

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL APLICADO

JULIANA SOVERAL GOULARTE

A Sucessão do Companheiro no Código Civil Brasileiro

Porto Alegre

2011

JULIANA SOVERAL GOULARTE

A Sucessão do Companheiro no Código Civil Brasileiro

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito especial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Civil.

Orientadora: Dra. Maria Aracy Menezes da Costa.

Porto Alegre

2011

JULIANA SOVERAL GOULARTE

A Sucessão do Companheiro no Código Civil Brasileiro

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

Monografia sobre a sucessão do companheiro no Código Civil. Trabalho elaborado com o objetivo de apresentar as principais diferenças, em matéria sucessória, entre cônjuges e companheiros. Verificação dos principais argumentos sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Palavras Chave: Sucessão. Companheiro. Diferenças. Cônjuge. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Monograph about the succession of the partner in the Civil Code. Work elaborated with the objective of presenting the principals differences in the succession matter between spouse and partner. Verification of the principals arguments about the constitutionality or unconstitutionality from the article 1.790 from the Civil Code.

Key-words:

succession, partner, differences, spouse, unconstitutionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Principais Aspectos da Sucessão:	2
1.1 Do Princípio da Saisine; do Sucessor a Título Universal e do Sucessor a Título Singular	2
1.2 Herdeiros Testamentários e Legítimos - Necessários e Facultativos	4
1.3 Da Concorrência Sucessória: a ordem da vocação hereditária	10
2. DA UNIÃO ESTÁVEL	15
2.1 Requisitos para declaração da União Estável: Convivência pública, contínua e duradoura, independente de sexo, com animus de constituir família, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal	15
2.2 Das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e suas principais implicações: o companheiro como herdeiro da totalidade da herança;	20
2.3 A Sucessão do Companheiro no Código Civil.....	24
3. Das Diferenças entre Cônjuges e Companheiros	28
3.1 O Cônjuge como herdeiro sem ser casado sob o regime da comunhão universal ou comunhão parcial se não deixou bens particulares e na separação obrigatória de bens	28
3.2. O Companheiro Herdeiro	37
3.3 Da Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e argumentos.	42
CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre o direito sucessório do companheiro de acordo com o Código Civil de 2002. Estabelece as principais diferenças entre os cônjuges e companheiros. Verifica que o cônjuge a partir do Código Civil de 2002 passou a ser considerado herdeiro necessário, ao contrário do companheiro, que teve os seus direitos sucessórios de forma discriminatória e imprecisa estabelecidos nas disposições gerais do direito sucessório. Constata que pelo dispositivo legal do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro somente herda os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Desse modo, há privilégio aos colaterais, diferentemente do estabelecido para o cônjuge, com preferência sobre os demais parentes sucessíveis. Aborda ainda, os elementos necessários para caracterização da relação da união estável, abordando ainda decisão do Supremo Tribunal Federal que agora, também reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os demais requisitos como a convivência pública, contínua e duradoura com ânimo de constituir família. Analisa as leis revogadas posteriores à Constituição Federal, as quais reconheciam a união estável como espécie do gênero entidade familiar e concediam direitos até então não ofertados aos companheiros – mas não contemplados no Código Civil de 2002. Apresenta críticas quanto à ordem da vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, ao considerar o cônjuge como herdeiro desde que casado sob determinado regime de bens, em concorrência com os descendentes. Verifica que, o artigo 1.790 representa verdadeiro retrocesso social e violação ao princípio da igualdade, pois diferencia os cônjuges dos companheiros, sem razão, atribuindo-lhes direito à sucessão, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, ao contrário do cônjuge, herdeiro dos bens particulares a depender do regime de bens do casamento.

1. Principais Aspectos da Sucessão:

1.1 Do Princípio da Saisine; do Sucessor a Título Universal e do Sucessor a Título Singular

Com o fim da personalidade jurídica, pelo evento morte, muitas relações jurídicas terminam, enquanto na esfera sucessória inicia-se a substituição da titularidade da herança para os herdeiros ou legatários.¹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, estabelece a garantia ao direito à herança, com leitura do dispositivo sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e a promoção dos valores existenciais.

É do dispositivo do artigo 5º, inciso XXXI, da Constituição Federal a determinação de que será regida pela lei brasileira, a sucessão do estrangeiro com bens no Brasil, desde que não lhe seja mais favorável a estrangeira, em benefício do cônjuge e dos filhos.

Tem-se ainda, a conceituação de sucessão, em sentido estrito, como a transmissão dos bens aos herdeiros com a *causa mortis*. Já no tocante ao campo da subjetividade, a sucessão representa a universalidade de bens deixados pelo falecido.²

Importante referir o artigo 1784 do Código Civil³, o qual preceitua que os herdeiros legítimos e testamentários recebem a herança com a abertura da sucessão.

Pode-se mencionar que a herança constitui o objeto da sucessão, como o patrimônio do falecido, incluídos tanto os ativos com os passivos, abrangidos os direitos e obrigações, que com o pagamento das dívidas, após restarão os bens a serem partilhados.⁴

Ressalta-se a alteração legislativa do Código Civil de 2002, ao apresentar a redação, anteriormente, no artigo 1572, do Código Civil de 1916,

¹NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3p.

² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 6p.

³BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1.784: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 7p.

quanto ao “domínio e posse” da herança dos bens corpóreos, para constar, atualmente, somente a expressão, herança, com isso incluindo os bens imateriais e incorpóreos.⁵

Verifica-se ainda, a importância de observância dos princípios fundamentais do direito sucessório entre eles, a ordem pública, representada pela ordem da vocação hereditária, inderrogável por ato de vontade e a *pacta corvina*, que significa a proibição de acordo sobre herança de pessoa viva.⁶

Desse modo, o princípio mais relevante em matéria sucessória é o da *saisine*, artigo 1784 do Código Civil, em que o de *cujus* transmite ao seu sucessor a posse e propriedade da herança com a sua morte.⁷

Este dispositivo do artigo 1784 do Código Civil constitui a denominada etapa da delação, como o próprio Código Civil menciona, devolução, o oferecimento da herança aos herdeiros e legatários.⁸

Portanto, é o direito da *saisine* responsável pela transferência imediata da posse e domínio dos bens pertencentes ao *de cuius*, ou seja, todo o acervo tanto ativo como passivo.⁹

Atenta-se para o teor da súmula 112 do STF, a qual dispõe que o percentual da alíquota aplicável, para fins de cálculo do imposto de transmissão causa morte, será determinado ao tempo da abertura da sucessão.¹⁰

Em suma, é o herdeiro legítimo, decorrente de disposição legal, quem automaticamente, detém o domínio e a posse dos bens deixados pelo falecido, dispensando-se qualquer ato para valer seu direito, entretanto o mesmo não ocorre com o legatário, que adquire a propriedade da coisa imediatamente, quando infungível, porém se fungível somente com a partilha.¹¹

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 32p.

⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 5p.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 38p.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 22p.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 23p.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 41p.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 14-15p.

Há ainda, duas espécies de sucessão em nosso ordenamento, a legítima e a testamentária, oriundas da mescla do direito romano, em que existia a plena liberdade de dispor da totalidade dos bens em testamento, e o direito germânico, que atribuía a herança aos herdeiros legítimos, considerados os do sangue do falecido.¹²

Nesse sentido, a sucessão legítima é a estabelecida em lei e prevalece ao não poder cumprir-se a disposição de última vontade contida no testamento ou, então, quando ele não existir e não for válido.¹³

Dessa maneira, só há legado, quando deixado bem determinado ou diversos bens pelo falecido ao legatário, por meio de testamento e disposição de última vontade, razão pela qual denominado sucessor a título singular.¹⁴

Verificam-se mais algumas diferenças presentes nos herdeiros a título singular como, em regra, não responderem pelas dívidas do espólio, salvo vontade do testador, bem como não deterem a posse automática do legado, com a abertura da sucessão, visto que dependem da atitude de entrega do bem pelos herdeiros.¹⁵

Por sua vez, o herdeiro universal é aquele único, que recebe a totalidade da herança, seja em razão da lei, renúncia dos demais herdeiros ou mesmo testamento, todavia não ocorrerá a partilha e, sim, o auto de adjudicação lavrado no inventário.¹⁶

Ao fim, cumpre referir que a lei 11.441 de 2007, previu a escolha do inventário extrajudicial pelos herdeiros, desde que todos sejam maiores, capazes e concordes e o *de cuius* não tenha deixado testamento.

1.2 Herdeiros Testamentários e Legítimos - Necessários e Facultativos

Como acima explicitado, o Código Civil adotou no direito sucessório, a mescla entre os ordenamentos, romano e germânico.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 9p.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 24p.

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 25p.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 25p.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 47p.

A liberdade de testar está baseada no critério individualista, na autonomia da vontade, no conceito de propriedade para além da morte, bem como no incentivo ao testador aos valores de gratidão, generosidade, benevolência, justiça, bem como o trabalho e a economia.¹⁷

Assim, existe a possibilidade de dispor em testamento sobre a totalidade dos bens, quando inexistentes herdeiros necessários, caso contrário, deverão ser preservados 50%, como parte indisponível do patrimônio, artigo 1789 do Código Civil.¹⁸

O Código Civil de 2002 denominou como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, ao contrário da lei civilista de 1916, que afastava do seu rol de herdeiros necessários o cônjuge.¹⁹

Pode-se afirmar que o indivíduo que estipula em testamento, ou seja, lega seu patrimônio a alguém, está adotando fórmula diferente da imposta em lei, com observância de determinada ordem a suceder.²⁰

Ainda, a capacidade de suceder, conforme o artigo 1798, do Código Civil²¹ resta aos nascidos ou concebidos na abertura da sucessão, dispositivo válido tanto para sucessão legítima como a testamentária. Acresça-se, no entanto, à sucessão testamentária, a exceção de legado a pessoa ainda não concebida, desde que na abertura da sucessão a pessoa geradora daquela ainda não concebida, porém contemplada em testamento, esteja viva, em conformidade com o previsto no artigo 1.799 do Código Civil^{22, 23}

¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 250p.

¹⁸ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.789: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 124p.

²⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 248p.

²¹ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

²² BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.799: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Mas a lei também impôs ao testador dois valores a serem cumpridos, diante de suas disposições de última vontade, o da liberdade e a proteção aos membros da pequena família.²⁴

De acordo com o jurista-filósofo Gustav Radbruch os testamentos constituem forma primária de sucessão, enquanto na sucessão legítima ou *ab intestado* há vontade presumida do autor da herança, que nada dispendo sobre sua quota disponível concorda com a sucessão na ordem legal.²⁵

Para suceder aos bens legados por testamento basta capacidade, existência ao tempo da morte do testador e ainda, para aqueles não concebidos a lei exige sua concepção em dois anos, contados da abertura da sucessão.²⁶

Desta forma, aqueles que possuem patrimônio podem dispô-lo, em liberalidade, via instrumento de doação, testamento ou codicilo.

A doação constitui modalidade contratual, necessitando da participação do beneficiário, enquanto o testamento constitui negócio jurídico inderrogável, sem participação do beneficiário, exceto sob condição suspensiva ou implemento do termo, podendo ser revogado. Todavia, tanto na doação como no testamento, as partes devem possuir legitimidade para transmitir e receber o benefício.²⁷

Por conseguinte, o herdeiro testamentário ou instituído é aquele sem individuação de bens, beneficiário pelo testador, com uma parte do seu acervo patrimonial.²⁸

Por sua vez, é da sucessão legítima que deriva o fundamento da preocupação social com a unidade e solidariedade da família, visto que na

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 42p.

²⁴ ²⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 249p.

²⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 250p.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 42p.

²⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 259p.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 46p.

ausência de disposição testamentária, a lei defere aos parentes os bens do falecido.²⁹

O dispositivo do artigo 1.788³⁰, constitui verdadeira imposição de perpetuação da propriedade dos bens do *de cujus* entre seus familiares, estabelecida na ordem da vocação hereditária, se inexistente liberalidade realizada pelo ato de dispor em testamento ou, mesmo excederem a parte disponível.³¹

Os parentes dos falecidos com direito a suceder, também são chamados de herdeiros legítimos e necessários ou reservatários, representados pelos descendentes, ascendentes e desde o Código Civil de 2002, os cônjuges a depender do regime de bens estabelecido pelo casamento.³²

Os demais parentes, colaterais até o quarto grau, são herdeiros facultativos. O parentesco civil está estabelecido no artigo 1.592 do Código Civil.³³

Há que se referir também que se o testador foi casado no regime da comunhão universal, deverá ser reservada a meação do seu cônjuge, e em testamento poderá dispor somente da metade de seus bens (no caso, da sua meação), preservando as legítimas dos herdeiros necessários, caso existam, artigo 1667, do Código Civil³⁴ ³⁵.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões: Arts. 1.784 a 2017**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 210p.

³⁰ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.788: "Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo".

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 9p.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 47p.

³³ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.592: "São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra".

³⁴ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.667:" O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte".

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 10p.

O mesmo ocorre aos que vivem sob o manto do regime da comunhão parcial, união estável, com comunicação de bens adquiridos na constância da relação, de acordo com o artigo 1.658 do Código Civil.³⁶

Com relação à aceitação da herança por parte dos herdeiros, caracterizado como ato unilateral, simples e gratuito, sem depender de termo ou condição, como preceitua o artigo 1.804 do Código Civil³⁷, desde a abertura da sucessão aceita a herança ela será transmitida aos seus herdeiros.³⁸

A aceitação representa a intenção do herdeiro de receber o patrimônio ao qual lhe foi deixado pelo de *cujus*, ato jurídico unilateral e necessário, pois aquele que sucede adquire *ipso iure*, a posse e propriedade dos bens da herança.³⁹

Trata-se o artigo 1804 do Código Civil de regra que não exige, para a transferência do acervo hereditário, da prática de qualquer ato, tendo em vista a aquisição da herança de forma tácita com a morte do *de cuius*.⁴⁰

Observa-se que o Código Civil de 1916 quanto à aceitação admitia a retratação posterior, mesmo até a decisão terminativa, ou seja, com efeitos retroativos, sem depender da confirmação da qualidade de herdeiro.⁴¹

O Código Civil de 1916 no seu artigo 1.590 previa a retratabilidade da aceitação, sob a condição de não prejudicar credores, sendo inclusive permitido aos últimos aceitar quinhão do renunciante até saldar o débito.⁴²

³⁶ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.658: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

³⁷ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.804: “Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 192p.

³⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 3.ed. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 70p.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 193p.

⁴¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 3.ed. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 71p.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 68p.

Contudo, comporta abordar que a aceitação é irrevogável, segundo o artigo 1812 do Código Civil⁴³, entretanto o instituto da renúncia também vem a ser irrevogável.⁴⁴

Nesse sentido, é o teor do artigo 1.812 do Código Civil como irrevogáveis os atos de renúncia e aceitação da herança.⁴⁵

Desta forma, o Código Civil atual ao disciplinar a aceitação como irrevogável tratou de estabelecer que se o herdeiro aceita sua herança, qualquer disposição sobre sua quota hereditária constituirá cessão de direitos hereditários, com incidência de ITBI, imposto de transmissão de bens imóveis.⁴⁶

Há também três modalidades de aceitação, a expressa, a tácita e a presumida. A última quando o herdeiro intimado, para se manifestar, sobre herança que lhe é deferida permanece em silêncio, tácita, ao praticar atos que impliquem na aceitação, sem contar com atos de conservação do espólio e escrita, formalizada por documento público ou particular.⁴⁷

O artigo 1.807 do Código Civil⁴⁸ prevê ao interessado vinte dias depois de aberta a sucessão requerer ao juiz prazo de no máximo trinta dias para manifestação do herdeiro acerca da aceitação da herança.⁴⁹

No tocante a titularidade da aceitação ela poderá ser direta ou indireta. Assim será aceitação direta ao ser realizada pelo próprio herdeiro, enquanto indireta, em determinadas situações, nas quais outro detenha legitimidade para declará-la, exemplo quando herdeiro falece antes de aceitar a herança o que será transmitido aos seus demais herdeiros.⁵⁰

⁴³ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.812: “São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança”.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. 194p.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 68p.

⁴⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 3.ed. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 72p.

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 69p.

⁴⁸ BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.807: “O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita”.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 70p.

⁵⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 3.ed. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 73p.

A aceitação indireta não se estende ao implemento de condições suspensivas estabelecidas em testamento o qual era beneficiário o falecido, caso não a tenha implementado em vida, caduca o benefício e nada transmite-se aos herdeiros deste.⁵¹

Ao contrário da aceitação, a renúncia exige forma de exteriorização expressa por instrumento público ou termo judicial nos moldes do artigo 1806 do Código Civil.^{52 53}

1.3 Da Concorrência Sucessória: a ordem da vocação hereditária

O legislador estabeleceu na sucessão legítima, a existência de uma ordem sucessória, caso o *de cujus* faleça, sem testamento, ou este exceda a parte disponível, a sua herança será transmitida a uma determinada ordem de pessoas.⁵⁴

Podem ser chamados os herdeiros legítimos a suceder por direito próprio ou direito de representação e, ainda, direito de transmissão.⁵⁵

A sucessão por direito próprio se torna em igualdade de condições, já a por representação chama-se os herdeiros daquele morto a época da abertura de sucessão para que recebam a parte que lhe cabia, enquanto no direito da transmissão opera-se pela ausência de aceitação da herança.⁵⁶

A ordem da vocação hereditária está no artigo 1829 do Código Civil, na qual se chama a suceder, em primeiro lugar, os descendentes em concorrência com o cônjuge, a depender do regime de bens escolhido para o casamento.⁵⁷

Segundo o Desembargador Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves, integrante da sétima câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

⁵¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 3.ed. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 74p.

⁵² BRASIL.Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1.806: “A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial”.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 70p.

⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 86p.

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 147p.

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 147p.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 86p.

Sul, em voto proferido no agravo de instrumento de nº 70024063547, o legislador, sem observar princípios do direito sucessório, mesclou a matéria com efeitos patrimoniais do casamento e previu uma diferença equivocada para a sucessão dos companheiros, quando seria melhor manter a ordem já estabelecida no Código Civil de 1916.⁵⁸

Os Municípios, distrito federal e a União não estão no rol a serem chamados a suceder, pois a eles restarão o patrimônio, ao ser declarado vacante, a teor dos artigos 1819 a 1823 do Código Civil.⁵⁹

Cumpra esclarecer que a concorrência do cônjuge com os descendentes é novidade do Código Civil de 2002, pois o Código Civil anterior, no artigo 1.603 previa o chamamento do cônjuge, após os descendentes e ascendentes.⁶⁰

Para efeitos sucessórios a regra é a de que os mais próximos excluem os mais remotos, artigo 1.833, assim presentes os descendentes, no Código Civil de 1916, não seriam chamados os cônjuges.⁶¹

Importa que na seqüente convocação, são inadmitidos herdeiros de categorias diferenciadas, somente quando a lei expressamente as prevê, nem podendo ser modificado por testamento a ordem verificada no artigo 1829 do Código Civil, portanto prevalece o parentesco e grau, mais próximo do falecido.⁶²

Desta forma, o novo Código Civil não só colocou em concorrência o cônjuge com os descendentes, como também com os ascendentes.⁶³

Assim, concorrem os descendentes com o cônjuge, desde que casados em outro regime que não o da comunhão universal, separação obrigatória de bens e na comunhão parcial sem bens particulares.

⁵⁸ Agravo de Instrumento nº 70024063547 da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Ricardo Raupp Ruschel.

⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 173p.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 124p.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 124p.

⁶² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 173p.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 124p.

Caso inexista cônjuge ou esteja dentro da situação descrita no artigo 1.830 do Código Civil⁶⁴, o descendente herdará a totalidade da herança, em razão da vontade presumida do de *cujus* e o amor aos descendentes.

Portanto, a regra contida no artigo 1829, inciso I, colocou em concorrência com os descendentes somente os cônjuges casados no regime da comunhão parcial com bens particulares, participação final dos aquestos e separação total de bens por pacto.

Há ainda, a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A jurisprudência alterou o regime da separação obrigatória, tendo em vista a presunção de esforço comum na aquisição de bens, determinando o regime da comunhão parcial. A intenção dessa alteração de regime de bens tem como base evitar o locupletamento de um dos consortes, sob o enfoque da comunhão plena de vida, prevista artigo 1511 do Código Civil, assim como dever de mútua assistência entre os cônjuges, artigo 1.566, inciso III, do Código Civil, aliado ao vínculo da solidariedade, artigo 265 do Código Civil.⁶⁵

Feita a observação referente súmula 377 do STF, em contrapartida o artigo 1829, inciso II, prevê a concorrência dos ascendentes com o cônjuge independente do regime de bens, com a ressalva do artigo 1836, § 1º, do Código Civil, relativa à exclusão dos ascendentes mais afastados.⁶⁶

O inciso III, do artigo 1829, coloca o cônjuge sobrevivente como único herdeiro e também não faz qualquer menção ao regime bens escolhido para reger o patrimônio do casal⁶⁷.

⁶⁴BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10.406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10.406.htm). Acesso em: 27 set. 2011. Art. 1830: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011. 251p.

⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1836, § 1º, do Código Civil: “Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas”.

⁶⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1838: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Somente não existindo descendentes, ascendentes ou cônjuge a herança restará aos colaterais.

Observa Maria Berenice Dias que a ordem da vocação hereditária deixou de ser excludente, pois a verificação da existência de herdeiro da classe antecedente não impede o direito da classe subsequente, ao se tratar do cônjuge.⁶⁸

Ocorre a sucessão por cabeça, estirpe e linha. A sucessão por cabeça ocorre quando os herdeiros recebem seus quinhões, em igualdade de condições, pois sucedem, em mesmo grau, como exemplo na morte do ascendente, recebem os descendentes do mesmo grau por cabeça, em igualdade de condições, artigo 1835⁶⁹ do Código Civil.⁷⁰

Desde a Constituição Federal de 1988, deixou de existir diferenças entre os filhos do casamento e os filhos extra-matrimoniais, como antes definidos legítimos e ilegítimos. Ainda, os adotados recebem a herança como os demais filhos sem qualquer distinção a partir da Carta Magna e regulação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 20.

Definitivamente o legislador terminou com qualquer distinção existente, em antiga classificação entre filhos legítimos, ilegítimos, legitimados, naturais, adulterinos, espúrios, incestuosos, adotivos, colocando os descendentes da mesma classe com mesmos direitos à sucessão do ascendente, artigo 1.834⁷¹ do Código Civil.⁷²

Na sucessão por estirpe, verifica-se o instituto da representação, modalidade de sucessão indireta, em que o morto será representado por seus filhos, dividido o seu quinhão igualmente, entre os seus herdeiros.⁷³

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 63p.

⁶⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1835 do Código Civil: “ Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 148p.

⁷¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1834: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil 6 Direito das Sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 90p.

⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 148p.

Já a sucessão por linha opera-se, quando presentes ascendentes por linha paterna e ascendentes por linha materna concorrendo à herança, artigo 1836, § 2º⁷⁴, do Código Civil.⁷⁵

Apesar de inúmeros artigos contemplarem o cônjuge como herdeiro necessário, nada foi estabelecido com relação ao companheiro; ao contrário, o convivente foi colocado em posição distante e desfavorável, sequer mencionado na ordem da vocação hereditária.

Viu-se o legislador, inexplicavelmente, distanciar-se da Constituição Federal e disciplinar a sucessão do companheiro em artigo próprio com regras distintas, sucedendo quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1836, § 2º: “Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”.

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 148p.

2. DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Requisitos para declaração da União Estável: Convivência pública, contínua e duradoura, independente de sexo, com *animus* de constituir família, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal

O Constituinte de 1988 declarou expressamente no artigo 226, § 3º⁷⁶ o reconhecimento da união estável como entidade familiar, inclusive prevendo a sua facilitação, para os que assim desejassem, em casamento.

Como entidade familiar entenda-se grupo de pessoas que constituem família, com três espécies, o casamento, a união estável e a família monoparental, esta última configurada entre qualquer ascendente com descendente.

O artigo 226 da Constituição Federal é denominado como cláusula geral de inclusão, portanto inadmissível excluir qualquer entidade familiar que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade.⁷⁷

O artigo 1723 prevê alguns requisitos para declaração da união estável entre eles a convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família entre homem e mulher.

Por convivência pública entenda-se o casal reconhecendo-se como formador de família, comportando-se como se casados fossem, ao que dão publicidade a todos, vivendo a relação de forma contínua e duradoura, diferenciando-se do simples namoro, muito embora possa ser dispensada a coabitação.⁷⁸

Revela-se que a partir de Constantino foram reprimidas as uniões livres e o cristianismo católico tolerava as relações informais até 1563, mas com o Concílio de Trento surgiram penas para aqueles que vivessem em concubinato como a advertência e até excomunhão.⁷⁹

⁷⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 226, § 3º: “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.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 169p.

⁷⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 67p.

⁷⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. V.5. Direito de família e sucessões. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 229p.

Apesar de já terem sido diferenciados nos dias atuais os institutos do concubinato e da união estável, observa-se que o Código Civil de 1916, quando disciplinava o concubinato, tinha a intenção de restringir os direitos da concubina, pelos artigos 1.177 e 1719, inciso III, impondo sanções que levavam a privação de doações e legados, em prol da valorização do casamento.⁸⁰

A família nasce de fato natural fruto do amor existente entre homem e mulher, forma antiga de união e agrupamento familiar que sequer necessita de autorização legislativa ou judicial para existir, mas imprime a esses dois poderes, o judiciário e o legislativo, a necessidade a adaptação em face da sociedade.⁸¹

Trata-se de árdua tarefa dos magistrados nas ações declaratórias de união estável, a verificação do pressuposto de constituir família, uma vez que deverão estar presentes a plena comunidade de vida, bem como o objetivo do casal de viver um pelo outro.⁸²

Em julgamento da apelação nº70041314782 da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de relatoria do Desembargador André Luiz Planella Villarinho foram desprovidas a apelação e os agravos retidos para não reconhecimento da união estável entre a autora e o falecido, sob fundamento da ausência de preenchimento dos requisitos do artigo 1.723 do Código Civil.⁸³

Muito embora, antes de a Constituição Federal reconhecer a união estável como entidade familiar, havia a definição de concubinato, hoje definida no artigo 1727 do Código Civil como relação entre homem e mulher, impedidos de casar e que mantenham relações não eventuais.

Portanto, conclui-se serem concubinos aqueles com impedimentos ao matrimônio, com exceção do artigo 1723, §1º, inciso VI, que consistem na

⁸⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 176p.

⁸¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 65p.

⁸² MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 68p.

⁸³ Apelação Cível nº70041314781 da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 25/05/2011.

formação de entidade familiar por pessoas separadas judicialmente ou de fato.⁸⁴

Feita observação sobre a diferença entre a união estável e o concubinato revelam-se os requisitos para configuração desta entidade familiar bastante parecida ao casamento, como o estabelecimento do lar, com coabitação, não necessitando que ambos residam sob o mesmo teto, pois conforme súmula 382 do STF⁸⁵ é dispensável, todavia tanto o casamento como a união estável pressupõem fidelidade, tanto física como moral e a assistência nas formas materiais e imateriais, com reciprocidade.⁸⁶

Contudo, caso haja uma relação paralela concubinária a solução para partilha dos bens adquiridos com esforço comum se dá pela dissolução de sociedade de fato com divisão dos bens entre os sócios, conforme define Arnaldo Rizzardo defendendo uma nova redação da súmula 380 do STF⁸⁷:

*“Comprovada a existência de sociedade de fato, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, não obstante a condição de concubinos dos sócios”.*⁸⁸

Também não constitui óbice para o reconhecimento da união estável a inexistência de separação judicial, 1723, § 2º, do Código Civil, ou divórcio, bastando para configuração, convivência de ambos, anteriormente, separados de fato, visto o princípio da monogamia, que não assegura os mesmos direitos aos concubinos, que se relacionam paralelamente durante a vigência de outra união.

Nesse sentido, o segundo casamento só poderá ocorrer com o divórcio, enquanto para formação da união estável não constitui empecilho nem a separação judicial e a separação de fato, sendo indiferente a verificação do divórcio.

⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 202p.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

⁸⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. V.5. Direito de família e sucessões. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 231p.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

⁸⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 203p.

Todavia, inadmissível a união estável em paralelo com o casamento, quando o cônjuge não está separado, caracterizando-se uma relação de adultério.⁸⁹

Até 2006, a bigamia era tipificada pelo Código Penal como crime, porém, atualmente, tal conduta foi descriminalizada.

Ademais, o regime de bens estabelecido para a união estável é o mesmo que passou a vigorar como regra geral para o casamento a partir do novo Código Civil: a comunhão parcial, salvo contrato escrito.⁹⁰

Relativamente às características previstas pelo Código Civil no artigo 1723, no que se refere a ser a união entre homem e mulher, tal distinção é incabível, diante do histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, com isso possibilitando a sua conversão em casamento.

A desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, hoje advogada, entende que a Constituição Federal por absoluto preconceito estabeleceu requisito para união estável somente entre homem e mulher, desconsiderando a união homoafetiva sem qualquer parâmetro, já que nenhum vínculo que se baseie no afeto pode deixar de ser considerado família.⁹¹

A própria lei Maria da Penha veio corroborar a necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas no plano do direito de família, visto que definiu família como relação íntima de afeto, o que engloba as uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁹²

Veja-se que o constituinte de 1988, ao inserir no §3º do artigo 226, previu a facilitação da conversão da união estável em casamento, sendo repetida a regra no artigo 1726 do Código Civil, revelando preferência pelo casamento civil.⁹³

⁸⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 69p.

⁹⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 47p.

⁹²DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 48p.

⁹³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 66p.

Nesse sentido, o julgamento do Supremo Tribunal Federal, conforme informativo 625 de publicação em 11 de maio de 2011, ao julgar procedente duas ações constitucionais, reconheceram os ministros a união estável entre pessoas do mesmo sexo, afastando óbice até então encontrado no artigo 1723 do Código Civil.

A procedência das ações constitucionais, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, tiveram por base princípios da proibição da discriminação dos sexos, bem como direito a isonomia existente entre homens e mulheres.

Asseverou o Ministro Ayres Britto a existência de direito fundamental do indivíduo de escolha da sua preferência sexual, inexistindo proibição em nosso ordenamento constitucional, quanto à união homossexual, opção protegida pelos princípios da dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea.

Ainda a isonomia entre casais homoafetivos e heteroafetivos somente ganharia plenitude, caso fossem assegurados os mesmos direitos subjetivos à formação da família com os idênticos requisitos previstos no artigo 1723 do Código Civil, como a continuidade, durabilidade e visibilidade.

O Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de guarda da Constituição valorizou os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, proibição da não discriminação e proteção as minorias.

Em recente julgamento do agravo de instrumento de nº 70039688452, pela 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, foi reconhecido o direito à sucessão homoafetiva, com reconhecimento de união estável, somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, referindo o incidente de inconstitucionalidade do órgão pleno do TJRS de nº 70029390374.⁹⁴

⁹⁴ Agravo de Instrumento nº 70039688452, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, presidente da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a unanimidade negaram provimento ao agravo. Julgado em 24/02/2011.

2.2 Das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e suas principais implicações: o companheiro como herdeiro da totalidade da herança;

Importante mencionar as inovações legislativas que advieram do reconhecimento pela Constituição Federal da União Estável como entidade familiar, pois antes o companheiro não era herdeiro, mas definido pelo instituto do concubinato.⁹⁵

A problemática residia no reconhecimento pelas vias ordinárias do estabelecimento da união estável para que, então, o companheiro supérstite pudesse requerer a abertura de inventário e sua nomeação como inventariante.⁹⁶

O Código Civil de 1916 estabelecia que a simples alegação de convivência sob o amparo da união estável não gerava direito a meação, bem como não autorizava a habilitação do companheiro sobrevivente.

Em fase anterior a lei 8.971/94 não havia base legal, para o deferimento dos direitos sucessórios dos companheiros, mas a jurisprudência adotava parâmetros do instituto do concubinato puro, recebendo o sobrevivente percentual sobre o patrimônio deixado, sob a condição de compatibilidade com o esforço, a teor da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.⁹⁷

Outrossim, a antiga concubina, hoje companheira, encontrava seu direito apenas nas normas de dissolução da sociedade de fato, com ônus de provar sua participação na construção do patrimônio, seja pela prestação de serviços domésticos, a fim de justificar a partilha dos bens adquiridos pelo esforço conjunto.⁹⁸

Assim, surgiram leis 8.971 e 9.278 prevendo o direito dos companheiros aos alimentos, sucessão e conversão da união estável em casamento.⁹⁹

⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.198p.

⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. 198p.

⁹⁷ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 17.

⁹⁸ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 18.

⁹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, 198p.

A lei 8971/94 objetivava regular direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, entretanto devido à má redação da referida norma,¹⁰⁰ não atingiu a originalidade esperada.

No tocante à meação, verifica-se o que é estabelecido pelo regime da comunhão parcial, desde que inexistente contrato dispondo o contrário, a teor do dispositivo anterior ao Código Civil vigente, a lei 8971/94, em seu artigo 3º, dispunha sobre o direito a metade da herança do convivente, quando o patrimônio derivasse de atividade com colaboração de ambos.¹⁰¹

A lei 8.971/94, nos artigos 1º e 2º inseriu os companheiros na ordem da vocação hereditária, ao referir o direito a herança daqueles que vivessem comprovadamente juntos, não se presumia colaboração para adquirir o patrimônio, mais de cinco anos, sem impedimentos matrimoniais, solteiro, separado, divorciado, como se casados fossem.¹⁰²

Todavia, a lei 8.971/94 excluiu do seu rol os separados de fato, sem contemplá-los a alimentos e efeitos sucessórios e fixou como relacionamentos estáveis aqueles há mais de cinco anos ou que tivessem prole, como forma de purificação da relação.¹⁰³

Há também entendimento de que o artigo 2º, da Lei 8.971/94, equiparou os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, visto a regulamentação da norma constitucional programática, artigo 226 da Constituição Federal.¹⁰⁴

O artigo 2º da Lei 8.971/94 previa o direito de usufruto da quarta parte dos bens do falecido, quando houvesse filhos comuns, já sem filhos comuns e com ascendentes do *de cujus* vivo, teria usufruto da metade dos bens, ao fim

¹⁰⁰ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 16.

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.199p.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 149p.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 169p.

¹⁰⁴ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 11.

sem ascendentes do convivente morto o companheiro teria direito a totalidade da herança.¹⁰⁵

Dessa maneira a Lei 8.971/94 assegurou na falta de ascendentes e descendentes do companheiro falecido, o direito ao usufruto da totalidade da herança, bem como sua inclusão como herdeiro legal, legítimo, na ordem da vocação hereditária.¹⁰⁶

Já a lei 9.278/96, regulamentou o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, em menos de 2 anos depois da 8.971/94: previa o direito real de habitação do companheiro sobrevivente ao imóvel destinado à residência da família, desde que não constituísse nova união estável e casamento.¹⁰⁷

Em contrapartida, a lei 9.278/96 não determinou tempo para regular constituição de uma união estável, incluiu os separados de fato como companheiros e determinou a competência das varas de família que versassem sobre aspectos relativos as uniões, reconheceu o direito real de habitação, gerou a presunção *juris et de jure* de esforço comum dos bens adquiridos na constância da união.¹⁰⁸

Após o advento das leis 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a ter tratamento igualitário em matéria de direito das sucessões como sucessores na propriedade, titulares do direito real de habitação e de usufruto legal.¹⁰⁹

Com relação aos bens adquiridos em decorrência do esforço comum do casal unido estavelmente, o artigo 3º da Lei 8.971/94 previa o direito a metade da herança, sem estabelecer qualquer concorrência com demais parentes.¹¹⁰

¹⁰⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 149p.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 169p.

¹⁰⁷ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 16.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 170-171p.

¹⁰⁹ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 12.

¹¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 149p.

Após adveio segunda legislação esparsa prevendo o companheiro como meeiro independentemente do tempo estabelecido de união e da existência de prole.¹¹¹

Ambas as leis, 8.971/94 e 9.278/96 continuam sendo aplicadas, em caso de óbito do companheiro anterior a data de 11 de janeiro de 2003, ou seja, antes da entrada em vigor do Código Civil.¹¹²

Ademais, a lei 9.278/96 estabeleceu o direito de usufruto vitalício do imóvel familiar ao companheiro sobrevivente desde que não constitua nenhuma nova união.¹¹³

Todavia, o Código Civil no artigo 1831¹¹⁴, previu o direito real de habitação somente ao cônjuge, em nada vedando ou mesmo englobando o companheiro, contudo há que defenda a extensão do diploma legal aos conviventes.¹¹⁵

Ainda, o artigo 2º, inciso III, da lei 9.278/96, equiparou o companheiro ao cônjuge na ordem da vocação hereditária, antes estabelecida no Código Civil de 1916 no artigo 1.603.¹¹⁶

Desse modo, conforme a previsão inexistindo descendentes e ascendentes restariam aos companheiros sobreviventes, a totalidade a herança, com a exclusão dos colaterais e o Estado.¹¹⁷

Também incluída pela lei 9.278/96 o direito real de habitação àqueles que vivessem sob o manto da união estável, desde que não constituíssem nova união.¹¹⁸

¹¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 150p.

¹¹² VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 161p.

¹¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 151p.

¹¹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1831: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

¹¹⁵ VELOSO, ZENO. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 163p.

¹¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 151p.

¹¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 152p.

Sob o amparo da lei 9.278/96 o companheiro cumulava o direito real de habitação e usufruto, enquanto o cônjuge teria um ou outro, não podendo somá-lo tudo dependendo do regime de bens matrimonial.¹¹⁹

O atual Código Civil previu o direito real de habitação tão somente aos cônjuges, esquecendo-se da regra prevista na então lei 9.278/96, a qual estendia o direito aos companheiros.¹²⁰

Todavia, indaga-se sobre a revogação tácita ou não das leis 8.971/94 e 9.278/96, na medida em que o Código Civil não estabeleceu a revogação expressa.¹²¹

Por ausência do dispositivo legal referente ao direito real de habitação equivalente tanto aos cônjuges como aos companheiros, tal disciplina contida no artigo 7º, da Lei 9.278/96, não pode ser considerada revogada, visto que contrariaria a própria igualdade constitucional das entidades familiares.¹²²

2.3 A Sucessão do Companheiro no Código Civil

O companheiro, embora com status constitucional conferido de entidade familiar pela união estável, consta no direito sucessório nas disposições gerais, optando erroneamente o legislador por afastá-lo do dispositivo da ordem da vocação hereditária.¹²³

Ignorando a previsão constitucional de equivalência da união estável ao casamento, o Código Civil excluiu o convivente do rol previsto no inciso I, do artigo 1829, do Código Civil¹²⁴.

¹¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 153p.

¹¹⁹ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.160p.

¹²⁰ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 16.

¹²¹ CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 16.

¹²² CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009, p. 16.

¹²³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 180p.

¹²⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1829: “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);

O Código Civil nas disposições gerais, mais precisamente no artigo 1790 estabelece a sucessão do companheiro, ao invés de colocá-lo na ordem da vocação hereditária, e trouxe dúvidas e incertezas, conforme será exposto.¹²⁵

O companheiro, com a nova lei, participa da divisão da herança, concorrendo com os descendentes, ascendentes ou colaterais, sem ser incluído entre os herdeiros necessários, diferenciando-se do cônjuge tanto na ordem do chamamento como na distribuição de valores.¹²⁶

Inúmeras críticas advieram ao projeto do Código Civil, e as emendas do Senado Federal, as quais não fizeram relação aos efeitos jurídicos da união estável, embora coloquem na primeira classe de preferência a suceder o convivente, quando ausentes descendentes e ascendentes, estão em via contrária à previsão constitucional e evolução doutrinária e jurisprudencial.¹²⁷

Aos poucos a legislação, em decorrência da lei do divórcio passou a amenizar a relação concubinária tida por não adulterina, o que pode ser constatado pela edição da súmula 35 do STF, em que o concubino passou a receber a indenização decorrente da morte em acidente do trabalho e transporte. Ainda, a concessão de benefícios previdenciários e a adição do sobrenome daquele no qual convivia.¹²⁸

Ainda, disciplinou em artigo próprio a sucessão do companheiro no artigo 1790 do Código Civil¹²⁹, tão somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”;

¹²⁵ VELOSO, Zenó. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 166p.

¹²⁶ DA COSTA, Maria Aracy Menezes. O Direito das Sucessões no Novo Código Civil. **Revista da Ajuris: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.**, Porto Alegre, 2002. V.88, t.1, p. 261-275, p 262.

¹²⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 180p.

¹²⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 176p.

¹²⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1790: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes

Colocou o convivente como herdeiro, de forma diferenciada, quando possui filhos em comum na relação e filhos somente do *de cujus*.

Fez previsão de que ao concorrer o companheiro com outros parentes sucessíveis, terá o direito a um terço da herança, e herdando a totalidade do patrimônio, quando inexistentes demais parentes vivos.

Portanto, os companheiros não foram colocados no artigo da ordem da vocação hereditária, não integram a categoria de herdeiros necessários, contudo podem concorrer com os descendentes, ascendentes e colaterais.¹³⁰

Ainda, os companheiros sequer foram elencados no artigo 1845 do Código Civil, o qual é *numerus clausus*, mas situados no artigo 1790, em último lugar, após os colaterais.¹³¹

Apesar da despreocupação do legislador em colocar o companheiro como herdeiro necessário, como a exemplo do cônjuge, no artigo 1850 do Código Civil¹³² deixou de mencionar a exclusão do convivente sobrevivente, quanto aos bens deixados aos herdeiros facultativos.¹³³

Paulo Nader afirma que a concorrência dos companheiros com os descendentes e ascendentes não os coloca em posição de legitimários, visto a ausência de previsão do companheiro no artigo 1824 do Código Civil, que exclui a concorrência do convivente com os descendentes e ascendentes, caso o falecido deixasse, em testamento, todos os bens para estes, fato que impediria a concorrência sucessória com o companheiro.¹³⁴

Contudo, para o companheiro ter direitos sucessórios foi imposta a existência do relacionamento estável no momento da morte, o que não ocorre no casamento, já que o cônjuge poderá suceder mesmo em processo de desconstituição do matrimônio, ao longo do processo de separação judicial,

sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

¹³⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 215p.

¹³¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 215p.

¹³² BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1850: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

¹³³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 162p.

¹³⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 216p.

de fato ou divórcio, diferentemente do companheiro que será privado do direito sucessório, sem qualquer relação com a ação de reconhecimento de união estável ou dissolução, bastando para tanto o rompimento da relação.¹³⁵

No entanto, a afirmação acima, somente poderá ter seus reflexos analisados na prática cotidiana, sendo, agora, facilitadas as ações de divórcio, pela emenda constitucional nº 66/2010, inclusive por via cartorária, ressalvada a existência de prole incapaz do casal (ou testamento), quando necessária definição de guarda, regime de visitação e fixação de alimentos judicialmente.

A justificativa apresentada para a inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários está na substituição do regime oficial de bens da comunhão universal para a comunhão parcial, assim como forma de compensação ao cônjuge supérstite, que antes fazia jus à metade da totalidade do patrimônio, para agora, receber metade dos bens adquiridos na constância do casamento.¹³⁶

O regime da comunhão universal foi editado pelo decreto 181 de 1890, em seu artigo 57, redigido por Antônio Coelho Rodrigues e no Código Civil de 1916, no artigo 258, na medida em que o cônjuge sobrevivente, na maioria dos casos, era meeiro, até o advento da lei 6.515/77, artigo 50 estabeleceu o regime da comunhão parcial.¹³⁷

A parcela herdada pelo convivente será a adquirida onerosamente na constância da união, não importando o regime da comunhão parcial ou de outra previsão contratual e ainda, poderá ser meeiro de um bem adquirido eventualmente, porém não herdeiro.¹³⁸

¹³⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 181p.

¹³⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 216p.

¹³⁷ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 18p.

¹³⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 182p.

3. Das Diferenças entre Cônjuges e Companheiros.

3.1 O Cônjuge como herdeiro sem ser casado sob o regime da comunhão universal ou comunhão parcial se não deixou bens particulares e na separação obrigatória de bens

Nosso direito imprimiu significativa mudança com relação à vocação dos descendentes sem fazer distinções entre os filhos do casamento e de relações sem laços matrimoniais, entretanto diferenciou as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável.¹³⁹

Foram das Ordenações Filipinas que o Código Civil de 2002 adotou muitos aspectos, entre eles dispositivo referente ao caso de o falecido não deixar parentes até o décimo grau da linha colateral, seria chamado o cônjuge sobrevivente.¹⁴⁰

E mais decorreu da Lei Feliciano Pena, a possibilidade do cônjuge passar a ser chamado, preferindo os colaterais, porém em terceiro lugar.¹⁴¹

Desta forma, no código civil de 1916, artigo 1.606, inciso III, o cônjuge ocupava o terceiro lugar, na vocação, sendo chamado após os descendentes e ascendentes, mas não era herdeiro necessário como no atual Código Civil.¹⁴²

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 em seus artigos 1603 e 1.611 previu que na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge, desde que não desquitado, pela lei do divórcio, desde que não dissolvida a sociedade conjugal, era herdeiro.¹⁴³

E mais, o Código Civil de 1916 também fixou regramento para o caso de não sobreviver o cônjuge, neste caso, a herança seria transmitida aos colaterais até 6º grau, artigo 1.612. Ocorre que vários decretos advieram para transmitir a herança aos colaterais de 2º grau, irmãos, 3º grau, tios e

¹³⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 162p.

¹⁴⁰ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 17p.

¹⁴¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 162p.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 62p.

¹⁴³ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 19p.

sobrinhos, para que então restasse até 4º grau, tio-avô, sobrinho-neto e primos.¹⁴⁴

Francisco Cahali entende que o legislador foi falho na sua técnica prevendo a concorrência do cônjuge com os demais herdeiros, descendentes e ascendentes, tumultuando a sucessão com outros elementos como a existência de bens particulares, separação de fato por culpa do falecido, existência de filhos comuns ou exclusivos, quinhão apenas sobre o patrimônio adquirido após a união, são os exemplos.¹⁴⁵

Dessa maneira, o cônjuge no Código Civil de 1916 era herdeiro facultativo, já que não integrava o rol de herdeiros necessários e como tal poderia ser excluído da sucessão.¹⁴⁶

Implica observar que como herdeiro facultativo, o cônjuge a critério do *de cuius* poderia ser privado da herança, bastando que deixasse em testamento a integralidade do patrimônio.¹⁴⁷

Atualmente, o cônjuge no artigo 1.829, inciso I, concorre com os descendentes a depender do regime de bens, caso seja o da comunhão parcial com bens particulares, participação final dos aquestos e separação convencional será herdeiro, neste último regime sob a interpretação do artigo 1.687 do Código Civil.¹⁴⁸

Desse modo, o cônjuge não será herdeiro em concorrência com o descendente, quando casado sob o regime da comunhão universal e separação obrigatória, artigo 1.641 do Código Civil, cominando o legislador um ônus para os que escolhessem os referidos regimes matrimoniais.

Entretanto, foi com a Lei do Divórcio, 6.515/77, que o cônjuge passou a concorrer junto com o filho adulterino do autor da herança, desde que não

¹⁴⁴ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 19p.

¹⁴⁵ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 161p.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 62p.

¹⁴⁷ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 163p.

¹⁴⁸ VELOSO, ZENO. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 70p.

existissem irmãos e o regime do casamento fosse o da separação, bem como ausente testamento.¹⁴⁹

A regra prevista na lei 883/1949 direcionava-se a proteção do filho, excluído da sucessão, embora privilegia-se o cônjuge em relação aos demais parentes em linha reta, afastados do recebimento da herança, em decorrência da existência da prole, contudo limitando o direito do cônjuge a metade do acervo deixado pelo falecido.¹⁵⁰

Atualmente, pelo atual Código Civil, o cônjuge continua a ocupar o terceiro lugar, com a diferença de ter sido elencado como herdeiro necessário o que implicará na possibilidade de o autor da herança dispor de apenas metade do patrimônio e na ausência de descendentes e ascendentes herdará a totalidade.¹⁵¹

Anteriormente, a Lei Feliciano Pena prevalecia o chamamento dos colaterais até o décimo grau, assim o cônjuge somente seria chamado em hipóteses remotas e era considerada inútil sua colocação entre aqueles previstos na ordem da vocação hereditária.¹⁵²

Ressalta-se que a jurisprudência não aceita como herdeiro necessário o cônjuge que vivia amparado pelo regime da separação convencional, pacto antenupcial.¹⁵³

A resistência por parte da jurisprudência em aceitarem o cônjuge como herdeiro necessário, quando casado sob o regime da separação convencional está justamente no ato de vontade dos nubentes em não comunicarem seu patrimônio na constância da união.

O Código Civil de 1916 não estabelecia distinções no tocante ao regime de bens do casamento para recebimento da herança, apenas, levava-se em consideração tal instituto na condição de consorte no processo de inventário, visto que se fosse afastado da sucessão pela existência de herdeiros de

¹⁴⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 162p.

¹⁵⁰ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 162p.

¹⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 62p.

¹⁵² CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 161p.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 62p.

classes preferenciais, exerceria o direito real de habitação ou o direito de usufruto vidual, desde que preenchidos seus respectivos requisitos.¹⁵⁴

Assim, a fim de conferir uma maior proteção aos viúvos casados sobreveio o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, acrescentando dois parágrafos ao artigo 1.611 prevendo a sucessão do cônjuge com usufruto e o direito real de habitação,¹⁵⁵ com a ressalva, do regime matrimonial da comunhão parcial para enquanto viúvo, usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, com filhos deste ou do casal e metade, sem filhos, mas com ascendentes vivos do de cujus, artigo 1.611, § 1º do Código Civil de 1916.¹⁵⁶

Já com relação ao direito real de habitação eram necessários dois requisitos: o regime da comunhão universal e um único imóvel residencial.¹⁵⁷

Desta forma, o cônjuge na legislação anterior era convocado a sucessão, quando inexistentes herdeiros em linha reta, descendentes e ascendentes, bem como se não estivesse dissolvida a sociedade conjugal, a qual dependia de trânsito em julgado para excluir os casados civilmente.¹⁵⁸

Entretanto, caso ainda não haja coisa julgada no processo de separação ou divórcio direto, subsistia o direito a herança do cônjuge, exceto na separação de fato prolongada; já a anulação de casamento por declaração de putativo do matrimônio não exclui o cônjuge de boa-fé do direito a herança, salvo se considerado de má-fé.¹⁵⁹

Esgotadas todas as classes descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, eram chamados os colaterais, para então, na ausência de parentes sucessível destinar o acervo patrimonial ao poder público.¹⁶⁰

Ocorre que, na época a doutrina e a jurisprudência mantinham o direito sucessório recíproco entre os cônjuges, inclusive, se estivessem separados

¹⁵⁴ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 163p.

¹⁵⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 21p.

¹⁵⁶ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 21p.

¹⁵⁷ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 22p.

¹⁵⁸ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 163p.

¹⁵⁹ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 174p.

¹⁶⁰ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 23p.

de fato, o que era inadmissível pela redação das leis protecionistas da união estável, com ressalva do divórcio e separação judicial.¹⁶¹

O Código Civil de 2002 evoluiu, no sentido de determinar a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes.¹⁶²

A determinação do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário pelo Código Civil estipulou o casado como herdeiro também privilegiado, na medida em que concorre com os descendentes e ascendentes do autor da herança, bastando para habilitar-se ao inventário a apresentação da certidão de registro de casamento, artigo 1.543 do Código Civil.¹⁶³

O cônjuge é denominado herdeiro privilegiado, pois de acordo com os artigos 1.845, 1789 e 1846, todos do Código Civil, há reserva de metade dos bens da herança que constituem a legítima, quando existentes descendentes, ascendentes e cônjuge, devido regra que na existência de herdeiros necessários o testador só pode dispor de metade do seu patrimônio.¹⁶⁴

Zeno Veloso entende não haver contradição entre os argumentos apresentados, por alguns juristas, sobre o privilégio do cônjuge sobrevivente, em aspectos sucessórios, numa época, marcada pelo favorecimento de desenlaces matrimoniais, com a facilitação do divórcio, já que na data da morte permaneciam vivendo juntos, com a superação de todos os obstáculos cotidianos.¹⁶⁵

Maria Helena Diniz aponta a problemática do artigo 1.831 do Código Civil¹⁶⁶ referente ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente separado há menos de dois anos, com prova de que a separação decorreu não por sua

¹⁶¹ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 163p.

¹⁶² VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 23p.

¹⁶³ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 32p.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23. Ed São Paulo: Saraiva, 2009.125p.

¹⁶⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 33p.

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1831: “Somente é reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

culpa, mas do falecido, já sem possibilidade de ser ouvido, como também pela possibilidade de ter constituído uma nova união estável.¹⁶⁷

Outro aspecto a ser observado é a concorrência do cônjuge com os descendentes a depender do regime de bens do casamento, o que concorrerá desde que não casado sob o regime da comunhão universal e separação obrigatória.

Ressalta-se que no antigo Código Civil havia a imutabilidade do regime de bens, hoje não mais existente, uma vez que a teor do artigo 1.639, § 2º é admissível, desde que concordes os cônjuges quanto a alteração do regime de bens, apuradas as razões e ressaltados os direitos de terceiro.¹⁶⁸

Desse modo, é o regime de bens estabelecido no casamento, como a comunhão parcial com bens particulares, participação final dos aquestos e separação convencional, o qual determina a concorrência do cônjuge com os descendentes.

Agora, se o regime estabelecido foi o da comunhão parcial, verificada a existência de bens particulares, o cônjuge concorrerá com os descendentes tão somente com relação a tal acervo, pois quanto aos bens adquiridos na constância do casamento já é meeiro, seguindo-se o princípio de que o cônjuge meeiro não é herdeiro.¹⁶⁹

Entretanto, ainda há quem defenda acerca da possibilidade de herdar o cônjuge, casado sobre o regime da comunhão universal, quando somente existentes bens particulares do falecido, gravados por incomunicabilidade em testamento ou doação.¹⁷⁰

A concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança a depender do regime de bens, comunhão parcial condicionada a verificação de bens particulares, participação final dos aquestos e separação convencional faz indagar se herda então, com relação a todos os bens ou somente os particulares.

¹⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 121p.

¹⁶⁸ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 41p.

¹⁶⁹ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 42p.

¹⁷⁰ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 169p.

Maria Helena Diniz defende que os cônjuge, quando casados sob o regime matrimonial, estabelecido no artigo 1829, inciso I, com direito a herança, herdam todo o acervo e não somente os bens particulares, visto que a herança é indivisível e um todo unitário, artigo 1.791, caput e parágrafo único.¹⁷¹

Para evitar a denominada traição entre aqueles que se casam sob o amparo do regime da separação convencional de bens acreditando que a incomunicabilidade valerá na sucessão, em alguns casos vem se adotando os pactos antenupciais ou contratos pós nupciais com cláusulas de que não haverá sucessão entre os futuros cônjuges, porém nulo, em virtude de contrariar disposição absoluta da lei 1.655 do Código Civil.¹⁷²

Na medida cautelar nº14.509/SP de relatoria da ministra Nancy Andrighi, integrante da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça expõe-se que a diferença adotada, entre os regimes da comunhão parcial no casamento e na união estável, para efeitos sucessórios, leva a conclusão de que neste caso de análise do 1.790 e 1.829, I, ambos do Código Civil é mais vantajoso não se casar.

Há a problemática referente à verificação da caracterização de bens particulares ou não no inventário, o que reclamaria dilação probatória remetidas as via ordinárias, excluída no caso se houver comprovação documental pelo registro de imóveis sem invocação de sub-rogação de bens, resolvendo-se a discussão ainda no processo de inventário.¹⁷³

Desse modo, apesar da regra discriminatória com relação aos conviventes no artigo 1790, caput, inciso I, do Código Civil, este herdará quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, concorrendo com filhos comuns, a quota equivalente, além é claro da sua resguardada meação.¹⁷⁴

¹⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 126p.

¹⁷² VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 74p.

¹⁷³ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 170p.

¹⁷⁴ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 43p.

No julgamento do agravo de instrumento nº 70040781395 de relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, integrante da Oitava Câmara Cível Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, negado provimento ao recurso, afastando a convivente da sucessão do companheiro falecido, quanto aos bens particulares, privilegiada a igualdade material, visto que os institutos da união estável e o casamento são diferentes, tanto é que foi privilegiada a sua conversão, bem como o Código Civil estabeleceu tratamentos diferenciados em âmbito sucessório para ambos.¹⁷⁵

Já o enunciado nº 270 do Conselho de Justiça Federal da III Jornada de Direito Civil estabeleceu que o artigo 1.829, inciso I, assegura o direito de concorrência com os descendentes aos cônjuges sobreviventes casados sob o regime da separação convencional de bens, comunhão parcial ou participação final nos aquestos, se o falecido possuísse bens particulares, cabendo a herança quanto a estes, portanto a meação restaria aos descendentes.

Francisco Cahali sustenta ser a intenção do legislador quanto à previsão de concorrência do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial e separação convencional com bens particulares reservar parte dos bens aos quais não teria meação.¹⁷⁶

Em julgado do recurso especial de nº 992749 de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, entende ela que o regime da separação obrigatória contemplaria duas espécies, o da separação legal e o da separação convencional, apesar de inúmeros posicionamentos contrários de que esses regimes são diferenciados, razão pela qual o cônjuge casado no regime da separação convencional não concorreria com os descendentes.¹⁷⁷

Quanto ao regime de bens da separação convencional esta pode ser absoluta ou relativa, a primeira estabelece a incomunicabilidade total dos bens, frutos e rendimentos, antes e depois do matrimônio, enquanto a outra,

¹⁷⁵ Agravo de Instrumento nº 70040781395 da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgado em 24/02/2011. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

¹⁷⁶ CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 168p.

¹⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº992749, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

somente torna comunicáveis os bens presentes, comunicando-se frutos e rendimentos.¹⁷⁸

É da inteligência do artigo 1.832 do Código Civil a disciplina com respeito do quinhão ao cônjuge igualitário, aos que sucederem por cabeça, não sendo inferior a quarta parte da herança, caso seja ascendente dos herdeiros.¹⁷⁹

A norma do artigo 1.832 do Código Civil¹⁸⁰ passa a repercutir no direito sucessório pela existência de filhos comuns no casamento. Desta forma, o cônjuge sobrevivente se for ascendente de qualquer herdeiro, não importando o grau, participará por cabeça, com limite mínimo de ¼ da herança, incluídos os de linhagem exclusiva do falecido, com a chamada filiação híbrida, no entender de muitos juristas.¹⁸¹

Apesar de resguardo do cônjuge no tocante ao limite mínimo de ¼, tal dispositivo não foi repetido na sucessão dos companheiros no artigo 1790, conforme analisado a seguir.

Ainda, nada estipulou o legislador, no tocante ao reconhecimento da filiação socioafetiva ou por afinidade, se é reconhecido o direito do herdeiro nesses casos em concorrência com o cônjuge sobrevivente, portanto restando a tarefa a jurisprudência com sensibilidade atribuindo a investigação da paternidade socioafetiva, questão muito controvertida.¹⁸²

O artigo 1.829, inciso II, do Código Civil estabelece a sucessão do cônjuge em concorrência com os ascendentes, sem qualquer ressalva ao regime de bens adotado no casamento e também, com ressalva de que se concorrer com pai e mãe do falecido o tocará 1/3 da herança.¹⁸³

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 127p.

¹⁷⁹ CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 170p.

¹⁸⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. 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”.

¹⁸¹ CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 171p.

¹⁸² VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. Saraiva: São Paulo, 2010. 86p.

¹⁸³ CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 172p.

Caso o cônjuge concorra somente com o pai ou a mãe, restará com metade do acervo, sendo a outra metade destinada ao ascendente do autor da herança, assim como quando houver ascendentes remotos, avós e bisavós, através da partilha em linha.¹⁸⁴

Ainda, ausentes descendentes e ascendentes a totalidade da herança restará ao cônjuge, salvo liberalidade do de *cujus* em testamento de metade da herança.¹⁸⁵

3.2. O Companheiro Herdeiro

A sucessão dos companheiros foi de colocada de forma discriminatória na parte das disposições gerais do direito sucessório, sem qualquer menção no artigo 1.829 do Código Civil.

Assim, foram estabelecidas regras diferenciadas para aqueles que casam e os que vivem em união estável.

Contudo, em matéria de sucessão a lei 8.971/94, conferia ao companheiro direito hereditário similar ao cônjuge, mas em alguns aspectos o convivente era até mais beneficiado que os casados.¹⁸⁶

Desta forma, é o artigo 1.790 do Código Civil que disciplina a sucessão do companheiro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, apesar de ignorado no artigo 1.845 do Código Civil¹⁸⁷ também considera-se que foi elevado a condição de herdeiro necessário, quando concorre com os descendentes, portanto não há como afastá-lo através de contrato de convivência, pacto sucessório, visto que figuraria como herança de pessoa viva, proibido em nosso ordenamento.¹⁸⁸

Para Maria Helena Diniz o companheiro não é herdeiro necessário, tanto é que não constou no artigo 1.845, tampouco tem direito a legítima,

¹⁸⁴ CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 172p.

¹⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 88p.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 117p.

¹⁸⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1.845: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge".

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 183p.

porém participa da sucessão como herdeiro regular, pois não foi contemplado na ordem da vocação hereditária.¹⁸⁹

Cumprе esclarecer que no instituto da união estável sempre há a concorrência com os descendentes, enquanto no casamento está a depender do regime de bens estipulado.¹⁹⁰

O atual Código Civil não manteve para o companheiro o direito real de habitação, privilégio concedido pela lei 9.278/96, reservado pela legislação ao cônjuge quanto ao imóvel que servia para residência da família e único a inventariar.¹⁹¹

O convivente, a teor do artigo 1.790, inciso IV, do Código Civil, somente herdará com exclusividade, sem nenhum parente sucessível, descendentes, ascendentes ou colaterais, mas apesar das diferenças existentes entre cônjuges e companheiros nenhum tem direito ao usufruto da parte da herança e quanto ao direito real de habitação o Código Civil contemplou apenas o cônjuge.¹⁹²

Zeno Veloso entende que o direito ao companheiro a totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, leia-se descendentes, ascendentes, colaterais até quarto grau, herdará o companheiro não somente os bens adquiridos onerosamente na constância da união, mas todo o acervo.¹⁹³

Em posicionamento contrário Silvio Rodrigues defende que o caput do artigo 1.790 estabelece a sucessão do companheiro apenas com relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sem qualquer ressalva, pois não cabe aos operadores do direito legislar, salvo em caso de

¹⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 147p.

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 183p.

¹⁹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v6: direito das sucessões**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 101p.

¹⁹² DA COSTA, Maria Aracy Menezes. O Direito das Sucessões no Novo Código Civil. **Revista da Ajuris: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.**, Porto Alegre, 2002. V.88, t.1, p. 261-275, p 271.

¹⁹³ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 183p.

erros grosseiros, sendo, portanto, os incisos do referido dispositivo, complementos do estabelecido no caput.¹⁹⁴

Apesar de constar no artigo 1790, inciso I, a palavra filho ao invés de descendentes, como no artigo 1829, inciso I, ressalva-se que deverá ser lido o filho como descendente, tendo em vista o que estipula o artigo 1790, inciso III, reservando somente um 1/3 ao companheiro.¹⁹⁵

No tocante ao estipulado no artigo 1790, incisos I, o companheiro herdará quanto a meação do seu convivente falecido, se concorrer com filhos comuns o que for atribuído a cada um deles, porém conforme inciso II, do artigo 1.790, concorrendo com filhos somente do falecido sobrarão a estes o dobro do que couber ao convivente.¹⁹⁶

Entretanto, o artigo 1.790 não faz menção no tocante a forma de sucessão ao existirem filhos comuns do casal e não, pela denominada filiação híbrida, porém há quem defenda a aplicabilidade do artigo 1790, inciso I, do Código Civil, já que não se prevê que os filhos devam ser comuns para concorrência do convivente com os descendentes.¹⁹⁷

Para Maria Helena Diniz o inciso I, do artigo 1.790, quando fala filho, estabelece também a concorrência do companheiro com outros descendentes comuns, e o inciso II, os descendentes seriam os filhos, netos ou bisnetos só do autor da herança.¹⁹⁸

A lei civilista também não fez qualquer previsão quanto a filiação híbrida na sucessão daqueles que eram casados, uma vez que concorrerão com os descendentes a depender do regime de bens.

Parcela da doutrina tem entendimento no seguinte sentido de que a sucessão do companheiro no caso da filiação híbrida seria como se só

¹⁹⁴ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.118p.

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 183p.

¹⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 183p.

¹⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 185p.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.147p.

houvesse filhos do autor da herança, com aplicabilidade do artigo 1.790, inciso II, do Código Civil.¹⁹⁹

Apesar de terem aparecido inúmeras propostas, para a sucessão do companheiro na filiação híbrida, nenhuma fórmula matemática harmonizava a questão.²⁰⁰

Solução que prevalece na sucessão do companheiro na filiação híbrida é a fórmula Tusa em que quanto mais forem os filhos comuns do companheiro, maior será sua participação.²⁰¹

Importante observar que nenhuma distinção no plano sucessório poderá realizar-se sobre os filhos, que deverão ter tratamento igualitário, a teor dos artigos 227, § 6º, da Constituição Federal, 1.596 a 1.629, todos do Código Civil.²⁰²

Convém lembrar que os incisos do artigo 1.790 devem ser lidos da mesma maneira que a ordem da vocação hereditária do artigo 1.829, em que os parentes mais próximos excluem os mais remotos.

Contudo, tem causado perplexidade em alguns doutrinadores o inciso III, do artigo 1729, ao fazer previsão da reserva de 1/3 ao companheiro em concorrência com os colaterais, aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Para Silvio Rodrigues o inciso III, do artigo 1729 colocou o companheiro em posição acanhada e bisonha sem qualquer justificativa na sucessão daquele com quem formou uma família digna de reconhecimento e apreço tanto quanto no casamento.²⁰³

O próprio artigo 1.829 do Código Civil ao tratar da ordem da vocação hereditária colocou o cônjuge em posição anterior ao chamamento dos colaterais, independentemente da averiguação de qualquer regime de bens.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 185p.

²⁰⁰ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 177p.

²⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 185p.

²⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.148p.

²⁰³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 119p.

Entretanto, o privilégio conferido ao cônjuge não foi estendido aos companheiros, que terão que partilhar com os ascendentes e colaterais até quarto grau a outra metade do patrimônio que, muitas vezes, ajudaram a adquirir.

Como bem lembrado por Maria Helena Diniz, na união estável pelo princípio da liberdade, o patrimônio dos conviventes é regido pelo regime da comunhão parcial, salvo convenção escrita.²⁰⁴

Desta forma, o companheiro é meeiro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, concorrendo à outra metade com os parentes do falecido estabelecidos nos incisos do artigo 1790.

Portanto, existindo bens do companheiro falecido como heranças, doações, patrimônio a título gratuito, o convivente sobrevivente é excluído do direito a herança nesses casos, restando a concorrência dentre os herdeiros previstos no artigo 1.829 do Código Civil.

Ainda, na falta de parentes sucessíveis ou todos renunciaram a herança esta será atribuída ao Município, Distrito Federal ou a União, a teor do estabelecido no artigo 1.844 do Código Civil.

Como já citado, não posição unânime entre os doutrinadores no inciso IV, do artigo 1790, na falta de outros parentes o companheiro sobrevivente não herdar a totalidade da herança, como os bens adquiridos onerosamente na vigência da união e os a título gratuito.

Portanto, caso o companheiro não reste herdeiro da totalidade dos bens, mas somente dos adquiridos a título oneroso a herança seria arrecada pelo órgão público, após declará-la vacante nos termos dos artigos 1.819 a 1823, todos do Código Civil.

Relembre-se que no direito sucessório brasileiro já estava pacificado que na falta de parentes em linha reta do falecido eram afastados os colaterais e o Estado, portanto o companheiro devia ser herdeiro.²⁰⁵

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões** v.6. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 149p.

²⁰⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 179p.

3.3 Da Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e argumentos.

Discute-se acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o qual determinou a sucessão do companheiro de forma diferenciada do cônjuge, apesar do reconhecimento da espécie, união estável, do gênero entidade familiar.

A própria Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento da união estável, estabelece que todas as leis posteriores que regulamentarem a matéria não podem contrariar os preceitos constitucionais sob pena de serem inconstitucionais.²⁰⁶

Assim, as leis 8.971/94 e 9.278/96 representaram o esforço dos legisladores em manterem a matéria dos direitos dos conviventes nos parâmetros constitucionais.

Dessa maneira, Eduardo Oliveira Leite afirma que o artigo 1.790 do Código Civil foi inserido dentro das disposições gerais a fim de representar o que já se encontrava nas leis 8.971/94 e 9.278/96.²⁰⁷

O principal argumento defendido pelos juristas e doutrinadores que entendem pela constitucionalidade da sucessão do companheiro estabelecida no Código Civil está no casamento ser diferente da união estável, tanto é que o legislador previu sua conversão em casamento.

O Código Civil de 2002 não retrocedeu na visão dos favoráveis a constitucionalidade do artigo 1.790, pois a intenção do constituinte não era igualar os institutos do casamento e da união estável, mas facilitar a sua conversão em casamento.²⁰⁸

Há posição referente de que se o casamento e a união estável fossem iguais seria desnecessária a previsão do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal prevendo a sua conversão em casamento.

Logo, os doutrinadores favoráveis à constitucionalidade do artigo 1.790, entendem pelo seu cumprimento, já que o diploma legal passou por regular

²⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 50p.

²⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 51p.

²⁰⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 51p.

tramitação legislativa, sem qualquer vício, irregularidade, devendo os companheiros, caso sintam-se prejudicados, providenciaram a conversão da união estável em casamento ou fazerem uma deixa testamentária.

Em julgamento do agravo de instrumento de nº 70024063547, de relatoria do Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, vencido, na medida em que provido o recurso, em matéria discutível, acerca da concorrência dos colaterais com o companheiro da viúva, defendeu a desigualdade existente no artigo 1.790, inciso III, do Código Civil em comparação ao cônjuge.

Nesse sentido, em voto o desembargador Ricardo Raupp Ruschel entende que o artigo 1.829 do Código Civil privilegiou o cônjuge, em detrimento dos que vivem sob o amparo da união estável, veja-se pelo próprio local, em que foi disposto o artigo 1.790 do Código Civil, ferindo a igualdade entre as espécies de entidades familiares, o casamento e a união estável, consagrando um retrocesso social em face dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários tidos até bem pouco tempo acerca da união estável.

Em posicionamento contrário, o desembargador Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves entende pela constitucionalidade, mais precisamente do inciso III, do artigo 1.790, em que o companheiro herdará 1/3 junto com os colaterais do convivente morto, em razão do instituto da união estável ser diferente do casamento, tanto o é que o constituinte no artigo 226, § 3º, previu a sua facilitação em casamento, tendo o Código Civil, alterado outros diplomas, como no plano sucessório.

E mais, é possível visualizar a preferência da Constituição Federal pela família formalmente constituída.²⁰⁹

Desse modo, as relações matrimoniais prevalecem sobre as de união estável, pois não houve equiparação constitucional, portanto sem os privilégios outorgados aos cônjuges no plano sucessório, os companheiros foram colocados em franca desvantagem, com a proteção estatal apenas para fins de entidade familiar.²¹⁰

²⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 51p.

²¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v 6: direito das sucessões**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 154p.

Contudo, não pode o legislador interferir na forma de constituição e manifestação da família, tendo em vista que se trata de um processo social e a cada dia, mais são verificados inúmeros divórcios diretos, sem a necessidade da espera do antigo prazo da separação judicial, devido a idéia primordial ser a felicidade do casal com ou sem filhos e não a manutenção de um instituto basilar sem afeto, mantido, apenas, por um vínculo aparente.

É bem verdade que o conceito de família foi ampliado pelo Constituinte de 1988 para reconhecer como espécie de entidade familiar também a união estável, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, advém daí a preferência pelo legislador pelo matrimônio, todavia não se visualiza a imposição ao casamento.²¹¹

A Constituição Federal no artigo 97, juntamente com o artigo 481 do Código de Processo Civil, prevêem a reserva de plenário, para declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, assim necessária a reunião da maioria absoluta dos membros dos Tribunais dos Estados para tomada da decisão.²¹²

Feita observação, o órgão pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por maioria, sob o argumento de que a União estável não equivale ao casamento, assim como não é todo o cônjuge que será herdeiro. Entenderam a maioria dos desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a contrariedade com o artigo 1.725 do Código Civil²¹³ não leva a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que deve ser interpretado com base em outras normas que regulam a união estável.²¹⁴

Todavia, o Código Civil não está na parte da sucessão do companheiro imitando a vida, muito menos em consonância com a realidade social, quando determina que o convivente que adquiriu um patrimônio em comum com o

²¹¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 750p.

²¹² VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 190p.

²¹³ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 set.2011. Art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

²¹⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, incidente de inconstitucionalidade do Órgão Pleno de nº 70029390374.

falecido, com *animus* de constituição de família, protagonizando um projeto de vida, fique atrás dos herdeiros colaterais.²¹⁵

*“O próprio tempo se incumba de destruir a obra legislativa que não segue os ditames de seu tempo, que não obedece às indicações da história e da civilização”.*²¹⁶

O desembargador Leo Lima, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, votou pela procedência e verificou a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, ao diferenciar cônjuge de companheiro, apesar da previsão constitucional de reconhecimento da união estável como entidade familiar, bem como a desigualdade estabelecida ao prever a concorrência do convivente com os colaterais, ao contrário do preceito do artigo 1.829, inciso III, do Código Civil.²¹⁷

Entretanto, a desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza diverge do entendimento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, asseverando ter sido uma escolha do legislador e defende não haver igualdade entre a união estável e o casamento. Observou que o cônjuge apesar de elencado no rol de herdeiros necessários, assim como na ordem da vocação hereditária, dependerá do estabelecimento do regime matrimonial para ser ou não herdeiro. Já quanto ao estabelecimento de 1/3 ao companheiro dos bens adquiridos na constância da união, em concorrência com os colaterais, entende não haver qualquer contrariedade com o estipulado no artigo 1.725 do Código Civil, com interpretação aos demais preceitos da união estável podendo o dispositivo fazer *jus* as uniões estáveis com estabelecimento de outro regime, sem ser o da comunhão parcial.²¹⁸

Mas se a família é a base da sociedade, com proteção especial do Estado, e não há qualquer diferença entre as famílias de fato, informalmente formadas, e as de direito, regularmente constituídas pelos vínculos matrimoniais, há discrepância entre a posição sucessória do cônjuge

²¹⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 181p.

²¹⁶ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 181p.

²¹⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, incidente de inconstitucionalidade do Órgão Pleno de nº 70029390374.

²¹⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, incidente de inconstitucionalidade do Órgão Pleno de nº 70029390374.

supérstite e os companheiro, visto ferir o regramento constitucionais, assim como os sentimentos e as aspirações sociais.²¹⁹

Há quem defenda a desigualdade entre cônjuges e companheiros no plano sucessório como violação do princípio constitucional da proibição ou vedação ao retrocesso social, pois determinados direitos após serem obtidos, com determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo, ou seja, veda a reversibilidade dos direitos adquiridos.²²⁰

As desigualdades, no campo sucessório, entre cônjuges e companheiros pela violação aos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e o retrocesso social e prejuízo das leis 8.971/94 e 9278/96 melhorariam, em parte, com a aprovação do projeto de lei 276/2007, alterando a redação do artigo 1.790 do Código Civil.²²¹

O projeto de lei 276/2007 modificaria a redação do artigo 1.790 do Código Civil, retiraria a expressão *quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união* e colocaria o companheiro em concorrência com os descendentes do autor da herança, também a depender do regime de bens, como no caso do cônjuge.²²²

Prevê o projeto ainda, a concorrência do companheiro com o ascendente com uma quota equivalente a metade do que couber a cada um deles e na ausência de descendentes e ascendentes, o direito a totalidade da herança.²²³

Desse modo, verifica-se a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, na medida em que violado o princípio da igualdade, o qual determina o tratamento igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, fossem diferentes os institutos da união

²¹⁹ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 183p.

²²⁰ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 182p.

²²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 6: direito das sucessões**. 23. Ed São Paulo: Saraiva, 2009. 157p.

²²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 6: direito das sucessões**. 23. Ed São Paulo: Saraiva, 2009. 158p.

²²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 6: direito das sucessões**. 23. Ed São Paulo: Saraiva, 2009. 158p.

estável e o casamento, o próprio constituinte teria expressamente referido em seu texto o que não o fez.

Pedro Lenza menciona que as desigualdades foram expressamente legisladas na Constituição, mas a grande dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não geraria a inconstitucionalidade.²²⁴

Ante o exposto, a Constituição Federal tratando de forma igual espécies do gênero entidade familiar, fez o Código Civil não só de forma imprópria, o regramento da sucessão do companheiro, como eivada de inconstitucionalidade, violado o princípio da igualdade, como também da dignidade da pessoa humana.

²²⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 596p.

CONCLUSÃO

O Código Civil ao prever a sucessão do companheiro de forma diferenciada a do cônjuge afrontou a Constituição Federal, no tocante ao reconhecimento da União Estável como espécie do gênero entidade familiar.

Assim, violado o princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade, no artigo 1.790 do Código Civil, ao prever nas disposições gerais do direito sucessório, a sucessão do companheiro diferente do cônjuge, sem qualquer explicação.

Além disso, o legislador civilista pode até preferir o matrimônio, todavia não pode impor a todos que assim vivam, sob pena de perda dos direitos reconhecidos desde a Constituição Federal de 1988.

A sociedade avança no sentido das famílias serem formadas pelos laços do afeto, amor e carinho, não mais pelas convenções sociais.

O artigo 226, § 3º da Constituição Federal não só reconheceu a união estável como entidade familiar como também previu a facilitação para sua conversão em casamento, mas sem qualquer imposição legal.

Dessa forma, dizer que o casamento e a união estável são institutos diferentes e por assim ser, simplesmente, merece tratamento diferenciado, constitui verdadeiro retrocesso social, pela evolução legislativa que, reconhecidamente, amparava e concedida direitos sucessórios aos companheiros, como também uma negativa aos vínculos afetivos sem depender de qualquer formalização.

E mais, caso fosse da vontade do Constituinte discriminar a união estável em comparação com o casamento teria expressamente disposto a diferença no ordenamento constitucional, o que não o fez, na medida em que considerava as espécies casamento e união estável de forma igual.

Sequer tranquiliza o argumento de que o artigo 1.790 do Código Civil, por ter uma tramitação legislativa regular, não padeceria de qualquer vício, pois a violação aos princípios maiores previstos na Constituição Federal já representam uma violação insanável.

BIBLIOGRAFIA

- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.
- CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XI, nº 53, Abril/maio. São Paulo. p. 15-43, 2009.
- DA COSTA, Maria Aracy Menezes. O Direito das Sucessões no Novo Código Civil. **Revista da Ajuris: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.**, Porto Alegre, 2002. V.88, t.1, p. 261-275.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. Ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** v. 6: direito das sucessões. 23. Ed São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. V.5. Direito de família e sucessões. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v6: direito das sucessões. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Vol.6. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. V 7. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.