

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

TÂNIA RIBEIRO DE PAULA LAIGNIER

**AS INCONGRUÊNCIAS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO
CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES SOFRIDAS
COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL FACE ÀS LEIS
8.971/94 E 9.278/96**

**RUBIATABA – GO
2007**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO

TÂNIA RIBEIRO DE PAULA LAIGNIER

**AS INCONGRUÊNCIAS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO
CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES SOFRIDAS
COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL FACE ÀS LEIS
8.971/94 E 9.278/96**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Fabiana Savini Bernardes P. de Almeida Resende.

RUBIATABA – GO
2007

TÂNIA RIBEIRO DE PAULA LAIGNIER

**AS INCONGRUÊNCIAS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E DO
COMPANHEIRO À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:
ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES SOFRIDAS COM O ADVENTO DO NOVO
CÓDIGO CIVIL FACE ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador _____

Fabiana Savini Bernardes P. de Almeida Resende
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Professor de Monografia _____

Geruza Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia

Examinador _____

Caroline Naves Torres Borges Junqueira
Especialista em Direito Civil – Docência Universitária

Rubiataba, 18 de dezembro 2007.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Edson e Imaculada, que com muito carinho e esforço, sempre estiveram presentes, sendo um exemplo de honestidade.

Dedico este trabalho ao meu marido, Tim, que soube compreender todas as horas que não pude estar presente, que colocou ânimo no meu coração todas as vezes que pensei em desistir.

Dedico este trabalho a alguém muito especial, o meu sogro, Ely, que embora não esteja mais conosco, deixou seu legado de ensino e exemplo, e, sempre, a cada conquista da minha vida, lembrarei dele, que me ensinou o quanto é importante lutarmos por nossos objetivos.

Dedico este trabalho aos meus filhos, Ely Neto, que costumo chamar de VIDA, e ao Otávio André, que em breve estará entre nós. Tudo o que eu fizer o resto da minha vida dedicarei a esses pequenos anjinhos.

Dedico também aos meus amigos do “grupo” de trabalho da faculdade. Que Deus abençoe os passos deles.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, meu Pai Protetor, que abençoou todos os meus passos, para eu completar mais essa jornada. Que nos guiou todos os dias em nossas viagens, de Ceres a Rubiataba e vice-versa, sempre olhando por nós.

Agradeço a minha mãe que teve e tem muita paciência comigo, e cuidou do meu filho para que eu pudesse estudar. Nada no mundo paga o que ela faz por mim.

Ao Tim, meu amor e companheiro, pelos momentos em que me incentivou, e por tudo o que me proporciona, em alegria, amadurecimento e conhecimento. Pelo carinho e compreensão que sempre teve... Amo-te.

À D. Zilda, que tanto me ajuda quando preciso.

A minha amiga Sonia, que é um poço de paciência, que sempre nas horas que mais precisei, esteve ali presente. Nunca conheci pessoa tão cordial, prestativa e amiga.
Agradeço a todos que, de certa forma, colaboraram para mais esta vitória.

*"Nossas dívidas são traidoras e nos fazem perder o bem que
podíamos conquistar se não fosse o medo de errar."*

William Shakespeare

RESUMO: O ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO TROUXE INOVAÇÕES E DISCUSSÕES VULTOSAS CONCERNENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA, AS QUAIS AINDA NÃO FORAM ABSORVIDAS E NEM BEM ACEITAS EM SUAS TOTALIDADES PELA COMUNIDADE JURÍDICA E PELA SOCIEDADE EM GERAL, PROVOCANDO QUESTIONAMENTOS E CONTROVÉRSIAS NO ASPECTO REFERENTE À MANEIRA DE INTERPRETAR A LEI, SEU ALCANCE E OBJETIVO. A MANEIRA COMO O ATUAL CÓDIGO TRATA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO É UMA DAS QUESTÕES MAIS COMPLEXAS E DESFAVORÁVEIS PARA O OPERADOR DO DIREITO, EM VIRTUDE DOS DIVERSOS DEBATES QUE ESTA NOVIDADE SUSCITA NOS CASOS CONCRETOS, NOTADAMENTE PELA RAZÃO DE QUE A PRÓPRIA LEGISLAÇÃO PARECE SER INDECISA E CONTRAPRODUCENTE NA MATÉRIA. COMO CONSEQÜÊNCIA, NECESSÁRIO SE FAZ UMA NOVA E INTENSA REFORMULAÇÃO DO ORDENAMENTO CIVIL, EXPURGANDO SUAS INCOERÊNCIAS.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO SUCESSÓRIO, CÔNJUGE, COMPANHEIRO(A), NOVO CÓDIGO CIVIL.

ABSTRACT: THE CURRENT BRAZILIAN CIVIL CODE BROUGHT A GREAT DEAL OF INNOVATIONS AND CONTROVERSY TO THE FAMILY LAW, WHICH WERE NOT TOTALLY ABSORBED OR ACCEPTED BY THE JURISTIC COMMUNITY AND SOCIETY, RAISING QUESTIONS AND DISAGREEMENTS CONCERNING THE INTERPRETATION OF THE LAW, ITS SCOPE AND AIM. THE WAY THE CURRENT CIVIL CODE DEALS WITH THE *HEREDITARY SUCCESSION LAW* OF THE SPOUSE AND OF THE COMMON-LAW HUSBAND/WIFE IS ONE OF THE MOST COMPLICATED FOR OPERATORS FROM LAW DUE TO THE CONTROVERSIES THIS INNOVATION BRINGS TO REAL CASES MAINLY BECAUSE THE LEGISLATION ITSELF SEEMS TO BE IMPRECISE AND COUNTERPRODUCTIVE. CONSEQUENTLY, IT IS NECESSARY A NEW AND INTENSE REFORMULATION OF THE CIVIL ORDAINMENT TO MAKE IT MORE ACCURATE.

KEYWORDS: SUCCESSION LAW. SPOUSE; COMMON-LAW HUSBAND/WIFE. NEW CIVIL CODE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A FAMÍLIA	14
1.1 Considerações gerais.....	14
1.2 Conceito.....	14
1.3 Evolução na família moderna.....	16
1.4 Natureza jurídica da família.....	18
1.5 Modalidades de família.....	19
1.6 O instituto do direito de família.....	20
2. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL	23
2.1 Breve evolução histórica da união estável.....	23
2.2 Conceituação civil-constitucional do instituto do casamento e da união estável.....	26
2.3 Natureza jurídica do casamento e da união estável.....	30
2.4 Características da união estável.....	31
2.4.1 Diversidade de sexo.....	32
2.4.2 Ausência de matrimônio civil e de impedimentos matrimoniais.....	32
2.4.3 Notoriedade de afeições recíprocas.....	33
2.4.4 Honorabilidade.....	34
2.4.5 Fidelidade ou lealdade.....	34
2.4.6 Coabitação.....	35
3. SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	36
3.1 Direitos sucessórios.....	36
3.1.1 Sucessão: conceitos & pressupostos.....	36
3.2 Evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro.....	39
3.3 Ordem de vocação hereditária destacando as incoerências deixadas pelo Código Civil de 2002.....	40
3.3.1 A classificação dos sucessores.....	42
3.3.1.1 A chamada do companheiro para a concorrência na sucessão legítima.....	44

3.3.1.2 Concorrência com descendentes comuns.....	45
3.3.1.3 Concorrência com descendentes só do autor da herança.....	45
3.3.1.4 Concorrência no caso de filiação híbrida.....	46
3.3.2 Concorrência com outros parentes sucessíveis.....	46
3.3.2.1 Concorrência com ascendentes.....	47
3.3.2.2 Concorrentes com colaterais.....	47
3.4 Herdando a totalidade da herança.....	49
3.5 Direito real de habitação.....	50
4. ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS DE TRATO ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO.....	52
4.1 Quadro comparativo.....	52
4.2 Retrocesso de um direito já adquirido pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.....	60
4.3 Breve abordagem do Projeto de Lei número 4.944, de 2005.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
ANEXOS.....	70

INTRODUÇÃO

O tema, As incongruências da sucessão do cônjuge e do companheiro à luz do Direito Civil-Constitucional: análise das alterações sofridas com o advento do Novo Código Civil face às Leis 8.971/94 e 9.278/96, vem de encontro com as graves irregularidades cometidas pelo legislador no novo Diploma, principalmente no ponto de vista dos princípios constitucionais de proteção à família e de respeito à dignidade da pessoa humana, como garantia de seu direito à herança.

Entre as inúmeras alterações sofridas pelo Código Civil, destacam-se as relativas ao Direito das Sucessões, principalmente no que tange ao cônjuge e ao companheiro, como o fato de concorrerem com os herdeiros descendentes ou ascendentes, ainda que em situações díspares.

A escolha do tema deu-se pelo fato de que o mesmo é de grande relevância ante as modificações sofridas com a entrada em vigor do atual Código Civil, instituído pela Lei nº. 10.406, de janeiro de 2002, ensejando alterações de impacto no Direito Sucessório dos cônjuges e companheiros, algumas positivas, justamente as que seguiram a linha da sucessão do cônjuge; outras, todavia, extremamente negativas, verdadeiros retrocessos na sucessão do companheiro.

Com essa manifesta diferença de tratamento oferecida ao cônjuge em detrimento do companheiro, analisará se houve uma discriminação para com as relações informais e um retrocesso aos direitos já adquiridos pelo companheiro, sendo uma prévia demonstração da relevância do assunto a ser tratado.

O objetivo geral deste trabalho científico é pesquisar acerca do Direito Sucessório do cônjuge e do (a) companheiro (a), face às alterações trazidas pelo novo Código Civil, fazendo uma análise crítica das incoerências existentes entre este e as Leis 8.971/94 e 9.278/96, que regulamentam o artigo 226 da Constituição Federal de 1988. E específico, realizar um estudo identificando o conceito da união estável com base no Ordenamento Jurídico Brasileiro;

conceituar o Direito das Sucessões e características da união estável; identificar as incoerências deixadas pelo legislador no Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil com relação às Leis 8.971/94 e 9.278/96, destacando a evolução da sucessão legítima do cônjuge e do companheiro, fazendo um estudo comparativo entre a sucessão no casamento e na união estável.

Quanto à Metodologia empregada, será utilizado o Método de Compilação, abordando o tratamento doutrinário dado ao tema em geral, à união estável, ao conteúdo das Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96 e do Código Civil de 2002, com enfoque na evolução do direito sucessório no casamento e na união estável, destacando suas incoerências. Para tanto, iniciar-se-á, no Capítulo 1, com as considerações gerais sobre o Instituto da Família, expondo conceitos e natureza jurídica, perpassando por uma evolução histórica da família moderna, bem como, pelas modalidades existentes, até se adentrar no instituto Direito de Família.

No capítulo seguinte há uma análise doutrinária e legislativa do que se operou no decorrer do século passado, gerando modificações no tratamento da união estável, considerando as etapas pelas quais esta passou desde sua negação pelo ordenamento jurídico até seu efetivo reconhecimento como entidade familiar, pela Constituição Federal de 1988. Procederemos, ainda, com a conceituação do instituto do casamento e da união estável, tendo como base a interpretação à luz do Direito Civil-constitucional, dando seguimento à sua natureza jurídica. Finalizando-se o capítulo com a apresentação das características da União Estável, como requisitos de reconhecimento.

No capítulo subsequente, tratar-se-á especificamente como se dá a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro, fazendo uma abordagem a respeito do Direito Sucessório e destacando especialmente a questão da Ordem de Vocação Hereditária, a qual sofreu alterações consideráveis no Código Civil de 2002, no que concerne a concorrência com descendentes comuns, descendentes só do autor da herança, no caso de filiação híbrida, com ascendentes, colaterais e a hipótese de herdar a totalidade da herança. Finalizando, o capítulo tratará a respeito do direito real de habitação.

No capítulo seguinte será feita uma comparação entre os direitos sucessórios atribuídos pela legislação aos cônjuges e aos companheiros, identificando as principais diferenças e distorções existentes, fazendo uma reflexão acerca da previsão de estatutos sucessórios diferenciados para cônjuges e companheiros, apontando os principais posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à constitucionalidade desta previsão. Apresentar-se-á uma crítica ao retrocesso de um direito já adquirido pelo companheiro com base nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, expondo em seguida, uma breve análise jurisprudencial e uma abordagem sobre o Projeto de Lei número 4.944, de 2005 que busca equiparar os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Procura-se nessa monografia apresentar os erros praticados pelo legislador infraconstitucional, quando ele deveria ter adotado o pensar do legislador constituinte e não o fez, a partir disso, indicar em quais circunstâncias o companheiro encontra-se em desvantagem em relação ao cônjuge, objetivando de forma despretensiosa, sugerir modificações no atual Código Civil, concernentes ao direito sucessório dos cônjuges e companheiros, considerando que o companheiro em nada se difere ao cônjuge, a não ser na formação inicial da entidade familiar, se casamento ou união estável.

A pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Na seqüência, serão indicadas as referências bibliográficas utilizadas.

1. A FAMÍLIA

1.1 Considerações gerais

A família é o sustentáculo da sociedade. É no interior da família que brotam e desenvolvem os costumes, as tendências e os sentimentos que determinarão um dia a sorte do indivíduo. É nela que o ser humano nasce e se desenvolve, plasma sua personalidade para, depois, integrar-se na sociedade.

São de responsabilidade da família certas finalidades básicas no mundo fático, a partir da concepção universalmente aceita de que é a célula vital da sociedade: a primordial, de gerar e de formar outras pessoas assegurando a perpetuação da espécie; a conseqüente, de contribuir para a manutenção e desenvolvimento do Estado, inserindo em seu seio pessoas preparadas para a vida social. Monteiro, (1997, p. 1) afirma que:

Desde logo, evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social. Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família pelo casamento. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do direito de família.

1.2 Conceito

É necessário, antes de tudo, precisar o sentido da palavra “família”, suscetível, na linguagem jurídica, de diversas significações. Para Gomes, (2001, p. 33) a definição mais precisa do termo é:

Em acepção lata, compreende todas as pessoas descendentes de ancestrais comum, unidas pelos laços do parentesco, às quais se ajuntam os afins. Neste sentido, abrange, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais até certo grau, como tio, sobrinho, primo, e os parentes por afinidade, sogro, genro, nora, cunhado. Stricto sensu, limita-se aos cônjuges e seus descendentes, englobando, também, os cônjuges dos filhos. Designa a palavra família mais estritamente ainda o grupo composto pelos cônjuges e pelos filhos menores.

Já Monteiro (1997, p. 3 - 4) diz que, num sentido restrito, o vocábulo abrange, “tão-somente, cônjuges e prole. [...] Em acepção mais ampla, no entanto, cinge o vocábulo todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cujo alcance se expande ou se reduz, segundo o específico critério de cada legislação”.

Tendo em vista a evolução dos costumes e, por conseqüência, das instituições sociais e jurídicas, pode-se afirmar que nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar e a família natural, ou comunidade familiar, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo-se assim efeitos jurídicos à união livre entre o homem e a mulher e ao grupo familiar em que vive apenas um dos genitores e seus descendentes, filhos ou netos.

Em sua obra Santa Maria (2001, p. 1) cita o constitucionalista Ferreira, que comentando a Constituição Brasileira assevera que a família:

Apresenta sempre num estado de mudança, tanto na sua estrutura como nas suas funções, tendo perdido algumas de suas finalidades e se expandindo em outras. O direito constitucional refletiu esta conformação não somente com

pensamento revelador na proteção à família como célula essencial da vida social, bem como pela extensão desta modalidade de vida, como uma simples união estável entre homem e mulher como entidade familiar...

Vale ressaltar, ainda, que Mazeud e Mazeud (apud GOMES 2001, p. 35) usam três critérios para definir o vocábulo família em sua estrutura jurídica, “o do direito das sucessões, o da legitimidade e o da autoridade”.

Sendo que pelo critério sucessoral a família constitui o grupo formado pelos cônjuges e parentes próximos. Determina a lei que uns sucedem aos outros, no pressuposto de que se acham unidos no vínculo familiar. Compreenderiam, nestas condições, todos os *parentes* em linha reta, inclusive os *afins* e os *colaterais* até o quarto grau. Pelo critério da legitimidade, a família é o grupo composto pelo marido, mulher e filhos, fundado no casamento, não podendo desconhecer a existência da família natural (uniões constituídas fora do casamento). Pelo critério da autoridade, distingue-se esse pequeno grupo social de pessoas unidas pelos laços de parentesco e vida comum por estar subordinado à mesma direção. Gomes (2001, p. 35) acentua ainda que:

Nenhum desses critérios, isoladamente, proporciona elementos para inatacável definição jurídica de família, mas do exame de sua falhas, pode-se depreender seu sentido técnico, considerando se família o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção.

Enfim, não há mais no direito brasileiro a restrição do conceito de família ao núcleo de pessoas vinculadas ao casamento. A família que hoje merece tutela da ordem jurídica é, indistintamente, a que origina do casamento, como a que se forma a partir da união estável entre o homem e a mulher, ou a que simplesmente se estabelece pelo o laço biológico da paternidade ou pelo liame civil da adoção.

1.3 Evolução na família moderna

Ao longo da história, se atribuiu à família, diversas funções, de acordo com o período de evolução em que se encontrava, tais como: função religiosa, função política, função econômica e função procracional. A estrutura familiar era patriarcal, priorizando o exercício dos poderes do homem sobre a mulher e sobre os filhos.

No que diz respeito às funções religiosa e política, estas quase não deixaram traços na família moderna, haja vista que mantiveram somente o interesse histórico, pois a rígida estrutura hierárquica da família patriarcal, pouco a pouco, foi sendo substituída pela comunhão de interesses e de vida.

A família atual tem por base a solidariedade (artigo 3º, I, da Constituição Federal) ¹, como uma das fundamentações da afetividade. De acordo com Pereira (2001, p. 22): “*A unidade da antiga sociedade era a família e a da sociedade moderna é o indivíduo*”.

Por sua vez, a função econômica deixou de ter sentido, haja vista que a família deixou de ser entendida como uma unidade produtiva ou como seguro contra a velhice. O que mais colaborou para o declínio dessa função foram as progressivas emancipações femininas ocorridas em diversas esferas, tais como: econômica, social e jurídica, como também a redução da procriação das entidades familiares. Nesse contexto Gomes (2001, p. 18):

Que a família de hoje tem principalmente função de consumo; objetivo do bem-estar se converte em uma necessidade política, todos aspirando à saúde, alimentação, repouso, lazer, educação, condições toleráveis de trabalho e de vida decente sem os controles sociais tradicionais.

¹ Art. 3º *in verbis* - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

A função de procriação, defendida pela tradição religiosa, também não encontra legitimidade na sociedade moderna, o que pode ser comprovado pela observação do grande número de casais que deixaram de ter filhos, por escolha própria, ou por dar prioridade à vida profissional, por motivos de infertilidade, ou ainda, devido à união com mulheres maduras. Também, a Constituição favoreceu a adoção, fortalecendo a natureza socioafetiva da família, onde a procriação deixou de ser imprescindível.

A Constituição de 1988 deu maior realce aos aspectos pessoais do que aos aspectos patrimoniais das relações familiares, o que reflete as transformações pelas quais passa a família moderna.

Das muitas sugestões encaminhadas ao Senado² quando da redação da Constituição de 1988, destacam-se as temáticas referentes ao:

[...] fortalecimento da família como união de afetos, igualdade entre homem e mulher, guarda de filhos, proteção da privacidade da família, proteção estatal das famílias carentes, aborto, controle de natalidade, paternidade responsável, liberdade quanto ao controle de natalidade, integridade física e moral dos membros da família, vida comunitária, regime legal das uniões estáveis, igualdade dos filhos de qualquer origem, responsabilidade social e moral pelos menores abandonados, facilidade legal para adoção.

Atualmente, defende-se a adoção de uma concepção mais ampla acerca da família, entendendo a existência de vínculo familiar em todo relacionamento onde se evidencia a presença da afetividade. Busca-se afastar as possibilidades de discriminação. Procedendo-se assim, contradizem os limites impostos pelo próprio sistema.

A lógica defendida pelos autores modernos autoriza denominação de “família” a envolvimento tais como: concubinatos existentes na vigência do casamento ou união estável, contradizendo, desta forma, o princípio da monogamia, ainda em vigência. Para Quadros (2004, *on line*):

² BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte, Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, *Relatório e Anteprojeto de Norma Constitucional*, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, p. 3-13.

Afastar os preconceitos que a tanto se encontram incrustados no Direito de Família é um compromisso que os estudiosos contemporâneos devem assumir. Todavia, tal máxima não deve legitimar comportamentos precipitados, os quais resultam no atropelo das normas jurídicas estabelecidas. Assim o é pelo fato de que algumas das limitações às quais o referido ramo do direito se submete não são frutos de preconceitos, e sim de princípios jurídicos vigentes, mais precisamente, no caso em apreço, do já citado princípio jurídico da monogamia. Ao longo do processo evolutivo ao qual a família se submeteu, algumas das suas características se tornaram obsoletas, tendo, em razão disto, sido descartadas. Foi, por exemplo, o que ocorreu com a prevalência da figura masculina e com a visão matrimonializada da família. Por outro lado, determinados elementos, certamente por continuarem a se coadunar com os anseios sociais, foram mantidos pelo legislador. Dentre os elementos que foram mantidos, encontra-se a monógama.

1.4 Natureza jurídica da família

No passado defendeu-se a idéia de que a família constituía uma pessoa jurídica, atribuindo-lhe personalidade própria. Ainda há atualmente tendência doutrinária que lhe atribui personalidade jurídica, tendo em vista que a família é detentora de direitos extra patrimoniais, como o patronímico, o pátrio poder; e os direitos patrimoniais, como a propriedade do bem de família, sepulcros, etc. Mas maior é o numero de opositores, que declaram que a família não satisfaz as condições da personificação jurídica. Venosa, (2001, p. 21) contribui com o pensamento dizendo que:

Em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o pátrio poder, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma também se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares sempre serão os membros individualmente considerados.

No mesmo sentido Carbonnier e Rodrigues (apud GOMES 2001, p. 37) esclarecem que:

Embora seja sedutora a idéia de conferir personalidade jurídica à família, tornando-a titular de direitos que vão além dos pertencentes a cada membro individualmente, tanto que obra recente e de grande acatamento a tanto se inclina. O certo é que tal concepção não se adapta ao direito positivo brasileiro. A personalidade jurídica entre nós advém da lei, pois é o Código Civil (art. 16) que confere a certas entidades a legitimação para serem titulares de direitos e obrigações na ordem civil. Assim não basta a aptidão teórica para a formação de entidade personalizada. É necessário cumprir a formalização preconizada pela lei e esta, inegavelmente, não inclui a família entre as pessoas jurídicas ou morais.

1.5 Modalidades de família

Segundo Monteiro, (1997, p. 9), no direito positivo conhecem-se quatro espécies de grupos familiares:

A família legítima criada pelo casamento, e inteiramente disciplinada pelo legislador; as entidades familiares, decorrentes da união entre homem e mulher, em que nenhuma das partes tenha vínculo matrimonial; a família natural, ou comunidade familiar, formada por ambos os genitores, ou apenas um deles, e seus descendentes; a família substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual passa desempenhar integralmente o papel de filho.

Em contrapartida, Santa Maria (2001, p. 22) admite duas modalidades de família:

A legítima que tem preferência legal, derivada da sociedade conjugal e a designada natural o ilegítima, proveniente das uniões livres, como sociedades de fato, quando esta apresenta certa estabilidade e descendência. E a família legítima é aquela constituída através do matrimônio e que até agora continua merecendo a preferência na proteção legal.

Esta primazia não provém apenas da legislação específica que intenta incentivar a família legítima, mas a que se vê em todas as modernas Constituições. Acentua-se essa distinção quando a própria Constituição declara que a lei facilitará a sua conversão em casamento, instituidor da família tradicional.

A família natural é considerada aquela que se mantém como uma união estável, mas sem qualquer vínculo matrimonial e que mereceu de nossa vigente Constituição de 1988 a designação de entidade familiar.

1.6 O instituto do direito de família

O Direito de família, na definição de Bevilaqua (apud MONTEIRO, 1997, p. 9):

[...] é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, da curatela e da ausência.

Na expressão, direito de família, não se emprega a palavra questionada em qualquer desses sentidos, sendo apenas utilizada para distinguir esse complexo de normas jurídicas dos demais ramos do direito civil. Representa, exclusivamente, um título, um rótulo, porquanto, no seu estudo, se compreende a organização da família num sentido especial, peculiar e próprio.

O direito de família, que tem por objetivo tutelar o grupo familiar no interesse do Estado, apresenta importantes características. Segundo Monteiro (1997, p. 5):

Em primeiro lugar, cabe acentuar-lhe a natureza pessoal, de fundo estritamente moral, em que se não vislumbra traço econômico, a não ser de modo indireto, ao tratar dos regimes matrimoniais, dos bens pertencentes a incapazes, da obrigação alimentar e dos efeitos patrimoniais do concubinato. Aliás, no direito romano, Savigny, ao fazer a divisão do direito civil, distingue um direito de família puro, em que não há disposições relativas aos bens, do direito de família, em que se regulam as relações de ordem econômica. Em segundo lugar, cumpre notar que, no domínio do direito de família, as figuras dos negócios jurídicos, casamento, filiação e parentesco, se acham rigorosamente determinadas, sendo muito limitada a esfera deixada à vontade individual. Em princípio, os particulares não podem afastar-se das normas legais que organizam e regulamentam os direitos e deveres decorrentes da família. Suas regras são obrigatórias e de ordem pública, impondo-se a todos de modo imperativo.

Eis a razão porque existem juristas que patrocinam opinião segundo a qual o direito de família é afim do direito público. Melhor ainda, o direito de família está compreendido no direito público.

Não são todos os juristas que compartilham desta idéia, para uns essa tendência do direito de família caminhar rumo ao direito público, representa um passo a frente. Para outros, constitui um retrocesso, vez que a família volta ao seu primitivo ponto de partida, revivendo o *status* em todo o seu vigor, sob a égide do próprio Estado. Gomes [em nota] (2001, p. 8) assevera que:

O direito de família é sem dúvida, um ramo do direito privado, já que disciplina diretamente relações entre pessoas naturais em torno de bens cuja titularidade lhes toca por inteiro. A vida familiar não é mais que um prolongamento da vida privada. Daí que sua regulamentação legal pertence ao direito privado e não ao direito público; numa situação especial, todavia, visto que em sua grande totalidade as normas do direito de família caracterizam-se pelo traço da ordem pública, que não permite sua livre disposição pelas partes, como em geral ocorre no âmbito do direito civil.

Como se pode ver, não se trata propriamente de uma definição, mas de completa enumeração dos vários institutos que se contêm no âmbito do direito de família, regulado pelo Código Civil. Aliás, difícil se torna definir o direito de família, sem incidir num vício de lógica.

Realmente, esse ramo do Direito Civil, de um modo geral, disciplina a organização da família. Todavia, quem assim se expresse, está a conceituar o direito de família com o próprio objeto a definir-se.

2. O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Breve evolução histórica da união estável

Cahali, (1996, p. 1) afirma que *“as formas de agrupamento familiar nas sociedades é um fato que sempre existiu e sempre existirá e, sobretudo a união livre entre homem e mulher passa a ganhar importância ante o sistema normativo”*. Tanto é assim que a união de fato torna-

se um fato inegável, e apesar das condenações impostas pela sociedade e pela lei não inibiram que tais relações perdurassem no tempo. A idéia preexistente está em que a família é um fato natural sob a qual está assentada a sociedade e o casamento é uma convenção social, onde aquela se produz fora da convenção.

A história tem mostrado que o sistema jurídico do Brasil sempre foi resistente em aceitar os efeitos jurídicos a tais uniões. Essa posição persistiu por longo tempo, especialmente devido à influência da Igreja Católica ante sua contraposição às relações extramatrimoniais.³

Foi pela inspiração do Direito Canônico a insistência em prestigiar tão somente o casamento como base da sociedade. Assim, somente o matrimônio criava a família, a qual tinha proteção do Estado diante das convicções ideológicas e políticas adotadas pelas Constituições Federais e, sobretudo, aos conceitos morais daquelas sociedades, amparadas ainda em valores religiosos.

Diante desse quadro, explica-se o natural repúdio pela negativa em acolher qualquer relação de concubinato. Portanto, qualquer formação da família que não proveniente daquela estipulada pela Constituição representava uma quebra aos padrões adotados.

Por um longo período esse modelo de família consubstanciado pelo casamento e editado pelo Estado começa a sofrer mudanças ante as alterações nos vínculos da própria família como agrupamento social.

Os padrões de conduta, costumes, o individualismo nas relações familiares, a própria evolução e conquistas de homens e mulheres obrigam a rever o conceito que se tinha da família e, por conseguinte do casamento, dando lugar a uma verdadeira reestruturação das relações matrimoniais. Há que se aceitar a evidência de uma crise da própria família.

³ Acentua Azevedo (ano 2002, p. 157) que “*com o Concílio de Trento, em 1563, restou proibido o casamento presumido, determinando a obrigatoriedade de celebração formal do matrimônio... em cerimônia pública. Desse modo, condenou-se o concubinato*”. Complementa Monteiro (Op. Cit. p 19) que, “*atualmente, considerando-o jurídica e socialmente nocivo, o Código de Direito Canônico estabelece várias sanções para os concubinos (cânones 1.395, parágrafo 1º, e 1.093)*”.

Ante essa nova concepção, coube à doutrina começar amadurecer fazendo com que se passasse a reconhecer os direitos dos concubinos e assim antevendo uma mudança sensível na doutrina e por sua vez na legislação. Assim, aos poucos começa também uma reestruturação legislativa, conferindo direitos e efeitos às relações informais, daí sugerindo uma nova denominação jurídica, qual seja – companheiros.

Aos poucos, o Estado se vê obrigado a reconhecer outras formas de união. O primeiro avanço deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988⁴, reconhecendo a união estável. Começa-se então, a consolidar uma aceitação expressiva, dando-se vencida tanto a lei quanto a jurisprudência.

Timidamente começa-se a rebuscar conceitos designando tais uniões. Assim define Bittencourt (apud Azevedo 2002, p. 191), *“Companheira é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem os laços do casamento civil, é concubina”*.

Analisando o disposto no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a intenção do legislador foi atribuir intencionalmente à categoria de entidade familiar às famílias constituídas informalmente, dando-lhe proteção da mesma forma que o casamento.

É relevante apurar que a compreensão mais acertada sobre a noção de União Estável amparada no Direito de Família passa por um exame da definição formulada pelo texto constitucional. Significa dizer que as uniões estáveis podem ou não constituírem uma entidade familiar e aí então, interessar ao Direito de Família.

Finalmente, a união estável veio a ser regulamentada, primeiramente por meio da Lei número 8.971, promulgada em 29 de dezembro de 1994, que concedeu direito aos companheiros quanto a alimentos e sucessão. Embora esta lei tenha sofrido duras críticas quanto a suas falhas e

⁴Art. 226. *In verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Parágrafo 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

imprecisões, importa destacar que a mesma foi o primeiro precedente normativo regulando os efeitos da união quanto aos bens adquiridos em sua constância. Face à insuficiência de conceitos e das falhas da Lei 8.971/94, cogitou-se em modificá-la através de um diploma legal mais amplo.

Para tanto, o Projeto de Lei 1.888 de 1991, deu origem a Lei 9.278 de 10.05.1996, embora com poucas alterações. Tal lei não revogou a anterior, tanto que as matérias ali contempladas não são iguais, embora relacionadas. Trata precipuamente quanto à união estável (concubinato puro), para que não existam abusos entre os conviventes, sendo livres na união, porém responsáveis.

Dispôs a Lei 9.278/96 que a matéria relativa à união estável é de competência das Varas da Família. Nesse sentido, adverte Venosa (2001, p. 55), que tal disposição “*dirimiu conflitos de competência, uma vez que ora era atribuído à varas especializadas, ora à varas cíveis*”.

Não obstante a tais Leis Esparsas disciplinadoras da união estável dando direito aos companheiros a alimentos, meação e herança, era de imaginar que com o advento do novo Código Civil, o mesmo derrogasse tais leis e ainda resolvesse os problemas de imprecisão, no entanto, o legislador não revogou expressamente os diplomas anteriores, tampouco as impropriedades.

2.2 Conceituação civil-constitucional do instituto do casamento e da união estável

Matrimônio e união estável não se confundem, tendo o próprio legislador constitucional cuidado de afirmar que a lei deve facilitar sua conversão (união estável) em casamento. Gomes

(2001, p. 44) assim se expressa “*ora, se a lei deve converter a união estável em casamento, conclui-se que os institutos em questão possuem naturezas diversas*”.

As definições do vocábulo casamento variam de acordo com o tempo e o espaço, sendo evidente uma mutabilidade de acordo com os costumes e a doutrina de cada época. Hodiernamente tais definições buscam aperfeiçoar a conceituação de casamento, deixando-a cada vez mais completa.

Rodrigues (2004, p. 19), declarando sua preferência pela natureza jurídica do fenômeno, com base na lei e na palavra de Modestino, define: “*casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência*”.

Destaca-se a definição de Diniz (2006, p. 41), “*Casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família*”.

Monteiro (1997, p.11) prefere uma definição mais descritiva, conceitua “*o matrimônio como a união permanente entre o homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos*”. Percebe-se que na prática o casamento e a união estável de nada diferem, a não ser pelo fato da formalidade civil-contratual, como podemos perceber com as definições transcritas.

Para Venosa (2001, p. 45) “*a união estável passará a existir desde quando houver a formação de uma família*” e é por isso que o legislador desejou proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento. Logo, é um fato ser a união estável um casamento que se constitui sem forma exigida por lei e sem algumas formalidades, com pequeníssimas diferenças. É sabido que os deveres e direitos pessoais e patrimoniais gerados pela união estável são os mesmos gerados pelo casamento.

Com efeito, a união estável constitui-se a partir de uma situação de fato, ao passo que o

casamento é o ato mais solene do direito, somente tornando-se válido após a celebração legalmente prevista. A união estável se prova por meio dos meios juridicamente disponíveis (documentos, testemunhos), o matrimônio pode ser provado pela certidão de casamento. O casamento é um negócio jurídico. A união estável é uma relação de fato, onde as pessoas optam pela união fora dos moldes tradicionais do casamento. Para a Constituição da República e o Direito de Família são espécies do gênero entidade familiar.

É relevante observar que os vocábulos concubinato, união estável, união livre ou de fato e companheirismo tendem para o mesmo significado, posto que os termos são utilizados com inúmeras variações, tanto no campo jurídico quanto na linguagem popular.

Conforme Azevedo, (2002, p. 186). *“O termo concubinato encontra respaldo no latim: cubo vem do verbo cubare, estar deitado na cama, que significa estar deitado na cama com alguém, significando estado de amasiamento entre homem e mulher”*.

Para o dicionarista Aurélio⁵, concubinato significa *“o estado de quem tem ou é concubina; amásio, barreguice, concubinagem, comborçaria, mancebia”*.

Nesse sentido, Azevedo (2002, p. 186) diferencia o concubinato sob dois ângulos, quando afirma que:

Apresenta-se esse vocábulo com dois sentidos: amplo ou lato, amplo significa toda e qualquer união sexual livre; e o estrito, a mostrar-se como união duradoura, a formar a sociedade doméstica de fato, na qual são importantes o animo societário (affectio societatis) e a lealdade concubinária.

Ante tantas variações para a expressão, o emprego dos termos, concubinato e concubino sempre foram utilizados para designar toda e qualquer situação de união fora do casamento, incluindo, inclusive o companheiro de que trata o novo Código Civil, assim como estabelecido na

⁵ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 448.

Lei 8.971/94, ou a expressão convivente empregada na Lei 9.278/96.

Na realidade, todos esses termos vinham sendo utilizados indiscriminadamente e ainda o são na linguagem popular, entretanto, a expressão companheiros reserva-se para as pessoas unidas estavelmente, sob a condição de casados e sem impedimentos com terceiros.

Tanto que o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.727 define concubinato como “*relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar*”. Fica demonstrada a intenção do legislador em distanciar o concubinato da união estável, não prevendo direitos para aquela espécie de relação.

Contudo, a expressão mais utilizada nos textos normativos sobre união estável é companheiro e companheira. Sobre o emprego desses termos, assevera Azevedo (2002, p. 191):

Assim, vê-se utilizada, comumente, a palavra companheira para designar a concubina, no concubinato puro, e o vocábulo concubina, quando da união impura. Todavia, pode dizer-se, simplesmente, concubina, em qualquer das duas espécies de concubinato, com a adjetivação, cogitada (puro ou impuro). A Constituição Federal de 1988 preferiu chamar o concubinato puro de união estável. Atualmente, a legislação concubinária refere-se à companheira e conviventes, quando se trata de união estável.

Relativamente ao conceito de união estável propriamente dito, é preciso se estabelecer os elementos caracterizadores da mesma. De antemão, reconhecer a existência de um núcleo familiar e, sobretudo, resgatar a noção de família. Resta aceitar que para se chegar a um conceito de união estável é preciso associá-la ao instituto familiar que é prerrogativa indispensável. Na definição de Melo (2005, p.62) (apud Azevedo 2000):

União estável é a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Já Rodrigues, (2004 p. 259) assim a define:

Caracteriza união estável como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade recíproca entre o homem e a mulher.

A limitação para o conceito de união estável deve ser feita, objetivando, se daquela relação originou uma entidade familiar, exteriorizada pela durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Não significa que faltando algum desses elementos estará descaracterizada a união estável, mas tais elementos reforçam o conceito de família.

Conveniente destacar que relacionamentos sexuais e a união adulterina não são equiparados como sendo união estável, uma vez que lhes faltam os componentes da comunhão de vida, como, notoriedade em relação à sociedade, exclusividade e publicidade, elementos que serão mais bem analisados oportunamente.

Apesar do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, conferir proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, o dispositivo não define o que venha a ser tal união. Já o conceito da união estável dado pelo Código Civil de 2002 segue a mesma linha inserida pela Lei 9.278/96.

A redação do artigo 1.723, parágrafo 1º do Novo Código Civil estabelece, *in verbis*:

Art. 1723. 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. § 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Esse artigo representa uma evolução, pois eliminou dois elementos de injustiça, o primeiro quanto ao aspecto temporal, para caracterizar a união estável assim como fazia a Lei 8.971/94; o segundo quanto ao entendimento de que pessoas com estado civil ainda que casadas, porém, já estando separadas de fato poderiam contrair união estável.

De qualquer forma ficou resolvida essa divergência, já que o Código Civil de 2002 permitiu um conceito mais aberto e mais próximo do justo para a união estável, dando o entendimento de que o verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas exigências legais.

2.3 Natureza jurídica do casamento e da união estável

Existem divergências quanto à natureza jurídica do casamento, vez que existem muitas opiniões doutrinárias. Diniz, (2006, p. 45) dentre outros doutrinadores, destaca três correntes, “*a concepção contratualista ou clássica, originária do direito canônico, a concepção institucionalista e a concepção eclética ou mista*”.

Doutrinadores, como Rodrigues (2004) e Gomes (2001), são adeptos da natureza contratual do matrimônio por considerá-lo como um contrato do direito de família; esses autores defendem a idéia de que o matrimônio é um contrato civil, que é administrado pelas normas comuns a todos os contratos, onde o mesmo se conclui e se aperfeiçoa tão somente por meio do consentimento dos noivos, havendo de ser mútuo e evidente por sinais externos. Todavia, essa concepção sofreu algumas variações, pois há os que nele vêem um contrato especial; em razão de seus efeitos peculiares não se aplicam os dispositivos legais dos negócios jurídicos relativos à capacidade das partes e vícios de consentimento.

Contudo, há outros doutrinadores como Diniz (2006) e Monteiro (1997), que defendem a concepção institucionalista; para eles o casamento é uma instituição social, que ajuíza uma situação jurídica que nasce do desejo dos nubentes, mas cujas normas, efeitos e forma aparecem preestabelecidos em lei. De acordo com Monteiro (1997, p. 13), “*reduzir o casamento a um*

simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus fins nobres”.

A doutrina eclética ou mista, defendida por Roaust, acentua que o casamento é um ato complexo, ou seja, é concomitantemente contrato (na formação) e instituição (no conteúdo).

Azevedo (2002, p. 253) coaduna com a doutrina contratualista e conceitua casamento destacando bem essas características:

Casamento é um contrato solene, regulado por normas de ordem pública, no âmbito do Direito de Família, pelo qual um homem e uma mulher, criando, com ele, sua sociedade conjugal, submetem-se a um complexo de direitos e de deveres, entre si e entre eles e seus filhos, de ordem pessoal e patrimonial.

Ainda de acordo com Azevedo (op. cit p. 254), o concubinato (união estável) guarda características semelhantes:

O concubinato [...] embora sem ser solene, é um contrato no mais das vezes verbal, ou escrito, às vezes unido com ato religioso, pelo qual um homem e uma mulher, criando sua família de fato, submetem-se a uma convivência, gravada de direitos e de deveres jurídico-morais, entre si e entre eles e seus filhos, de ordem pessoal e patrimonial.

Para Bittencourt (1985, p.15) (apud Venosa 2001, p. 48), “a natureza jurídica da união estável está ligada a um fato social e um fato jurídico”. Contudo, Venosa (op. cit.) para melhor explicar essa idéia compara a natureza da união estável com a do “casamento que é um fato social e um negócio jurídico”. É o mesmo que dizer então que união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico.

2.4 Características da união estável

Necessária é a análise acerca das características da união estável, porquanto constitui requisitos indispensáveis para seu reconhecimento como família efetivamente.

Preliminarmente parte-se do conceito legal adotado pela Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.278/96. O artigo 1º da Lei 9.278/96 complementa, *in verbis*: “*É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*”.

Ante a análise de ambos os dispositivos Diniz (2006, p. 366 - 376) destaca alguns elementos essenciais tais como: “*diversidade de sexos, ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial, notoriedade de afeições recíprocas, honorabilidade, fidelidade ou lealdade*”. Delimitar as características da união estável serve para analisar em que circunstâncias elas configuram entidades familiares, estando excluídas, portanto as relações adúlteras.

2.4.1 Diversidade de sexo

De acordo com a Constituição Federal de 1988, não se aplica a união entre pessoas do mesmo sexo. Para se admitir casamento e união estável entre homossexuais teria primeiro, que alterar a Constituição Federal mediante emenda.

Diniz (2006, p. 367) afirma que “*entre pessoas do mesmo sexo haverá tão somente uma sociedade de fato, exigindo-se, além disso, convivência duradoura e continuidade das relações sexuais, que a distingue de simples união transitória*”. (RT, 470:203).

Santos (2005, p. 40) escreve que “*só haverá união estável se estivermos diante de um relacionamento entre homem e mulher, excluídas as relações homossexuais.*”

Destaca-se que tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil de 2002, apontam como sendo indispensável, para a caracterização da união estável, a diversidade de sexo entre os companheiros.

2.4.2 Ausência de matrimônio civil e de impedimentos matrimoniais

Os impedimentos matrimoniais elencados no artigo 1.521 do Código Civil são aplicados igualmente na constituição da união estável, salvo quanto ao inciso VI. Assim, a convivência entre parentes em linha reta, colaterais até o terceiro grau, afins em linha reta e o envolvimento com pessoas casadas desfiguram a união estável, podendo enquadrar-se como concubinato impuro.

Dispõe o artigo 1.723, parágrafo 1º, que “*a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*”

As causas suspensivas elencadas no artigo 1.523 do Código Civil não obstam o reconhecimento da união estável, segundo o artigo 1.723, parágrafo 2º, *in verbis*: “*As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável*”. Sobre o assunto em pauta Diniz (2006, p. 372) destaca que:

A união estável poderá configurar-se mesmo que: a) um de seus membros ainda seja casado, mas separados judicialmente ou de fato; b) haja causa suspensiva, pois esta apenas tem o escopo de evitar a realização de núpcias, antes da solução de problemas relativos à paternidade ou a patrimônio familiar, visto que em nada influenciaria na constituição da relação convencional.

2.4.3 Notoriedade de afeições recíprocas

Adverte Diniz (2006, p. 373) que:

A convivência more uxório deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se, socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência, revelando a intentio de constituir família, traduzida por uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que não haja prole comum.

A Lei 9.278/96 e o Código Civil referem-se à convivência pública. O próprio termo dispensa maiores explicações, entretanto, seu emprego não é dos mais adequados, ante o conceito extensivo do termo público.

Apresentar a característica de notoriedade, não significa que não possa ser discreta. Pereira (apud Diniz 2006, p. 373) ressalta que “*a discricção seria um meio termo entre a publicidade ou notoriedade franca e o segredo dessas relações*”. A esse respeito Gonçalves (apud Diniz 2006, p. 373) assevera que:

A ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá dentro de um círculo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos do companheiro, que poderão atestar as visitas freqüentes do outro, suas entradas e saídas.

2.4.4 Honorabilidade

Honorabilidade, segundo Diniz (2006, p. 374), significa que “*deve haver uma união respeitável entre o homem e a mulher (RT, 328: 740; RTJ, 7:24), pautada na affectio*”.

2.4.5 Fidelidade ou lealdade

É necessário que haja intenção de uma vida em comum, com respeito mútuo entre o homem e a mulher. Entende-se por respeito, fidelidade. O fato de nossa cultura basear-se em um princípio monogâmico, não permite que um homem tenha mais de uma mulher, ou vice-versa.

Indispensável que haja unicidade de vínculo e companheirismo, que pressuponha uma união estável e honesta. Diniz (2006, p. 375) afirma que *“não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará a condição de “amizade colorida”, sem o status de união estável”*.

A esse respeito assevera Bittencourt (apud Santos, 2005, p. 40) que *“Na conceituação do concubinato capaz de gerar direitos, o dever de fidelidade alia-se aos demais elementos da responsabilidade, como o elemento moral e honorabilidade. Com a fidelidade recíproca aproxima-se a união livre do matrimônio legal.”*

2.4.6 Coabitação

A união estável deve ter aparência de casamento, mas pode existir mesmo que os companheiros não residam sob o mesmo teto, mas de acordo com Diniz (2006, p. 377) *“é necessário que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente”*.

Destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com a Súmula 382, *in verbis*: *“A vida em comum sob o mesmo teto “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato”*.

Santos (2005, p. 40) entende que embora a lei não preveja a necessidade de moradia una, seria ideal que os companheiros vivessem sob mesmo teto, destacando que:

A residência comum é uma conseqüência natural da comunhão de vida existente entre os companheiros. Portanto, apenas excepcionalmente, deve-se admitir união estável entre pessoas que vivam em residências diferentes em razão de circunstâncias especiais, como relacionadas a trabalho, saúde etc.

3. SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

3.1 Direitos sucessórios

É desígnio do direito sucessório reparar injustiças da severa aplicação do princípio fundamental da sucessão legítima de que os mais próximos banem os mais afastados, no caso de pré-morte, falta ou desonestidade de um descendente ou de um irmão, beneficiando então, os descendentes daqueles que não puderam herdar, por haverem falecido antes do autor da herança, por serem declarados ausentes ou indignos. Frente a esse pensamento incide não somente o interesse privado, mas igualmente do Estado, a fim de que a herança não reste sem titular.

3.1.1 Sucessão: conceitos & pressupostos

Alguns conceitos e pressupostos básicos necessitam ser revistos para que se possa compreender o que seja direito sucessório. A sucessão, em conformidade com a doutrina de Oliveira, (2005. p. 51) é: *“toda e qualquer espécie de transmissão de bens, direitos ou obrigações”*.

O vocábulo sucessão tem duplo sentido na sua acepção jurídica: *lato e restrito*. O sentido lato diz respeito a todas as maneiras pelas quais o bem é adquirido; trata-se da sucessão entre vivos; o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, sub-rogando-se uns no lugar dos outros em detrimento à coisa vendida ou doada. O sentido restrito se outorga à idéia de morte e representa uma das maneiras de conquistar direito e de transmitir, seja total ou parcialmente, a herança às pessoas a quem é devolvida; trata-se da sucessão *causa mortis*.

Quanto à classe, existe a sucessão testamentária, como o próprio nome sugere e é a que resulta de testamento ou disposição do derradeiro desejo do autor da sucessão; já a legítima é a que se dá em razão da lei. É a que se observa quando o autor da sucessão não destinou, no total ou em parte, seus bens por ato de última vontade, ou seja, por testamento. É importante ressaltar a diferenciação estabelecida por Oliveira, (2005, p. 53):

Diz-se legítima a sucessão decorrente de disposição da lei, em comando normativo a indicar que deve receber a herança, numa ordem sucessória que atende a princípios de política legislativa. Contrapõe-se à sucessão testamentária, que resulta de ato de vontade do autor da herança, na indicação das pessoas que devem sucedê-lo na percepção dos bens.

Em referência à sua finalidade, a sucessão se distingue a título universal e a título singular. Ela é universal quando transmite a totalidade da herança ou parte dela, somente se admite causa determinante da morte.

É singular quando são transmitidos somente objetos distintamente considerados ou determinados. Esse tipo de sucessão deriva exclusivamente de testamento, nesses termos o sucessor a título universal é herdeiro e o sucessor a título singular é legatário⁶. Nesse sentido Venosa, (2001, p. 16), valida o exposto acima quando diz que:

⁶ *Sucessor que recebe a título singular coisa certa e determinada, por vontade do testador*. In: Oliveira, Euclides. Direito de Herança: a nova ordem da sucessão. p. 53.

Quando, pela morte, se transmite uma universalidade, ou seja, a totalidade de um patrimônio dá-se a sucessão hereditária, tem-se a herança, que é uma universalidade, pouco importando, o numero de herdeiros que seja atribuída. A sucessão a título singular, no direito hereditário, ocorre, por via do testamento, quando o testador, nesse ato de última vontade, aquinhua uma pessoa com um bem certo e determinado de seu patrimônio.

No que concebe a herança ela se aplica a todos os haveres do testador, ao agrupamento dos direitos e deveres que se deixem ao sucessor ou sucessores. É coisa constituída entre as universalidades de direito e forma-se de um conjunto de relações jurídicas, não se entreverando com as totalidades de fato que se compõem de pecúlios especificamente ocasionados.

Não é vulnerável de divisão em partes materiais, enquanto permanece como tal. Inclui todos os direitos que não se finalizam com a morte. Eliminam-se os que não se compreendem desprendido da pessoa, como os direitos da personalidade. Incorporam-na bens móveis e imóveis, direitos e ações, compromissos, etc. Abarca igualmente bens futuros. Sendo universalidade de direito. É suscetível, imprecisamente, de aumento ou diminuição.

Portanto, as pessoas, a quem é concedida a herança, recebem a designação de herdeiros, sendo assim, o que sobrevém na universalidade da herança ou parte dela, sem delimitação de valor ou determinação do objeto. Pode ser legítimo ou necessário. Os herdeiros necessários – herdeiros ascendentes ou descendentes e cônjuge – são igualmente designados legitimários ou reservatários. São os que têm parte restrita na herança. E ainda há os herdeiros colaterais. Finalmente, todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário.

É fundamental ter em mente que se abre a sucessão no momento da morte e na localidade da última residência do falecido, ou seja, a matriz da laboriosidade e negócios do instituidor da sucessão e nessa circunstância ocorre involuntariamente a entrega da herança. É o que se denomina princípio de *saisine*⁷, o que faculta aos herdeiros tomar posse dos bens herdados imediatamente à abertura da sucessão. Esse preceito é fundamentado pelo novo Código Civil,

⁷ Princípio de *saisine* representa uma apreensão possessória autorizada. In: Venosa, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. p. 26.

artigo 1.784, *in verbis* “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O ambiente para a abertura da sucessão não só é fator significante, como é determinativo para prevenir a competência com vistas ao objetivo da ação de inventário dos bens deixados, destinando também o foro das ações dos co-herdeiros, legatários e credores, relativas às heranças e legados.

Diante das exposições e posições e da postura doutrinária, parece oportuno crer que a concepção central do direito das sucessões jaz no princípio alicerçado no dever social que direciona para a virtude, realidade essa que favorece o desenvolvimento da própria sociedade.

3.2 Evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro

É pertinente que se evidencie que anterior à regulamentação legal da união estável, remonta-se aqui ao início da civilização humana, quando não havia direito de herança entre os cônjuges e/ou companheiros, pois também não se tinha a concepção de propriedade individual. Era ela comum a todos, portanto não se falava em sucessão quanto à herança. As pessoas morriam, os líderes eram mudados, contudo, os bens de todos não eram alterados, nada se modificava, nem mesmo com a morte de um dos componentes do grupo. Todavia, o tempo passou, os grupos e tribos foram reduzindo, surgiu o chamado núcleo familiar e com ele a propriedade, diante dessas transformações aparece então, a sucessão hereditária.

Falando de Brasil a que se abordar a construção histórica do direito sucessório a partir do Código Civil de 1916, até porque essa é a primeira legislação civil construída particularmente para o país e seu povo e, nesta é possível constatar, em seu artigo 1.603, que somente os descendentes, ascendentes, o cônjuge, os colaterais e, na ausência destes, os Municípios, o Distrito Federal ou à União eram contemplados com a herança deixada pelo *de cujus*, nada sendo mencionado, pelo referido código, a respeito do companheiro.

Assim era, em detrimento da concepção adotada pela sociedade da época, pois essa formada pelo juízo de que uma união conjugal é indissolúvel, irrompível, portanto qualquer relação fora do casamento “dito” legal era repudiada pelos familiares, pela sociedade e também pela igreja. Vale ressaltar o que diz Dias, (2005, p. 17), concernente ao assunto abordado:

O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, com nítida influência da Igreja. A família era só o vínculo decorrente dos sagrados laços do matrimônio, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual. Em um primeiro momento, o casamento era indissolúvel. Era obrigatória a identificação da família pelo nome do marido. Ele era o cabeça do casal, o chefe da sociedade conjugal, por isso a relativização da plena capacidade da esposa quando do casamento.

Com o passar dos tempos, em detrimento da influência dos movimentos econômicos e sociais verificados, a família passa a ser, não apenas aquela formada pelo casamento civil ou religioso, mas igualmente quando há união estável ou comunidade estruturada por qualquer um dos pais e seus descendentes, um exemplo clássico é o caso de mães e pais solteiros.

Houve então uma ruptura no modelo de família tradicional e surge um modelo novo, no qual as relações patrimoniais não são mais priorizadas, a ênfase agora está nas ligações afetivas e com isso a indissolubilidade do casamento deixa de existir, surge então os primeiros moldes de dissociabilidade da sociedade conjugal e do casamento, com a Lei número 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio). Lembrando que com a mera separação e/ou desquite a pessoa não pode casar-se novamente, somente o divórcio e a viuvez garantem essa possibilidade.

Mas no que concerne a união estável, esta teve origem com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, seguindo-se a regulamentação dos direitos dos companheiros nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, que tratam do assunto com mais especificidade, contudo nem a Constituição nem as Leis o fazem de forma esclarecedora, e aí o que poderia ter

simplificado a aplicação da norma ao caso concreto, acabou ocasionando diversas dúvidas, embarçando o papel dos juízes e outros profissionais do direito.

Todavia, com o advento do Código Civil em 2002, a plena comunhão entre os companheiros configura o princípio da união estável, diz o artigo 1.723, do referido Código, *in verbis*: “*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*”. Está esclarecido aqui que finalizou a proibição matrimonial para a estruturação da união estável de pessoa casada, se esta estiver separada judicialmente ou de fato.

3.3 Ordem de vocação hereditária destacando as incoerências deixadas pelo Código Civil de 2002

Numa concepção sistêmica entende-se por vocação hereditária a convocação de uma pessoa, legalmente autorizada, a substituir o indivíduo falecido nos seus bens. Todavia para a compreensão do que venha ser vocação hereditária e como ela se procede segundo as normas vigentes é necessário uma análise mais detalhada do que diz o Novo Código Civil, notadamente o artigo 1.790 e ao fazê-la é possível perceber as incoerências, do referido dispositivo, ao tratar do assunto.

Sem dúvida nenhuma, o artigo 1.790, do Código Civil, configurou-se como imensurável progresso, mas isso se deu pelos meados da década de 60, quando ele foi redigido. Nos dias atuais, entretanto, o disposto se mostra distante e divergente das conquistas observadas no Direito de Família.

Transcorridos mais de quarenta anos, a posição se apresenta de forma bastante diferente, o padrão de família, outrora outorgado não mais existe, outros esboços foram se formando e sendo ratificados como estruturas familiares, destaca-se aqui o modelo formado da união desprendida entre um homem e uma mulher, que não querem ou são impossibilitados de se

casarem, portanto o que era indiscutivelmente um progresso, repentinamente se mostra como uma terrível regressão.

A partir das considerações feitas, vale separar as suposições prenunciadas no artigo 1.790 verificando de que forma concorre o cônjuge e o companheiro ou companheira. Dias, (2005, p. 104), tece severa crítica a esta redação, diz a autora: *“chama a atenção à deficiente técnica legislativa, ao referir o art. 1790 a companheira ou companheiro. Despicienda a especificação do gênero, pois o uso do substantivo companheiro no plural indiscutivelmente diz tanto ao homem quanto à mulher”*.

Verifica-se que as incongruências do Novo Código Civil em relação ao direito sucessório, do cônjuge e do companheiro, têm início com a redação do artigo 1.790, é visível a postura provocativa do legislador à Carta Magna. Dias, (2005. 104), refere a tal afronta, dizendo que *“o tratamento diferenciado inegavelmente desobedeceu o princípio de igualdade, que tem assento constitucional”*.

Entretanto, antes de prosseguir falando sobre a ordem de vocação hereditária é interessante comentar dois conceitos significativos – classes e grau – a fim de que se possa compreender melhor a taxionomia do direito sucessório. Diniz, (2007, p. 104) tece o seguinte comentário sobre classes:

Na ordem de vocação hereditária (grifo nosso) [...] uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente. A relação é, sem dúvida, preferencial; há uma hierarquia de classes obedecendo a uma ordem, porque a existência de herdeiro de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente.

O outro conceito reporta-se ao grau. Oliveira, (2005, p. 70), com sua peculiar autoridade comenta o seguinte sobre o mesmo:

Mede-se o grau de parentesco pela distância que vai de uma geração a outra, entre as pessoas sob vinculação familiar. Na linha reta, contam-se os graus pelo número de gerações, na relação existente entre o genitor e o gerado. Assim, há um grau entre pai e filho, dois graus entre avô e neto, três graus entre bisavô e bisneto etc. na linha colateral, a contagem é feita igualmente pelo número de gerações, subindo de um parente até o troco comum e depois descendo até encontrar o outro parente. O código atual reduziu o grau de parentesco colateral para o 4º grau o antigo previa até o 6º grau. (grifo nosso)

O assunto aponta utilidade na esfera do direito de família, contudo necessita de crédito na matéria das sucessões, pois como visto o parente por afinidade não é incluso na linha de vocação hereditária.

3.3.1 A classificação dos sucessores

Em se tratando das categorias de sucessores há que se reconhecer o herdeiro, legítimo, o testamentário e o legatário. Oliveira, (2005, p. 53), explica essas modalidades de sucessores:

Herdeiro legítimo, indicado por lei, segundo a ordem da vocação hereditária; herdeiro testamentário, instituído, nomeado ou contemplado em testamento deixado pelo autor da herança, cabendo-lhe a totalidade dos bens, se for herdeiro único, ou parte ideal, em concurso com outros, até que efetuada a partilha. E legatário que recebe a título singular coisa certa e determinada, por vontade do testador.

Quanto à sucessão legítima enumeram-se os herdeiros na seguinte ordem, conforme o artigo 1.829 do atual código, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado

este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. Nada consta sobre o companheiro (grifo nosso)

Já na eleição de herdeiros e legatários, cumpre-se a vontade do testador, caso não tenha herdeiros necessários, onde apenas cinquenta por cento do patrimônio fica disponível.

Ao analisar o artigo supracitado nota-se que o Código atual, se não modificou a ordem de vocação hereditária, fez o cônjuge sobrevivente passar à classe de herdeiro necessário⁸ deliberando que ele concorra com os herdeiros descendentes e ascendentes. O legislador retira aqui uma das conjecturas que antes se formulava, a intenção do testador de honrar o seu cônjuge, após sua morte. Oliveira, (2005, p.93), faz uma forte crítica a respeito da matéria exposta, assevera o autor:

Melhor teria sido, portanto, manter o tratamento jurídico dispensado ao cônjuge no Código Civil de 1916, ainda que alterada a sua posição para concorrer na herança com os descendentes e ascendentes. Ou seja, a concorrência pode ser prevista, nos termos inovados do Código Civil de 2002, assim como a posição de terceiro na ordem de vocação hereditária, mas sem que esteja, o cônjuge, protegido às inteiras pela couraça de herdeiro necessário.

Entretanto, o atual Código ainda estipula no artigo 1.830 que, para serem conferidos os direitos sucessórios ao cônjuge é preciso que na ocasião da morte do outro, eles não estivessem separados de fato há mais de dois anos ou separados judicialmente. O artigo ainda ressalva que se o cônjuge sobrevivente não ocasionou a separação, então ele poderá herdar. É bom lembrar também, que no ordenamento atual o regime de bens importa para o reconhecimento do direito concorrente de herança do cônjuge com descendentes. Isso assim se dá, por ser ele herdeiro necessário.

⁸ Entende-se por herdeiro necessário os que não podem ser privados da porção da herança. Pacheco, José da Silva. **Da legítima dos herdeiros necessários e das cláusulas restritivas sobre ela.** (2007, s/p)

O artigo 1.790 do Código atual foi objeto de inúmeras críticas por parte dos doutrinadores, sendo que a primeira, refere-se ao seu aspecto substancial, relaciona-se ao *caput* do artigo, que assinala que o companheiro só será sucessor dos bens deixados pelo *de cujus* se esses bens foram adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Isso pode causar inúmeras injustiças.

Ainda, a partir da redação do artigo citado, pode-se verificar que se não houver herdeiros descendentes, ascendentes ou outros herdeiros sucessíveis e não tendo também patrimônio onerosamente adquirido no decorrer da união estável, o que se pode concluir é que o companheiro nada terá de direito no que concerne à sucessão, assim sendo, os bens do testador, adquiridos antes da união estável, irão para o Município ou para o Distrito Federal. Bastante contraproducente a previsão que se pôde chegar aqui.

Mas, esse entendimento pode ser distanciado a partir do que prevê o artigo 1.844 do atual Código, mas isso não dispensa as críticas ao *caput* do artigo 1.790. Assim reza o artigo 1.844, *in verbis*: “*Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, (grifo nosso) nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal*”.

3.3.1.1 A chamada do companheiro para a concorrência na sucessão legítima

Identificada a porção da herança, na qual cônjuge e companheiro participam, procede-se a chamada para a concorrência. Oliveira, (2005, p. 83), esclarece que “*a convocação para a percepção da herança é sucessiva, mas também pode entrelaçar-se nos casos de concorrência entre o cônjuge ou o companheiro e certos parentes sucessíveis*”. Estabelece-se a sucessão legítima na seguinte ordem:

3.3.1.2 Concorrência com descendentes comuns

O Artigo 1.790 do Novo Código Civil, em seu inciso primeiro diz que: “*se o companheiro ou companheira (grifo nosso) concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho*. Se optar pela interpretação extensiva a que se considerar que o referido inciso, na verdade teve a pretensão de se referir aos descendentes comuns, e não apenas aos filhos comuns. Oliveira (2005, p. 163) confirma esse pensamento, quando afirma que, “*a menção a filhos, no inciso I do artigo, constitui impropriedade de técnica legislativa, pois, como já anotado, a concorrência do companheiro pode dar-se de modo amplo, com os descendentes (netos, bisnetos, etc.) do autor da herança*”.

3.3.1.3 Concorrência com descendentes só do autor da herança

No inciso segundo do artigo supracitado, diferentemente do que está contido no primeiro, diz respeito aos descendentes só do autor da herança e não apenas aos filhos do mesmo, o que salvaguarda o aparecimento de dúvida, como a que foi possível vislumbrar no inciso anterior. Diz o inciso segundo, *in verbis*: “*se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles*”.

Todavia, Rodrigues (2003, p. 118) chama atenção dizendo, “*entenda: metade do que couber ao descendente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como prevê o caput do art. 1.790*” assim os bens que o *de cuius* possuía, antes da união estável, serão entregues unicamente aos seus descendentes, deles não tendo participação o companheiro sobrevivente. Diferentemente do cônjuge que, se casado no regime de comunhão parcial, concorre com os descendentes nos bens particulares deixados pelo *de cuius*.

3.3.1.4 Concorrência no caso de filiação híbrida

Nos incisos primeiro e segundo, rapidamente mencionados, o Novo Código Civil se limita a prever, separadamente, a existência de filhos comuns e de descendentes exclusivos, não se referindo à possível categoria denominada híbrida, ou seja, sobre a possibilidade de além do companheiro supérstite, haja filhos comuns e filhos exclusivos.

Assim sendo, ao aplicar o inciso primeiro igualar-se-á as quotas entre os descendentes e o companheiro sobrevivente, já o cumprimento do inciso segundo levará os descendentes a receberem o dobro do quinhão do companheiro supérstite.

Se o procedimento for então aplicação dos incisos primeiro e segundo, há uma violação do artigo 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal que diz, *in verbis* “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Portanto, verifica-se que o legislador mais uma vez foi descuidado ao não regulamentar a concorrência no caso da filiação híbrida.

3.3.2 Concorrência com outros parentes sucessíveis

Quando se fala de concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, está se referindo aos parentes ascendentes ou aos colaterais do *de cuius*. Rodrigues, (2003. p. 118), confirma a afirmativa assim se pronunciando: “como os descendentes do falecido já foram mencionados nos incisos I e II, os ‘outros parentes sucessíveis’, de que cogita o inciso III, são os ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do de cuius)”.

A que se verificar o que diz o inciso terceiro do artigo 1.790 do Código Civil atual em relação à concorrência do companheiro com os referidos parentes, *in verbis*: “**se o companheiro (grifo nosso) concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança**”.

3.3.2.1 Concorrência com ascendentes

Como visto anteriormente, não havendo sucessores descendentes, serão chamados à sucessão do *de cujus* os seus ascendentes, lembrando que o grau mais próximo anula o mais remoto, não se devendo atender à distinção de linhas, ou seja, a diversidade entre parentes pelo lado paterno ou pelo materno, porque entre os ascendentes não há direito de representação, de modo que o ascendente falecido não pode ser representado por outros parentes. Diniz, (2002, p. 116), explica melhor essa modalidade de concorrência quando afirma que:

Na falta de ambos os pais do autor da herança, herdarão os avós da linha materna e paterna, partilhando-se o acervo hereditário entre eles, sem fazer qualquer distinção quanto à origem dos bens. Na ausência dos avós, serão convocados os bisavós e trisavós, sempre atendendo ao princípio básico de que os mais próximos excluem os mais remotos.

Outra vez se verifica que a classe sucessória do companheiro apresenta-se inferiorizada à do cônjuge, quando em categoria semelhante. Seu quinhão será sempre o mesmo, mas o do cônjuge concorre com quotas distintas.

3.3.2.2 Concorrentes com colaterais

Na ausência de descendentes, ascendentes e de cônjuge, sobreviventes, são convocados à sucessão os colaterais até o quarto grau, sempre se respeitando ao princípio fundamental de que

os mais próximos excluem os mais remotos. Portanto, se forem chamados à sucessão os parentes de segundo grau, nesse caso os irmãos, serão eliminados os tios e sobrinhos, que são parentes em terceiro grau e também os parentes de quarto grau, ou seja, sobrinhos-netos e os tios-avós, todavia, resguarda-se o direito de representação, facultado somente a filhos de irmãos. A ordem de vocação hereditária dos colaterais firma-se no que está determinado no artigo 1.829 do Novo Código Civil, ou seja, a obediência à restrição até o terceiro grau de parentesco.

Na cabeça do artigo 1.790 do atual Código está restrito que o companheiro só tomará posse sozinho, dos bens do *de cujus*, se o patrimônio foi contraído na vigência da união estável e, obviamente a título oneroso, de modo que se houver colaterais o companheiro sobrevivente submeterá à concorrência com os mesmos, cabendo-lhe somente um terço da herança, tal não ocorre havendo casamento, pois na vocação hereditária o cônjuge antecede os colaterais. Assim sendo, verifica-se aqui que o companheiro passa a ter uma postura secundária no Novo Código Civil, comparando-o com as Leis 9.278/86 e 8.971/94. Nesse ponto vale ressaltar o que dizem dois renomados especialistas em direito:

Oliveira (2005, p. 173), afirma que “*trata-se de evidente retrocesso no critério do sistema da união estável*”. Rodrigues (2003, p. 119), é ainda um pouco mais enfático em suas considerações. Assim assevera o doutrinador:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, continua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.

Evidencia-se então, a indignação de autoridades do direito em relação ao tratamento diferenciado, entre companheiro e cônjuge, estabelecido pelo atual Código Civil. Há que se explicar ainda, que não havendo herdeiros em ordem nenhuma, em detrimento do *de cujus* não ter nenhum parente, cumprindo o *caput* do artigo 1.790, o companheiro supérstite só será sucessor dos bens se estes foram adquiridos onerosamente, caso contrário, tal patrimônio ficará a mercê de

outros segmentos. Diniz (2002, p.145), oferece uma interpretação mais explícita a respeito de quem, nesse caso, herdará:

Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, ou depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar à herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal.

Embora não tenha lugar na ordem da sucessão legítima, porque ordem pressupõe hierarquia, precedência ou preferência, o que não é o caso, o companheiro ou companheira pode suceder nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, tal conclusão é simplista por demais para quem viveu, cuidou, amou, respeitou, etc., o companheiro durante anos.

3.4 Herdando a totalidade da herança

Somente na possibilidade de não haver sequer outro parente consecutivo, é que o companheiro supérstite será herdeiro total do patrimônio deixado pelo falecido, como elucida o inciso quarto do artigo 1.790, *in verbis*: “*não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança*”. É bom não esquecer que analisando a redação do artigo citado quando o mesmo se refere à totalidade da herança, a que se entender limitado o patrimônio alcançado onerosamente na vigência da união estável.

Nery Junior e Andrade (2002) (Apud OLIVEIRA, 2005, p. 176) fazem o seguinte comentário sobre totalidade da herança, registrada no dispositivo legal acima citado: “*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*”. Pode-se então concluir, pela imprecisão técnica do legislador, que o patrimônio deixado pelo *de cujus* deverá ser legado ao companheiro sobrevivente

em sua real totalidade, quer bens adquiridos onerosamente na união estável, quer bens adquiridos a título gratuito, fazendo assim jus à nomenclatura - “*totalidade da herança*”.

3.5 Direito real de habitação

O artigo 1.831, do Novo Código Civil, tem a seguinte redação sobre o tema, *in verbis*:

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 da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Observa-se que no referido artigo nenhuma menção é feita, ao companheiro sobrevivente da união estável, portanto houve aqui um retrocesso muito grande na legislação vigente, em relação à revogada. Ficando tal direito previsto apenas na Lei 9.278/96.

Por tratar-se de matéria polêmica surgiram duas correntes interpretativas para os dispositivos legais em vigor, sobre o assunto preconizou Rodrigues (2003, p. 119):

Como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado a residência da família, foi previsto em lei especial e como esse benefício não é incompatível com qualquer artigo do novo Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste. Em contra partida, poderá surgir opinião afirmando que o aludido art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96 foi revogado pelo Código Civil, por ter este, no art. 1.790, regulado inteiramente a sucessão entre companheiros, e, portanto, não houve omissão quanto ao aludido direito real de habitação, mas silêncio eloqüente do legislador.

Silvio Rodrigues fez um prognóstico certo sobre o surgimento de duas vertentes interpretativas dos referidos dispositivos legais, realmente o que se percebe hoje é uma dicotomia, por parte dos doutrinadores, em relação à interpretação dos mesmos. Contudo, pode-se pensar que por haver tais incongruências na legislação, bom seria reconhecer que, assim sendo, não estão extintos os direitos outorgados na legislação anterior.

Mediante a análise feita, mesmo de forma empírica, sobre ordem de vocação hereditária com ênfase às incoerências deixadas pelo Código Civil de 2002, o “embaraço legal” está aberto à discussão e para ele a jurisprudência haverá de encontrar conveniente saída. Dias (2005, p. 105), sugere:

Mas, até que seja corrigido tal equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem a proteção do Estado.

Assim, o que quer que o companheiro supérstite tenha recebido em razão da morte do *de cuius*, não impede que ele tenha assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Ao analisar as alterações sofridas no direito sucessório, com o advento do atual Código Civil, foi possível constatar as controvérsias que ainda permeiam a doutrina pátria no que concerne ao direito do cônjuge e companheiro. O que se percebe é que os debates, sobre o tema, ainda hão de perdurar por um bom tempo.

4. ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS DE TRATO ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO

4.1 Quadro comparativo

No quadro comparativo abaixo, Simão (2007, *on line*) mostra, mesmo que, como ele mesmo diz, de “*maneira singela*”, a discrepância de tratamento entre os cônjuges e os companheiros, cometidas pelo novo estatuto civil brasileiro.

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>É assegurado, independentemente do regime de bens, sem limitação de tempo (CC art. 1831). Art. 1.831. 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 da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.</i>	<i>Não é assegurado pelo novo Código Civil. Parte da doutrina entende que a lei 9.278/96 continuaria em vigor (Euclides de Oliveira) e parte não (Francisco José Cahali). Ainda que fosse aplicado, haverá limitação temporal: enquanto não se casar ou constituir nova união estável. Art. 7º... 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.</i>

BENS QUE HERDA

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>O cônjuge ocupando terceiro lugar na ordem de vocação hereditária participará da sucessão do falecido com relação à totalidade dos bens, quer sejam eles particulares ou comuns.</i>	<i>O companheiro só participa da sucessão com relação aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável. 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>

SUCESSÃO DOS BENS COMUNS - Comunhão parcial de bens. Hipótese em que cônjuge concorrerá com os descendentes do falecido e o companheiro com descendentes, ascendentes ou colaterais.

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge não será herdeiro dos bens comuns, mas apenas meeiro, se concorrer com os descendentes. (Giselda Hironaka). A posição não é pacífica, pois alguns entendem que será meeiro e também herdeiro em concorrência com os descendentes. (Maria Helena Diniz).</i>	<i>O companheiro, além de meeiro, será herdeiro dos bens comuns se concorrer com descendentes, ascendentes ou colaterais do falecido.</i>

EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS COMUNS

Nos regimes em que se admite a concorrência nos termos do art. 1829, I.

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>Cônjuge recebe quinhão igual ao dos descendentes, mas haverá a reserva de quinhão de 1/4 se o cônjuge concorrer com filhos comuns. Art. 1.832. Em</i>	<i>Companheiro recebe quota igual a que receber cada um dos filhos comuns, não havendo reserva mínima de 1/4. Art. 1790 I - se concorrer com filhos comuns terá</i>

<i>concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.</i>	<i>direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;</i>
--	--

EM CONCORRÊNCIA SÓ COM NETOS COMUNS (todos os filhos são falecidos)

Nos regimes em que se admite a concorrência nos termos do art. 1829, I.

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>O cônjuge terá direito a receber o quinhão igual ao de cada neto, e sua quota não poderá ser inferior a 1/4 do total da herança. Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.</i>	<i>O companheiro receberá apenas 1/3 da herança e os netos dividirão os 2/3 restantes. Art. 1790, III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;</i>

EXISTINDO COLATERAIS DO FALECIDO

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>Cônjuge herda a totalidade da herança (CC, art. 1.829, III e 1.838) Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.</i>	<i>O companheiro só receberá 1/3 da herança e os colaterais dividirão os 2/3 restantes. Art. 1.790, III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.</i>

HERDEIRO NECESSÁRIO

<i>Casamento</i>	<i>União Estável</i>
<i>O cônjuge é herdeiro necessário e terá direito à legítima. Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.</i>	<i>O companheiro não é herdeiro necessário podendo o falecido, por meio de testamento, dispor da totalidade de seus bens.</i>

Há que se considerar que o quadro exposto fornece um ótimo esclarecimento sobre as divergências existentes no Código Civil de 2002, em relação ao direito sucessório de cônjuges e companheiros, todavia em análise a esses direitos é possível observar que a doutrina e a jurisprudência se separam, surgindo assim duas correntes diferenciadas, uma conivente com a constitucionalidade desta previsão e outra defendendo a inconstitucionalidade, considerando a igualdade de proteção concedida às duas entidades familiares pela Constituição Federal.

A primeira corrente aceita que a lei atribua aos cônjuges garantias superiores em relação aos companheiros, pois compreende que a Constituição Federal de 1988 ainda proclama a superioridade do casamento frente às demais entidades familiares. Fiúza (apud DIAS, 2005, p. 104), assevera que a “*união estável é instituição-meio, enquanto o casamento seria instituição-fim*”.

Os propugnadores desta corrente usam como argumento primordial a expressão “*facilitar a sua conversão em casamento*” contida no artigo 226, parágrafo terceiro da Carta Maior. Dentro desse contexto Fonseca (2007, *on line*), defende que:

Ao estabelecer as diretrizes da sucessão dos companheiros, o NCC acabou por praticar enorme injustiça para com aqueles que, histórica e sociologicamente, são os verdadeiros beneficiários da sucessão legítima e necessitam da guarida e proteção estatal, que são os filhos e pais. Estes foram enormemente prejudicados pelo texto legal, o qual, sob o pretexto de ser moderno, acabou por ignorar os princípios elementares do direito natural, que é anterior a qualquer direito positivo.

Assim sendo, para os pensadores dessa corrente, se a lei deve facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento, as duas entidades familiares não podem ser equiparadas e podem ser conferidos mais direitos para as pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio. A nosso ver, há aqui uma grande posição discriminatória em relação à pessoa do companheiro.

Para a segunda corrente as circunstâncias se modificaram, pois os companheiros foram postos em situação extraordinariamente ínfima em relação aos cônjuges em termos de direitos à sucessão hereditária, o que representa uma terrível regressão frente às conquistas já atingidas. Diniz (2002, p. 148 – 149), ao referir sobre direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, à luz do Código Civil atual, afirma:

Há desigualdades de tratamento sucessório entre cônjuges de convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, o convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser disso em testamento. [...] Não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais freqüente entre nós. Dá-se uma solução humana ao amparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração na formação do patrimônio do autor da herança.

Assim como a posição do cônjuge sobrevivente melhorou, no que concerne aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do novo Código Civil, ampliando-se os direitos que lhe assistem, era de se esperar que o companheiro sobrevivente tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela condição anteriormente descrita, e tivesse garantido a igualdade de direitos proporcionalmente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude. Todavia, não foi isto o que aconteceu, há aqui que se ressaltar a posição de Dias (2005, p. 104), com relação ao assunto abordado.

O legislador afrontou a norma constitucional. O tratamento diferenciado inegavelmente desobedeceu o princípio da igualdade, que tem assento constitucional, sede que consagrou a união estável como entidade familiar e a igualou ao matrimônio, sem distinções de ordem patrimonial. [...] produziu a lei civil verdadeiro retrocesso aos direitos dos conviventes, direitos que já estavam consolidados na legislação infraconstitucional. Descabido não deferir aos companheiros direitos iguais aos assegurados aos cônjuges.

É preciso dizer que, enquanto não se reestruturou o dispositivo legal em discussão, compete ao magistrado verificar com cautela caso a caso os direitos sucessórios dos companheiros, observando criteriosamente suas características e peculiaridades, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, pois na refutação do direito real de habitação ou do usufruto, só sobejará ao companheiro viver em consumada pobreza, se comprovada a sua necessidade.

Neste sentido, a compreensão que se tem é a da defesa à assistência material recíproca entre os conviventes. Mantendo o direito real de habitação no imóvel residencial do casal ao companheiro sobrevivente, este não será deixado à míngua nos casos de falta de direito de meação ou de participação da herança. Nicolau (2007, *on line*), afirma com rigor que:

O Código trouxe seriíssimas alterações legislativas que acarretarão verdadeira reviravolta na vida do cidadão brasileiro e que poucas vezes são mencionadas, seja por ignorância da lei, por despreparo ou mesmo pela má redação dos dispositivos que as prevêm. O Direito sucessório sofreu verdadeira revolução em nosso ordenamento e é exemplo vivo desta 'inércia jurídica'.

A nosso ver, se o companheiro supérstite, conviveu com o *de cuius* como se casado fosse, contribuiu e ajudou-o no decorrer de parte de sua vida, deverá obter igualmente ao cônjuge, não somente os bens adquiridos no vigor da relação, mas da herança em sua totalidade.

Frente aos males entendidos da norma legal em relação aos direitos sucessórios na união estável, resta repará-los por meio de uma nova redação que procure dar um tratamento parcimonioso ao direito sucessório dos companheiros como igualmente dos cônjuges.

Em se tratando da corrente da inconstitucionalidade, sem dúvida, é a que se mostra mais proveitosa para os companheiros e se revela bastante coerente. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência ainda se apresentam bastante inflexíveis consoantes à sua aceitação, pois não se pode refutar que apesar de todas as conquistas legislativas alcançadas, as uniões estáveis ainda são motivo de discriminações não somente pelos juristas, como igualmente pela sociedade.

Percebe-se aqui que com a promulgação do Código Civil de 2002, houve grandes modificações no direito sucessório de cônjuges e companheiros, notadamente destes em função aos outros deixando uma série de dúvidas a respeito da validade das Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Destaca-se que, também, há divergências no entendimento que atualmente predomina nos Tribunais. O entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é no sentido de que não fere a Constituição Federal a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, conforme ementa de julgado da Oitava Câmara Cível transcrita abaixo:

EMENTA: *Agravo de instrumento. Direito de família e das sucessões. Direitos da companheira na sucessão do ex-companheiro. Aplicação do art. 1.790, III, do Código Civil. Existência de outros parentes sucessíveis, quais sejam, os colaterais. Argüição incidental de inconstitucionalidade do artigo 1.790, sob o argumento de tratamento desigual entre união estável e casamento. Improcedência. o § 3º do artigo 226 da constituição federal apenas determina que a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida, para efeito de proteção do estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, o que evidencia que união estável e casamento são conceitos e realidades jurídicas distintas, razão pela qual não constitui afronta à constituição o tratamento dado ao companheiro na nova legislação civilista. Limitação do tempo da união estável se os companheiros declararam em escritura pública que viviam maritalmente "há mais de vinte anos consecutivos", cabe ao julgador, em nome da prudência e razoabilidade, considerar como indiscutível o período de vinte anos, cabendo à interessada a prova do início do tempo real de convivência, o que não ocorreu. Desprovimento do recurso. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 8ª câmara cível, agravo de instrumento nº 2004.002.16474, rel. des. Odete Knaack de Souza, acórdão de 19.04.2005).*

Portanto, recentemente, no mês de setembro último, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerando inconstitucional o artigo 1790, III, do Código Civil, concedeu ao companheiro o direito à totalidade da herança, em detrimento do irmão da falecida, vindo corroborar com a necessária alteração no direito sucessório do companheiro, há que se verificar a ementa:

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007).

As divergências suscitadas, em relação aos direitos sucessórios, têm merecido severas críticas da doutrina e da jurisprudência, contudo, a magistratura nacional, tem promovido encontros para estabelecer regras e critérios de aplicação dos dispositivos legais, do novo Código Civil, aos casos concretos, como é possível observar da leitura dos Enunciados aprovados na I e III Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos anos de 2002 e 2003, dos quais importa destacar aqueles relativos ao Direito de Família e Sucessões, *in verbis*:

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

de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil). ENUNCIADO 99 – Art. 1.565, § 2º: o art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96. ENUNCIADO 115 – Art. 1.725: há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens. ENUNCIADO 117 – Art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6o, caput, da CF/88.⁹

Recentemente, os juízes das Varas da Família e das Sucessões do Interior de São Paulo, reunidos em Piracicaba no dia 10 de novembro de 2006, no "I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo" deliberaram, por maioria de 2/3 dos presentes e após extensos debates, formular enunciados, a fim de nortear sua atuação futura em questões relativas ao Direito da Família e das Sucessões.

Dentre os enunciados elaborados nesse Encontro, há que se destacar aqueles que se referem à sucessão do companheiro, *in verbis*:

ENUNCIADO 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima. ENUNCIADO 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação. ENUNCIADO 52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.¹⁰

⁹ Disponível em: http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm. Acessado em 10 de out. 2007.

¹⁰ Disponível em: < www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/2CBE5D7C8B6DDECBE040A8C02C0171F3> Acesso em 7 de dez. 2007

No que se refere às decisões e posicionamentos doutrinários supracitados, em razão do surgimento do Código Civil de 2002, ainda há que se aguardar para conhecer o entendimento que realmente vai preponderar nos tribunais e doutrina brasileiros referente à tutela sucessória dos companheiros, mas pode-se afirmar que a tendência será pacificar o entendimento da corrente doutrinária que defende a inconstitucionalidade dos artigos que discriminam o companheiro, pois esta é sem dúvida a mais sensata.

4.2 Retrocesso de um direito já adquirido pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96

Como já visto anteriormente, após a Constituição Federal de 1988 foram editadas as leis número 8.971/94 e número 9.278/96, ambas criadas para regulamentar a união estável. Tendo a primeira o objetivo de regular os direitos a alimentos e sucessórios dos companheiros, enquanto a segunda, o de sanar os defeitos da primeira, regulamentando o artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição, onde diz que, *in verbis* “*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

A Lei número 8.971/94 foi promulgada precisamente objetivando administrar a situação dos companheiros no que concerne ao direito sucessório. O artigo segundo desta Lei diz que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que vivam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participarão da sucessão do companheiro, *in 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 cujos", se houver filhos deste ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do "de cujos", se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

O inciso terceiro acabou por incluir o companheiro ao lado do cônjuge sobrevivente na ordem da vocação hereditária. Quando houver bens sucessíveis e não houver ascendente nem descendente, herdará o convivente, até porque é irrelevante no caso em discussão a política de bens adotada e a verdadeira participação na construção do patrimônio comum.

E no artigo 3º, observa-se que se as posses deixadas pelo *de cujus* for resultado de atividades que contaram com as contribuições do companheiro, o supérstite terá direito à metade dos bens. Não há como observa Venosa (2001, p. 91), “*superposição de direito, porque o usufruto incide sobre a herança, e a meação não é herança. Esse usufruto, da quarta parte ou da metade dos bens, incide sobre a totalidade da herança, ainda que venha a atingir a legítima dos herdeiros necessários*”.

A Lei nº. 9.278/96 conferiu ao convivente direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituir nova união ou casamento. Completando tal disposição, o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96 dá ao companheiro o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com as dos cônjuges. Estava assim completada a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos sucessórios.

No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, a matéria, direito sucessório do cônjuge e do companheiro, veio à tona novamente trazendo em seu bojo muitas controvérsias em virtude da diversidade de tratamento jurídico dado ao casamento e à união estável, pode-se dizer que o trato dado pela nova Carta Civil ao direito sucessório, provocou retrocesso sem igual concernente à legislação anterior. As polêmicas e discussões que se estabeleceram quanto à revogação ou não das leis de 1994 e 1996, que tratam do assunto, acabaram por criar dificuldades de interpretação dos dispositivos, principalmente por parte dos leigos arrolados a casos de vocação hereditária.

Há que destacar que o legislador de 2002, foi infeliz no que diz respeito aos direitos sucessórios dos companheiros, posto que de acordo com a leitura do artigo 1.790, III (já analisado em capítulo anterior, mas que é produtor abordá-lo aqui mais uma vez), entende-se que o companheiro irá concorrer com os colaterais até o quarto grau, o que é factualmente

injusto, pois nem sempre os colaterais mantêm relações de convivência, quem dera de afeto, com o autor da herança e, indubitavelmente, essa não seria sua vontade, desprezar seus parentes mais próximos em virtude dos mais remotos. Vale aqui ressaltar o que diz Veloso (2003 apud OLIVEIRA, 2005, p.174 -175), em relação ao exposto acima:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4ª grau do de cujus. Temos de convir: isto é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do caput do art. 1.790, [...] o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo de cujus, mas, apenas, o que foi adquirido na constância da união estável, e a título oneroso.

Portanto, pode-se afirmar com inteira convicção que realmente andou mal o legislador ao aprovar o dispositivo da forma como está. Nesse contexto, há que se entender então que a situação garantida ao cônjuge seja a mesma para o companheiro, isso frente aos dispositivos constitucionais, até porque as leis 8.971/94 e 9.278/96 disciplinam esta matéria e não foram expressamente ab-rogadas. Guimarães (2007, *on line*), dá sua contribuição com a afirmativa acima quando diz que “*no atual panorama legal vigoram as Leis 8.971/94 e 9.278/96 e seus efeitos aplicam-se a todos os processos nos quais não tenha ocorrido coisa julgada*”.

Não se pretendeu aqui defender que o casamento e a união estável são entidades iguais, uma vez que não são, caso contrário, a atual Carta Magna, não alvitriaria que a união estável poderá ser transformada em casamento, para isso devendo a lei possibilitar. O que se defende é o ombrear da união estável ao casamento, outorgando segura proteção jurídica ao companheiro supérstite com todos os direitos alcançados e a ele inerentes.

4.3 Breve abordagem do Projeto de Lei número 4.944, de 2005¹¹

O Projeto de Lei número 4.944, de 2005 que delibera sobre a equidade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros tramita no Congresso Nacional com acompanhamento do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. O mesmo foi disposto em março do referido ano pelo deputado federal do Rio de Janeiro, eleito pelo Partido dos Trabalhadores – PT, Antônio Carlos Biscaia.

No mês de junho de 2006, foi anexado o Projeto de Lei 5.538/2005, que oferece outra composição ao artigo 1.831 do atual Código Civil, para garantir ao companheiro supérstite o direito real de habitação sobre o imóvel reservado ao domicílio da família. Em dezembro de 2006, o Relator, deputado Guilherme Menezes do PT da Bahia, concedeu parecer favorável ao Projeto de Lei 4.944, de 2005, a fim de contribuir com o legislador e de conferir correções necessárias ao Projeto de Lei.

Em novembro de 2006, o IBDFAM, por meio de sua Comissão Legislativa, e sob a coordenação do desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e igualmente presidente do IBDFAM do mesmo estado, Luiz Felipe Brasil Santos sugeriu mudanças no Projeto de Lei 4.944, de 2005, ao seu relator. Em âmbito geral, as mudanças propostas pelo IBDFAM e alicerçadas pelo relator, deputado federal Guilherme de Menezes, conforme nota expedida pelo próprio IBDFAM (2007, *on line*), estabelece:

1 - O art. 1.790 será revogado; 2 - o tratamento sucessório dos cônjuges e dos companheiros será idêntico; 3 - fica restabelecido o direito real de habitação para os companheiros; 4 - é estendido esse mesmo direito aos descendentes incapazes; 5 - herdeiros necessários permanecem apenas os ascendentes e descendentes; 6 - o direito sucessório dos colaterais fica restrito ao terceiro grau; 7- simplifica-se o sistema de concorrência dos cônjuges ou companheiros com descendentes, que expressamente se dará apenas sobre os bens nos quais não haja direito à meação, afastando-se a confusa redação atual do Inciso I do artigo 1.829; 8 - respeita-se a autonomia de vontade de quem, desejando casar

¹¹ Anexo ao final do trabalho.

pelo regime da separação convencional de bens, não quer ter o cônjuge como concorrente de seus descendentes; 9 - mantém-se do direito sucessório apenas se o casal ainda convive ao tempo da abertura da sucessão, afastando a atual redação do art. 1.830 e a “culpa mortuária” que ali é consagrada; 10 - elimina-se o insolúvel problema da concorrência híbrida (art. 1.832).

Mediante o exposto acima, pode-se concluir, sem medo de pecar, que está definitivamente reconhecido o direito sucessório ao companheiro da união estável. Isto é o mesmo que dizer como Mezzomo (2007, *on line*) “a evolução é sempre no sentido da ampliação de direitos, ou seja, os ciclos de restrição apresentam restrições cada vez menores, ao passo que os ciclos de ampliação apresentam ampliações cada vez maiores”. Assim sendo, apesar de casamento e união estável apresentarem situações antagônicas, não é fato suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pôde ser visto por meio das idéias expostas na pesquisa que se finaliza, a família sofreu muitas modificações ao longo dos anos, mormente no transcorrer do século passado. O significado das ligações convencionais foi, aos poucos, sendo substituído pela valorização das conexões de amor, respeito e afeto. Essas transformações repercutiram diretamente no tratamento das chamadas relações concubinárias.

No início, a idéia de que a família, célula-máter da sociedade, apenas se constituía com o enlace matrimonial, ocasionava o não existir do amparo legal das relações fora do matrimônio.

Para esquivar do surgimento de injustiças, a jurisprudência procurava respostas firmadas no Direito Obrigacional para resolver conflitos provenientes de relações concubinárias.

Contudo, paulatinamente começaram a ser elaboradas normas que protegiam os companheiros, o que representou o início da entrada das relações de concubinato puro no âmbito do Direito de Família. Porém, esta bisonha proteção jurídica não garantia ainda aos companheiros quaisquer direitos sucessórios.

O apogeu desta evolução no tratamento das relações concubinárias se deu com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu que a família tivesse especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção quanto à necessidade de vínculo matrimonial para a efetivação desta proteção. O parágrafo terceiro, do artigo 226 promoveu as uniões estáveis ao estado de entidades familiares, assim como a família originada do casamento.

Essa alteração de tratamento estabelecida na Carta Maior de 88 surgiu da eleição do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República. Com esse fundamento, a família passa a ser olhada como um mecanismo para o desenvolvimento pessoal de seus membros e a requerer amparo na medida em que obedece esta tarefa, seja ela advinda por meio do ato convencional do casamento ou a união estável.

Até mesmo sendo as uniões estáveis aceitas como entidades familiares, a garantia de direitos sucessórios para os companheiros foi introduzida no direito brasileiro apenas com o vigorar da Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Em 1996, a Lei 9.278, que regulamentou o artigo 226, parágrafo terceiro, acrescentou outros direitos sucessórios para os companheiros, provocando dúvidas quanto à derrogação da lei anterior, contudo, permanecendo o entendimento de que uma lei completava a outra.

Em uma análise do conteúdo das leis acima citadas, é possível ver o intuito do legislador de aproximar a tutela sucessória dos companheiros à tutela que já havia para os cônjuges, conferindo para aqueles igualmente, os direitos de propriedade, de usufruto e direito real de habitação sobre os bens do autor da herança.

Verificou-se que o Código Civil de 2002, se mostrou incongruente no que concerne às conquistas alcançadas na esfera da tutela sucessória dos companheiros, pois diminuiu consideravelmente a proteção antes aferida pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, principalmente, a partir da redação do artigo 1.790 do mencionado Código.

Mas, além de subtrair a extensão dos direitos sucessórios daqueles que vivem sob o regime da união estável, o atual Código Civil pôs os companheiros em escala bastante inferior em relação às pessoas casadas, no que tange à tutela sucessória. Esse descompasso entre a tutela sucessória de cônjuges e companheiros prevista no Novo Código Civil gerou grandes debates e controvérsias em sede doutrinária e jurisprudencial.

Mesmo sendo a matéria bastante polêmica e atual, o que se espera com esse estudo é ter acrescentado algo ao debate acerca dos direitos sucessórios no âmbito das uniões estáveis, despertando no leitor entusiasmo e interesse pelo tema proposto, levando-o a sugerir mudanças nas normas vigentes, de modo que essas mudanças venham promover tratamento igualitário ao companheiro e ao cônjuge, uma vez que a relação conjugal em nada se difere se oriunda de enlace matrimonial ou união estável, pois o que importa é uma relação estruturada no companheirismo, afeto, amor, respeito e solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Estatuto da Família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei número 10.406, de 10-01-2002. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CAHALI, Francisco José. União estável e alimentos entre companheiros. São Paulo: Saraiva, 1996.

CATALAN, Marcos. Reconhecida igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro na sucessão. Disponível em < <http://mjcatalan.blogspot.com/2007/09/reconhecida-igualdade-de-tratamento.html>> Acesso em 11 de out. 2007.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Rozemberg Vilela da. As incongruências da sucessão do cônjuge e do(a) companheiro(a) no novo Código. Disponível em: < <http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?p=21315&sid=aa7f753e37079fcc4181e78723b01114>> Acesso em 10 de out. 2007.

GOMES, Orlando. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. As Leis da União Estável e o Direito Intertemporal. Disponível em: < <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex062.htm>> Acesso em 10 de out. 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. União Estável: conceito, alimentos e dissolução. Consulex. Vol. nº 196; p. 62 - 63 - 64. Março, 2005.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A União Estável frente ao Direito Sucessório. Disponível em: < <http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/uniao-estavel.htm>> Acesso em 11 de out. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 34ª e. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol. 2.

NICOLAU, Gustavo René. Sucessão legítima no Código Civil. Disponível em: < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=3092> Acesso em 10 de out. 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. Da Legítima dos Herdeiros Necessários e as Cláusulas Restritivas Sobre Ela. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex240.htm>>. Acessado em 12 de out. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUADROS, Tiago de Almeida. O princípio da monogamia e o concubinato adúltero. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>>. Acesso em 29 out. 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das sucessões. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Silvio. Direito civil: direito de família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. A sucessão legítima no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_sucessao_legitima_01.htm> Acesso em 9 de out. 2007.

SANTA MARIA, José Serpa de. Curso de direito civil: direito de família. Rio Janeiro. Freitas Bastos, 2001.

SANTOS, Simone Orideschi Ivanov dos. União estável: regime patrimonial e direito intertemporal. São Paulo: Atlas, 2005.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDTH, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum / obra coletiva. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direito da família. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Silvio de Salvo. Direito Civil - direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2001.

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

PROJETO DE LEI Nº 4.944, DE 2005 (Apenso o PL 5.538, de 2005)

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Autor: Deputado Antonio Carlos Biscaia.

Relator: Deputado Guilherme Menezes.

- RELATÓRIO

Por intermédio da Proposição acima enumerada, o nobre Deputado Antônio Carlos Biscaia pretende dar novas diretrizes ao direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Defende-a alegando, dentre outros argumentos, que:

“Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os

próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes.

.....
Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente.

.....
A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta. Note-se que sua localização atual, no âmbito das disposições gerais do direito sucessório, é inadequada, pois trata de matéria atinente à ordem da vocação hereditária.

Foi apensado por despacho da Presidência da Casa o Projeto de Lei nº 5.538, de 2005, do Deputado Zé Geraldo que também pretende modificar a redação do art. 1.831 do Código Civil, para assegurar ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único a inventariar.

A esta Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF compete analisar o mérito das propostas, em apreciação conclusiva (art. 24, II do Regimento Interno).

No prazo, não foram oferecidas emendas.

É o Relatório.

- VOTO DO RELATOR

O presente projeto de lei tem o mérito de excluir a diversidade de tratamento na vocação hereditária, estipulada no Código Civil brasileiro (CC), quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente.

A mesma adequação jurídica em prol do princípio constitucional da igualdade de direitos é feita para a determinação do direito real de habitação tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, proposta no Projeto de Lei 5.538/2005, apenso, de autoria do nobre Deputado José Geraldo, dando nova redação ao art. 1.831, para levar ao Código Civil situação já contemplada pela Lei nº 9.278/1996.

Sobre essa matéria relevante, Miguel Reale, em seus Estudos Preliminares do Código Civil, Ed. Revista dos Tribunais, p. 70, chegou a opinar que *“ainda não nos demos conta de todas as graves conseqüências resultantes do art. 226 da Constituição de 1988, ao dispor sobre a instituição da família considerada base da sociedade”*.

Com as alterações propostas, objetiva-se, ainda, eliminar as dúvidas de interpretação sobre o art. 1.829 do Código Civil, que na sua redação atual colocando o regime de bens como critério para incidência do instituto da concorrência do cônjuge com os descendentes, tem gerado correntes de opiniões diversas no meio jurídico.

Nesse artigo, acatamos a proposta do Deputado Antônio Carlos Biscaia, apresentando, porém, redação substitutiva ao parágrafo único criado, para excluir a possibilidade da vocação hereditária quando o regime de bens for o da separação convencional e para retirar a exceção feita ao bens subrogados, anuindo, com isso, à opinião jurídica manifestada, na oportunidade, pelo Desembargador Doutor Luiz Felipe Brasil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando afirma:

“uma das críticas mais severas que a doutrina tem dirigido ao art. 1.829 consiste justamente no fato de que atualmente não há qualquer possibilidade de alguém vir a casar sem que necessariamente o cônjuge se torne concorrente dos descendentes ou dos ascendentes. Isso limita por demais a autonomia da vontade do casal, pois especialmente naqueles casos em que um dos nubentes já vem de casamento anterior, com filhos, pode haver interesse em não prejudicar o direito hereditário desses filhos. Entretanto, com a redação excluindo a vocação hereditária do

cônjuge quando o regime for o da separação de bens, o casal terá a opção de resolver esse impasse”

“se estamos dando direito à herança sobre bens que não são comuns, não há porque o cônjuge poder herdar os bens particulares e não poder herdar os que lhe foram subrogados (ou seja, adquiridos com o produto da venda dos próprios bens particulares)”.

Com as modificações ao art. 1.829 tentamos resolver, inclusive, as dúvidas de interpretação sobre o art. 1.838, pois também compreendemos muito pertinente a preocupação, manifestada pelo mesmo ilustre Desembargador, em artigo de sua autoria:

“Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocando ao ente público”.

Já no art. 1.830, sugerimos que à redação proposta para alterar a vigente, seja incluída junto à hipótese de separação de fato aquela da separação judicial, evitando com isso futuros conflitos de interpretação.

No art. 1.831, optamos por ampliar as pessoas guarnecidas pelo direito real de habitação para, assim, acatar a intenção do Autor de proteger o direito de habitação do descendente incapaz (arts. 3º e 4º do Código Civil) da que foi explícita na proposta do parágrafo único ao art. 1.831. Isto porque consideramos que a redação proposta pelo projeto de lei, na prática, poderá “anular” o direito real de habitação postulado pelo cônjuge ou companheiro.

No art. 1.845, mantivemos a proposta do Autor, pois segundo variadas opiniões de juristas e advogados, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos.

Outrossim, quanto à obrigação de apresentar bens à colação, preferimos aderir às opiniões jurídicas de que a partir do momento que o cônjuge ou companheiro sobrevivente torna-se herdeiro (pela proposta, independentemente do regime de bens adotado), as doações havidas entre cônjuges ou companheiros devam ser levadas a colação, para que não figure enriquecimento de um em detrimento dos outros herdeiros (descendentes ou ascendentes).

Assim, mantivemos a regra intentada pelo art. 2003 em vigor, e, também, a redação em vigor do art. 544, apenas incluindo o companheiro na mesma condição prevista ao cônjuge.

Finalmente, nossas reflexões e reformulações foram possíveis devido a participação propositiva de membros do Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), que tiveram a iniciativa da presente proposta de lei junto ao Dep. Antônio Carlos Biscaia, da consultoria técnica da Câmara dos Deputados e da consultoria técnica do Núcleo de Estudos da Liderança do Partido dos Trabalhadores, contribuições que constam nos autos do processo.

Pelo exposto, voto pela aprovação dos Projetos de Lei 4.944, de 2005 e 5.538, de 2005, na forma do Substitutivo em anexo.

Sala da Comissão, em de de
2006.

Deputado Guilherme Menezes
Relator

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

SUBSTITUTIVO AOS PROJETOS DE LEI Nºs 4.944 E 5.538, DE 2005

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Art. 2º A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, ou de um companheiro a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.” (NR)

.....
..

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente; IV – aos colaterais. (NR)

Parágrafo único: A concorrência referida nos incisos I e II não ocorrerá quando o casamento houver sido celebrado pelo regime da separação convencional de bens e, nos demais casos, dar-se-á sobre os bens em que não incida o direito à meação”.(NR)

*“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato ou de direito.”
(NR)*

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro 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 da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Parágrafo único: O direito real de habitação também caberá aos descendentes incapazes, desde que não haja outro imóvel destinado à residência e que o patrimônio herdado não lhes garanta o direito à moradia” (NR)

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.” (NR)

.....
“Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente caberá um

terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” (NR)

“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente.”(NR)

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.” (NR)

.....
“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR)

.....
“Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, do cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, do cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.” (NR)

Art. 3 ° Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4 ° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2006.

Deputado Guilherme Menezes Relator

