).

No caso do cônjuge vir a ser herdeiro será sempre em relação aos bens particulares do *de cujos* e, caso não haja bens particulares, será somente meeiro.

No caso do companheiro a união estável é havida como o casamento pelo regime da comunhão parcial de bens e nesta condição será herdeiro da meação do companheiro falecido mesmo que não tenha direito a herdar parte dos bens particulares.

Já o cônjuge casado sob este regime será apenas meeiro não herdando parte da meação do cônjuge falecido, em que pese participar concorrentemente com os demais herdeiros em relação aos bens particulares.

Ao companheiro não foi concedido o direito real de habitação.

Para o cônjuge a lei deixou garantido o direito real de habitação na conformidade do artigo 1831 do Código Civil.

Como se pode apreender o direito sucessório do companheiro não corresponde ao do cônjuge. Este talvez seja o maior dilema do direito sucessório em razão das falhas da lei, ficando, portanto, na mão dos magistrados a difícil tarefa de decidir. Pior, dependendo da doutrina seguida pelo magistrado as decisões são em muitas vezes contrárias aos interesses daqueles que vivem sobre o manto da união estável, como já se demonstrou neste trabalho.

Esta diferença no tratamento da união estável com o casamento pode-se perceber a todo instante. Até mesmo os autores que defendem esta igualdade reconhecem que a maioria dos magistrados e Tribunais fazem apologia ao casamento em detrimento das uniões informais.

Cita-se DIAS (*on line*),:

“Eleito o casamento como modelo de família, foi consagrado como a única modalidade aceitável de convívio. Como forma de impor obediência à lei, por meio de comandos intimidatórios e punitivos e por normas cogentes e imperativas, são estabelecidos paradigmas comportamentais na esperança de gerar posturas alinhados com o perfil moral majoritário. A jurisprudência igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito como certo. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do único parâmetro reconhecido como legítimo, nega juridicidade a quem se rebela e afronta o normatizado. Com isso, acaba-se não só negando direitos, também se deixa de reconhecer a existência dos fatos. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito jurídico. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. Situações reais simplesmente desaparecem.”

Cita-se LOBO (*on line*),:

“ O código civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”. Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no art. 1523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação a partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhes estão sujeitos não se volta à tutela das pessoas, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão da viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa humana no nascituro, ou a da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei seriam movidos por interesses econômicos. No capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal e do casamento ressaltam os interesses patrimoniais, sublimados nos processos judiciais, agravados com o fortalecimento do papel da culpa na separação judicial, na contramão da evolução do direito de família. Contrariando a orientação jurisprudencial dominante, o art. 1575 enuncia que a sentença importa partilha dos bens. A confusa redação dos

preceitos relativos a filiação (principalmente a imprescritibilidade prevista no art. 1601) estimula a impugnação ou o reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel o interesse econômico (principalmente herança), ainda que a custo da negação da história de vida construída na convivência familiar. Quando cuida dos regimes de bens entre os cônjuges, o Código (art. 1641) impõe, com natureza de sanção o regime da separação de bens aos que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas e ao maior de sessenta anos, regra esta de discutível constitucionalidade, pois agressiva da dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros. As normas destinadas à tutela e à curatela estão muito mais voltadas ao patrimônio do que as pessoas dos tutelados e curatelados. Na curatela do pródigo, a proteção patrimonial chega ao paroxismo, pois a prodigalidade é negada e a avareza premiada.”

CONCLUSÃO

Inicia-se esta conclusão fazendo alusão às palavras de Lobo (online), sobre a prevalência do direito patrimonial em relação ao direito de família no Código Civil. O que a ele traz um profundo pesar por ver o Código Civil buscando, inexoravelmente, a harmonização dos direitos patrimoniais em detrimento da *affectio* entre as pessoas para nós não causa nenhum espanto que as legislações permaneçam como antes.

Verificou-se, no decorrer deste trabalho, que existem muitas brechas propositais para dar vazão ao amontoado de decisões conflitantes entre a forma de tratamento do companheiro sobrevivente e do cônjuge sobrevivente, tanto na Constituição Federal como no Código Civil, na lei ordinária e na jurisprudência.

A sociedade ainda não mudou para elevar a condição das pessoas ao patamar do ser, pois o que ainda se valoriza é a busca do ter, você é o que tem e o que construiu e, desta forma, as relações patrimoniais entre as pessoas superam a tão buscada igualdade entre as pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana tão lembrado em decisões de magistrados que enfrentam com bravura os ditames legais ainda está engatinhando quando o foco da questão são os direitos patrimoniais.

A sociedade também não mudou para entender que as formas das pessoas se relacionarem hoje em dia são de uma variedade impar e para muitos é melhor ignorá-las a ter que se render a sua existência e o mais importante ainda às suas conseqüências patrimoniais.

Pensa-se que jamais o direito de sucessão acompanhará as relações familiares nas suas mais diversas formas de se apresentar enquanto tivermos uma sociedade que privilegia aquele que tem e renega a segundo plano aquele que

buscou um crescimento interior, mas, que não acumulou riqueza ao longo de sua vida.

As concepções antigas de família estão ainda arraigadas. Não houve a aceitação geral da sociedade ao ponto de desaparecerem terminantemente as antigas funções da família, quais sejam econômicas, políticas, religiosa e para a procriação.

A própria mulher ainda não atingiu a preponderância de seus direitos e não exerce ainda sua dignidade em toda a sua totalidade em toda a sua plenitude.

Por muitos anos a mulher ficou reduzida ao âmbito doméstico. Não tinha acesso aos estudos e passa a transmitir aos seus filhos valores patriarcais já então totalmente assimilados por ela e, infelizmente vê-se que isso ainda persiste em maioria. Foi novamente uma questão econômica que retirou a mulher do seu ambiente privado logo após a segunda guerra mundial tendo em vista a necessidade de trabalho feminino.

O presente trabalho monográfico teve como objetivo demonstrar, à luz da Constituição, das leis ordinárias, da doutrina e da jurisprudência que todos estes valores antigos e ultrapassados ainda vigoram na sociedade hodierna, que ainda a valoriza a tradição do casamento em detrimento da união estável.

No primeiro capítulo identificou-se a impossibilidade de, ainda hoje, utilizar-se as leis 8.971/94 e 9.278/96 para dirimir questões de união estável após o advento do novo código civil.

No segundo capítulo abordaram-se os aspectos críticos do instituto da união estável e o porquê da necessidade de proteção pelo Estado.

No terceiro capítulo fez-se uma análise das legislações antigas referentes à união estável, Leis 8.971/94 e 9.278/96, onde se buscou analisar os artigos sobre direitos sucessórios dos companheiros e a revogação destes mesmos artigos perante o Código Civil de 2002. Este capítulo também cuidou de identificar a

insegurança jurídica dos companheiros em relação aos direitos sucessórios nos diversos tribunais do País e na doutrina pátria.

No quarto capítulo fez-se uma exposição da sucessão do cônjuge sobrevivente trazendo á lume os aspectos da partilha no casamento, do direito de concorrência com descendentes e ascendentes do cônjuge falecido, sua condição de herdeiro necessário e o direito real de moradia.

Por fim, o quinto capítulo apresentou uma comparação entre os dois institutos para demonstrar as diferenças legais na sucessão do cônjuge e do companheiro.

REFERÊNCIAS

CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. **Pontos Críticos da Sucessão de Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis n.ºs. 8.971/1994 e 9.278/1996.** in Revista IOB de Direito de Família. Ano XI, n.º 53, abril-maio de 2009;

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** Editora Revista dos Tribunais, 2008.
_____. **Manual de Direito das Famílias.** Editora Revista dos Tribunais, 2010;

DIAS, Maria Berenice. **A ética do afeto.** Jus Navegandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>, 7/7/2010;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo Uma Espécie de Família.** Editora Revista dos Tribunais, 1998;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões: Sinopses Jurídicas,** Editora Saraiva, 2002;

GOMES, Alexandre Gir. **Revista de Direito Privado.** Revista dos Tribunais, julho – setembro de 2002, v. XI p.9 a 17;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família.** Jus Navegandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201> 7.7.2010;

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** 6ª edição, Editora Atlas S.A, São Paulo, 2006;

MALHEIROS, Fernando. **A modernidade no direito de família.** In Jornal do comércio, Rio de Janeiro, 25 de jan. 1997, caderno A, p.12;

_____. **A união estável e suas conseqüências jurídicas.** In Revista dos Tribunais, 682, Agosto de 1992, p. 269-270;

NERY, Nelson Junior e ANDRADE, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2005;

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos**. 1ª edição, Russel, 2007, Campinas/SP;

PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária**. Rio de Janeiro, forense, 2008;

PELUSO, Cezas at al. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**, 1ª edição, Ed. Manole Ltda., 2007;

RIBEIRO, Alex Sandro. **A sucessão na união estável face ao novo código civil**. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n.57, jul.2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2952>, Acesso em 25 set.2010;

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Revista Fórum Administrativo de Direito Público**. FA, Belo Horizonte, ano 7, n.71, p.43-48, jan 2011;

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva 2006;

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina Civil – Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em http://www2.uerj.br/^direito/plublicações/diversos/tepedino_3.html, acesso em jul.2010;

VENOSA, Silvio de salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.