

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO**

**ANDRESSA TAVARES SANTOS**

**UMA REFLEXÃO SOBRE A NEGATIVA DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO  
NECESSÁRIO AO CONVIVENTE, À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

Recife  
2010

**ANDRESSA TAVARES SANTOS**

**UMA REFLEXÃO SOBRE A NEGATIVA DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO  
NECESSÁRIO AO CONVIVENTE, À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã,  
como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de Concentração:** Ciência Jurídica

**Orientador:** Prof. José Mario Wanderley Gomes Neto

Recife  
2010

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Santos, Andressa Tavares.  
S237u Uma reflexão sobre a negativa da condição de herdeiro necessário ao  
convivente, à luz do Código Civil de 2002 / Andressa Tavares Santos. -  
Recife, 2010.  
51 f.

Orientador(a): Prof. José Mario Wanderley Gomes Neto.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade  
Damas da Instrução Cristã, 2010.  
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Direito sucessório. 3. União estável. 4. Herdeiro  
necessário. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade  
Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2010-014)

**ANDRESSA TAVARES SANTOS**

**UMA REFLEXÃO SOBRE A NEGATIVA DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO  
NECESSÁRIO AO CONVIVENTE, À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente: Orientador:** Prof. José Mario Wanderley Gomes Neto

\_\_\_\_\_

**1º Examinador:** Prof. Dr.

\_\_\_\_\_

**2º Examinador:** Prof. Dr.

\_\_\_\_\_

## **DEDICATÓRIA**

Para você que me fez tão bem e que hoje me protege, proporcionou as melhores lembranças de minha vida e que hoje e sempre sentirei a sua falta. A você vovó que nos deixou tão cedo é que dedico a minha conquista, Florici de Barros (In Memoriam).

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por me dar as oportunidades de luta e conquista nessa vida, ao professor José Mario Wanderley por todos os conselhos e comentários inteligentes e sua disponibilidade em direcionar-me com este trabalho.

Obrigado família que sempre me apoia nas horas difíceis, meu tio, irmão e principalmente minha mãe Maria de Fátima que tudo fez para que este dia chegasse e a principal responsável em minha formação como pessoa.

## RESUMO

Com a promulgação da Constituição Federal – que data do ano de 1988 – a união estável, foi reconhecida como entidade familiar sendo assim equiparada ao casamento, merecendo por direito a proteção do Estado, visto que, a união estável até então não obtinha regulação em nenhuma lei. Desta forma, saindo de um total abandono, para uma expectativa de segurança jurídica. Posteriormente com o advento das Leis 8.971/94 e 9.728/96, houve a tão esperada regulação dos direitos sucessórios, direitos de alimentos devidos entre os companheiros e o direito real de habitação. Porém com as novas regras do direito sucessório trazidas pelo Código Civil – que data do ano de 2002 - acabou gerando, prejuízo aos direitos anteriormente adquiridos pelos companheiros, causando assim um verdadeiro retrocesso social, visto que os direitos sucessórios foram revogados com o advento da nova lei. O cônjuge é herdeiro necessário e está em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Enquanto que o companheiro é apenas herdeiro legítimo, amargando o quarto lugar atrás dos parentes colaterais. Além disso, a base de cálculo da herança é distinta, incidindo sobre os bens particulares do cônjuge falecido e sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável pelos companheiros. Com todas essas distinções têm provocado grandes divisões por parte da doutrina e jurisprudência, com isso acarretando a instabilidade jurídica e uma justiça desordenada. Em suma, tornando o instituto da união estável mais uma vez desprotegido. Daí surge a luta, para decretar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, e a efetiva equiparação da união estável para com o casamento.

**Palavras chave:** Direito sucessório; união estável; herdeiro necessário; equiparação.

## ABSTRACT

With the promulgation of the Federal Constitution - that dates the year of 1988 - the Consensual marriage, was recognized as familiar entity in doing so equalized to the marriage, deserving for right the protection of the State, since, the Consensual marriage until then did not get regulation in no law. This way, leaving a total abandonment, for an expectation of legal security. Later with the advent of Laws 8,971/94 and 9,728/96, there was the so waited regulation of the inheritance right food rights due between the friends and the right of abode. However with the new rules of the inheritance right brought by the Civil Code - that dates of the year of 2002 - it finished generating, damage to the rights previously acquired by the couples, thus causing a true social retrocession, since the successory rights had been revoked with the advent of the new law. The spouse is necessary heir and is in third place in the order of inheritance entitlement. Whereas the partner is only heir at law, souring on the fourth place behind the collateral relatives. Moreover, the basis of calculation of the inheritance is distinct, reacting upon the private properties of the deceased spouse and on the goods acquired onerously in the term of the Consensual marriage by the friends. With all these distinctions it had provoked great divisions on the part of the doctrine and jurisprudence, with this causing the legal instability and a disordered justice. In short, becoming the institute of the Consensual marriage once again unprotected. There comes up the fight to decree the unconstitutionality of art. 1.790 of the Civil Code, and the effective equalization of the Consensual marriage with the marriage.

Keywords: inheritance right; Consensual marriage; inheriting necessary; equalization.



## LISTA DE SIGLAS

- CC - Código Civil.
- CF - Constituição federal
- STF - Supremo Tribunal Federal
- TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo
- TJRS - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
- CPC - Código de Processo civil
- RITJRGS - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>CAPÍTULO 1 AS LIMITAÇÕES AO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES E SUA REGULAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	12
1.1. Equiparação histórica entre o casamento e a união estável .....	15
1.2. Cronologia do regime sucessório .....	20
<b>CAPÍTULO 2 DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO DO CÔNJUGE E DO CONVIVENTE</b> .....	22
2.1 Da concorrência do cônjuge com os descendentes (CC 1.829, I) .....	25
2.2 Da concorrência do cônjuge com os ascendentes (CC 1.829, II) .....	27
2.3 Do cônjuge (CC 1.829, III) .....	28
2.4 Dos colaterais (CC 1.829, IV) .....	29
2.5 Da vocação hereditária do convivente art. 1.790 do CC .....	30
2.6 Da concorrência do convivente com os descendentes em comum e os exclusivos do <i>de cujus</i> (CC 1.790, I e II) .....	32
2.7 Da concorrência do convivente com os ascendentes e parentes colaterais do <i>de cujus</i> (CC 1.790, III) .....	34
<b>CAPÍTULO 3 A REGULAÇÃO DA SITUAÇÃO SUCESSÓRIA DOS CONVIVENTES PERANTE AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS</b> .....	36
<b>CAPÍTULO 4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO DOS CONVIVENTES COMO HERDEIROS NECESSÁRIOS</b> .....	43
<b>CONCLUSÕES</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	50

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, se faz necessário uma noção do conceito sobre o que é família, visto que o Código Civil não o define. Desta forma, de acordo com autor Luiz Edson Fachin, família são os laços de afeto, construindo assim a base da entidade familiar, ou seja, quem expende cuidados quem zela e dar carinho independentemente de descendência, pode sim se caracterizar como família, a convivência de irmãos, pai e filho (monoparental), não existido assim a obrigatoriedade da figura do homem e mulher casados, vivendo em um lar, de forma pública, sobre o mesmo teto, sob autoridade de um titular.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu a inclusão da união estável e a família monoparental, como entidades familiares reconhecidas juridicamente pelo o Estado, em seu art. 226, §3º e §4º, respectivamente, e no *caput* do mesmo art. a família decorrente do casamento.

O relacionamento entre homem e mulher, só foi reconhecido através do matrimônio, porém o casamento não era o único meio de relacionamento que existia nas civilizações clássicas, como a grega e a romana, o concubinato, já existia como uma espécie de relacionamento informal e inferior ao casamento. Desde, então o casamento foi se regularizando, devido às noções de moral que surgiam, além das primeiras leis e a supremacia e poder da Igreja, que abominava o concubinato, sendo casamento, a única forma moral, a qual permitia a relação sexual entre homem e mulher.

Com a consolidação do cristianismo, o casamento passou a ser um sacramento, união entre homem e mulher em uma só carne, surgindo deste ponto a indissolubilidade do vínculo matrimonial, até os dias mais atuais, aonde o casamento é disciplinado de uma forma mais técnica, baseada na lei, em um acordo de vontades entre os nubentes.

Por outro lado, mesmo com toda pressão da Igreja, e do repúdio da sociedade o concubinato não deixou de se propagar, visto que se tornava cada vez mais um instrumento de satisfação sexual fora do casamento, contudo o concubinato não só representava relações adúlteras, visto que para se casar nas épocas antigas, era necessária uma significativa quantia em dinheiro, sendo marginalizadas as pessoas que recorriam ao concubinato, mesmo sendo uma união livre e informal.

Nesse meio tempo houve a diferenciação de concubinato puro, o qual se trata de pessoas livres e desimpedidas legalmente, e o concubinato impuro, aquele em que existem impedimentos legais, caracterizando assim uma relação adúltera.

O constituinte de 1988 deu nova nomenclatura ao concubinato puro, chamando-o assim de união estável, visto que o termo concubinato estava bastante desgastado e soava de forma negativa. A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Desta forma equiparando a união estável ao casamento.

Embora reconhecida como entidade familiar à união estável, não possuía direitos sucessórios na vigência do CC de 1916, visto que era anterior a Constituição federal de 1988, a união poderia gerar efeitos patrimoniais a respeito da dissolução de condomínio, mas na a título de herança, para que assim não houvesse o enriquecimento ilícito do companheiro sobrevivente. Apenas em 1994 com a entrada em vigor da Lei 8.971/94, se reconheceu o direito sucessório ao companheiro, sendo a ele dado o *status* de herdeiro necessário, somente era caracterizado como união estável a relação entre homem e mulher desimpedidos legalmente, por mais de cinco anos de convivência.

Posteriormente, a Lei 9.278/96, entrou em vigor entendendo-se na época que a lei anterior não foi revogada por esta mais nova e sim apenas derogada, tendo em vista que varias de suas disposições permaneceram vigentes. Com isso os companheiros passarão a ter três direitos sucessórios distintos: o direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado, o direito de propriedade sobre todo o patrimônio, conforme houvesse ou não descendentes ou ascendentes sucessíveis e o direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, que da mesma forma que o usufruto duraria enquanto companheiro fosse vivo e não constituísse nova união.

O novo Código Civil de 2002, que ficou no lugar do de 1916, atualizou a legislação civil que carecia de uma reformulação, visto que as leis devem acompanhar a evolução da sociedade e a sociedade deve se adequar as leis impostas pelo ordenamento jurídico. Todavia o novo diploma não trouxe mudanças satisfatórias, para o direito sucessório dos companheiros, visto que os direitos previstos nas Leis 8.971/94 e 9.278/96 foram revogados no que contrariavam a novo CC de 2002.

Ao formular a lei o legislador, não equiparou a união estável ao casamento, visto que foi abordado, no texto legal em títulos diferentes, o direito sucessório do convivente foi tolhido de forma revoltante.

O convivente foi rebaixado de herdeiro necessário para herdeiro facultativo, concorrendo depois dos parentes colaterais, podendo ser excluído da herança, não teve seu direito real de habitação resguardado, tendo direito na sucessão apenas, aos bens adquiridos

onerosamente na vigência da união estável, em suma foi totalmente preterido em seus direitos sucessórios garantidos anteriormente pelas legislações infraconstitucionais.

Desta forma causando uma insegurança jurídica, para aqueles que preferem se unir de forma livre, sem necessidade das formalidades do casamento, causando assim divergências doutrinaria e jurisprudenciais em torno, da constitucionalidade do art. 1.790, do CC de 2002, sendo infundada esta discriminação para com os companheiros e a preferência dos cônjuges.

Tanto o companheiro como o cônjuge, são merecedores de proteção do Estado, como menciona a Carta Magna, surgindo deste ponto toda a controvérsia, se foi intenção do constituinte igualar os dois institutos ou se demonstrou a preferência pelo modelo de família formalmente constituída, porém dando proteção e reconhecimento como entidades familiares, a ambos os institutos.

## **CAPÍTULO 1 AS LIMITAÇÕES AO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES E SUA REGULAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

O Código Civil não define o conceito de família, porém Luiz Edson Fachin menciona o afeto como base para formação da entidade familiar, ou seja, nas relações parentais ao defender a existência da paternidade sócia- afetiva:

A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola [...]” (FACHIN, 2003, p.20).

O conceito amplo de família quer dizer então, que é um conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, desta forma, compreendendo os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, além dos parentes por afinidade ou afins. É válido mencionar o conceito sociológico de família, o qual é a integração pelas pessoas que vivem sobre o mesmo teto, sob a autoridade de um titular.

Socialmente a família representa um grupo social primário que influencia e é influenciado, por outras pessoas ou famílias. É um grupo de pessoas ligadas pela descendência, a partir de um ancestral comum, por meio do matrimônio ou adoção. Já a família no novo Testamento é monogâmica, com a idéia de o casamento ser indissolúvel, sendo Jesus capaz de resolver problemas de qualquer ordem, desta forma para igreja cristã a família simboliza o reino de Deus (SOARES, 2008).

Por entidade familiar deve-se entender toda e qualquer espécie de união capaz de servir de acolhimento dos sentimentos e afeições dos seres humanos. A enumeração das entidades familiares consta no artigo 226 da Carta Magna, tendo em seus parágrafos, as formas de entidades familiares, a união estável em seu parágrafo 3º; a família monoparental em seu parágrafo 4º e no caput a família decorrente do casamento. Sendo esta relação de família da Constituição Federal meramente enunciativa (CAVALCANTI, 2003, p. 4-7).

Na relação homem e mulher, por muitos séculos só foi reconhecida através do casamento, no entanto nas civilizações clássicas, como a grega e a romana, o casamento não era a única forma de um casal se relacionar, o concubinato, do latim *concubinatus*, já existia como espécie de relacionamento informal e inferior ao casamento. Era a forma primitiva do casamento, em todos os povos nascentes, na medida em que a noção de moral era absorvida

pela sociedade, à lei e a religião vieram para regularizar esta situação, abominando, assim o concubinato. Desta forma com a supremacia da igreja cristã, o casamento foi instituído obrigatoriamente como a única forma moral permitida entre homem e mulher, que envolvesse atividade sexual (CAVALCANTI, 2003, p. 74-86).

O casamento, dentro do direito romano, era pautado de uma conjunção do homem com a mulher, para toda vida, com a comunicação do direito divino com o humano, com a evolução do direito romano, passou a ser uma vontade entre os nubentes, uma relação jurídica. Com a consolidação do cristianismo, o casamento passou a ser um sacramento, era a união humana com as bênçãos de Deus, transformando os noivos em uma só carne, surgindo deste ponto a indissolubilidade do vínculo matrimonial, até os dias mais remotos em que o casamento é tratado de uma forma mais técnica com base na lei, tendo a natureza jurídica de um contrato bilateral, sendo assim um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos (ALVES, 2003, p. 282-296).

Dentro deste contexto, o concubinato não deixou de existir, como instrumento de satisfação sexual: fora do casamento, esposos e esposas buscavam em seus amantes o afeto e relação sexual que não encontravam em seus lares. Porém, o concubinato não representava apenas estas relações adúlteras, visto que, naquela época, tinha um alto custo, marginalizando grande parte da sociedade, que então recorria ao concubinato, sendo uma união livre e informal, porém vista com maus olhos pela Igreja e pela sociedade.

Para o conceito de concubinato restam termos elásticos, o qual pode ser tanto uma união de pessoas livres de qualquer outra ligação como daquelas, geralmente o homem, com mais de uma mulher, assumindo implicações de ordem social, com tudo isso se fez necessário uma classificação que diferenciasses as duas conceituações de concubinato, tendo assim o concubinato puro, o qual se trata de um relacionamento entre pessoas desimpedidas legalmente, e o concubinato impuro se no relacionamento existir impedimentos legais, caracterizando assim uma relação adúltera (CAVALCANTI, 2003, p. 88-93).

Entendemos que deve considerar puro o concubinato quando ele se apresenta (...) como uma união douradora, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente, desde que respeitada outra união concubinária. Tenha-se, por outro lado, que o concubinato se for impuro será adúltero, incestuoso ou desleal (relativamente à outra união de fato), como de um homem casado ou concubinado, que mantenha paralelamente ao seu lar outro de fato (AZEVEDO *apud* CAVALCANTI, 2003, p. 92).

Com essa distinção de concubinato puro e impuro, se fez melhor adotar a expressão união estável, para identificar a união tida como concubinato puro, acreditando que o termo concubinato deveria se designar as uniões extramatrimoniais a exemplo das uniões adúlteras e incestuosas, além do que o termo concubinato já estava desgastado e soava de uma forma negativa, adotando o constituinte de 1988 a expressão união estável (CAVALCANTI, 2003, p. 97-103).

O instituto jurídico da união estável foi agraciado na Constituição Federal de 1988, como entidade familiar sendo equiparado ao casamento, como estudaremos melhor no próximo item, sendo também reconhecida pelo novo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.723, no qual atesta que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, devendo ser configurada a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, além de que, para ser reconhecida é necessário que não exista nenhum dos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil (PEREIRA, 2003, p. 4-5).

O conceito modernizado a respeito do concubinato, não se faz mais necessário à vida em comum sob o mesmo teto, como consta em súmula 382 do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, sendo apenas constatada a manutenção do relacionamento, ainda em que em lares distintos com ou sem participação econômica (DIAS, 2008, p. 87).

Dentro da união estável existem vários institutos, a união estável propriamente dita, a qual é reconhecida pela Constituição de 1988, que possui os requisitos de estabilidade, afeto, durabilidade, ânimo de construir família e publicidade, a qual se divide em união estável plena, cujo, não existe nenhum impedimento à realização do casamento, que só não se realiza por uma questão de opção, e a união estável condicional, que seriam as uniões em que o homem e uma mulher constituem uma família de fato, sem detrimento de qualquer outra família legítima, existindo assim, apenas impedimentos temporários, ou seja, um relacionamento entre uma mulher solteira e um homem separado judicialmente (MELO 2005).

Já a chamada união livre, o que a aproxima de uma caracterização mais próxima do namoro possui todos os requisitos da união estável, exceto o ânimo de constituir família. Existe também a união estável putativa, caracterizada quando uma das partes, na maioria das vezes, a mulher não tem nenhuma ciência de que o companheiro possuía outro relacionamento, podendo ser verificada com a simultaneidade de outra união estável anterior, ou até mesmo, na coexistência de um casamento, a boa-fé da companheira que se relacionou

---

<sup>1</sup>Súmula. 382 STF: Ávida em comum sob o mesmo teto “more uxorio” não é indispensável à caracterização do concubinato.



posteriormente, é indispensável para a caracterização da união estável putativa (MENEZES, 2008).

A sociedade de fato é a sociedade que não se firmou através de formalidade legal, que se constituiu entre pessoas que de algum modo tenham contribuído, financeiramente ou com o seu trabalho, para constituição de algum patrimônio, muito comum no concubinato adulterino.

O Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição de 1946, de acordo com a doutrina e jurisprudência, construiu a súmula 380<sup>2</sup>, que primeiramente tratava das relações hoje denominadas união estável, isto é, tratava do termo concubinato em sentido amplo, visto que a referida Constituição vigente na época, só protegia as famílias advindas do casamento, mas com o advento da Constituição de 1988, houve o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sendo assim, atualmente esta súmula não é mais aplicada no instituto jurídico da união estável e sim na sociedade de fato, devendo existir a prova do esforço comum direto ou indireto, para evitar o enriquecimento ilícito de qualquer uma das partes (CAVALCANTI, 2003, p. 93-96).

### **1.3 Equiparação histórica entre o casamento e a união estável.**

As Constituições de 1824 e 1891 não normatizaram a entidade familiar de qualquer tipo, visto que eram dotadas de caráter não-intervencionista, limitando-se a regulamentar a forma de governo e como deveria se dar seu exercício, de modo que as demais matérias deveriam ser reguladas por leis ordinárias. A Constituição de 1891 faz uma única menção ao instituto familiar reconhecendo o casamento civil em ser artigo 74, §4º. Já a primeira Constituição do Brasil outorgada em 1824 pelo Imperador D. Pedro I não fazia nenhuma menção nem a família nem ao casamento.

O código civil de 1916 foi elaborado na vigência da Constituição de 1891, o qual a sociedade reconhecia como família as relações advindas do casamento, ou seja, as relações matrimoniais consideravam-se a filiação legítima, aquelas oriundas de justas núpcias, originadas na constância do casamento dos pais ainda que anulado ou nulo, conforme dispõe o código civil. A filiação ilegítima era entendida de forma discriminatória, desta forma o filho

---

<sup>2</sup> Súmula 380, 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.

nascido fora da relação matrimonial, podendo se entender como filiação adulterina, quando um dos pais possuía vínculo patrimonial (CAVALCANTI, 2003, p. 19-26).

A Constituição promulgada de 1934 foi a primeira a dedicar um título específico a família, limitando-se a determinar normas a cerca do casamento indissolúvel, traziam em seu texto uma noção de família, a qual a condicionava a uma idéia de casamento, de maneira que se via a família como um grupo social de sangue com origem no matrimônio válido, desta forma sendo intitulada como família legítima. Com a Emenda Constitucional nº 9 de 1977 o vínculo matrimonial passa a ser dissolúvel, tornando-se possível o divórcio no Brasil.

A Constituição de 1988 modificou radicalmente, o conceito de família, que antes configurado como instituição jurídica, nascida unicamente do casamento civil. Analisando de tal forma que, a antiga distinção entre a família que se formava dentro dos tramites legais, segundo o rito civil, intitulada como legítima e aquela que resultava da união de fato entre sexos diferentes, antes consideradas como ilegítima. No artigo 226 *caput* e nos quatro primeiros parágrafos, compreendem o tema tratado.

Na nova concepção de família adotada, pela Constituição Federal de 1988, terá igual proteção do Estado à família originária do casamento civil, do religioso, da união estável ou da chamada família monoparental. A inobservância deste direito fundamental pelo Código Civil de 2002 do artigo 1.790 seria, pois, um retrocesso social, que é vedado pelos princípios fundamentais que rege o direito de família, devendo o legislador ter um tratamento isonômico garantido na Constituição (DIAS, 2008, p. 65-66).

Ou seja, toda vez que se encontrar um casal que se uniu por casamento civil, por casamento religioso registrado, por união estável que se possam converter em casamento, todas essas representando formas aptas, para esse efeito a constituição de família, ou ainda sempre que se estiver em face de uma comunidade formada de genitor e seu filho, ou pai ou mãe civis juntamente com seu filho adotivo ter-se-á uma família, ou ainda entidade familiar, ou comunidade familiar, ou que outro nome lhe possa dar, mas, no gênero, ter-se-á o ente social que o constituinte incumbiu ao Estado de especialmente proteger sem qualquer ressalva que possa lembra qualificação (CAVALCANTI, 2003, p. 39).

A existência da união estável não transformava o companheiro e companheiras em herdeiros no sistema sucessório do Código Civil de 1916. A união poderia sim gerar efeitos patrimoniais, mas não a título de herança e sim a dissolução de condomínio, a fim de que não houvesse enriquecimento de uma das partes em relação da outra. Com advento da Constituição Federal 1988, a união estável foi elevada à condição de entidade familiar, fazendo jus a receber a igualdade de tratamento do casamento. Embora sendo reconhecida como entidade

familiar a união estável, apenas em 1994, com a Lei 8.971/94, se reconheceu direito sucessório ao companheiro.

A referida lei conferiu aos companheiros sobreviventes dois direitos sucessórios distintos: o direito ao usufruto sobre parte dos bens deixados, pelo consorte falecido e seus descendentes ou ascendentes ou a herdeiros testamentários, assim não poderia o autor da herança excluir, por meio de testamento ou de qualquer outro ato, o direito do consorte sobrevivente e o direito de propriedade sobre o patrimônio deixado na inexistência de descendentes ou ascendentes ou testamentários com direito á herança, assim como estava o cônjuge no Código Civil de 1916, ocupando a terceira classe da ordem hereditária. É valido mencionar que somente o relacionamento entre pessoas desimpedidas poderia caracterizar união estável e, com ele tenha convivido há mais de cinco anos que conseqüentemente, criar direitos sucessórios para os companheiros, conforme determina o artigo 1º da Lei 8.971/94 (PAZINI, 2009, p. 195-206).

Após um ano e meio da entrada em vigor da Lei 8.971/94, entrou em vigor a Lei 9.278/96, sendo questionado sobre a revogação ou não da lei anterior, por essa última. O entendimento, na época, sobre esse questionamento foi pacifico entendendo-se que se trataria de uma derrogação e não de uma ab-rogação, tendo em vista que varias de suas disposições permaneceram vigentes, sendo assim a Lei 9.278/96, não revogou os direitos sucessórios previsto na lei anterior, então os companheiros passarão a ter três direitos sucessórios distintos: o direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado, o direito de propriedade sobre todo o patrimônio, conforme houvesse ou não descendentes ou ascendentes sucessíveis e o direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, direito este elencado no artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96, que da mesma forma que o usufruto duraria enquanto companheiro fosse vivo e não constituísse nova união (PAZINI, 2009, p. 206-213).

Avaliando que, mesmo com advento da Constituição de 1988 a situação da união estável, considerada como entidade familiar, obtendo proteção do Estado e tendo a lei o dever de facilitar a sua conversão em casamento, nada mudou de fato concreto, desta forma, sendo necessário às leis ordinárias para regulamentar esse regime. Dando-lhe aos companheiros a proteção merecida.

Com o advento da nova lei, foi questionada a cumulação de direito de usufruto e habitação do companheiro, a vista de ter sido colocado em posição privilegiada em relação ao cônjuge, de forma que no código de 1916, o cônjuge teria apenas um desses dois direitos, dependendo do regime de bens do casamento. Se o regime de bens não fosse da comunhão universal de bens, teria o cônjuge o direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado pelo

falecido, porém se o regime fosse de comunhão universal de bens, o cônjuge deixaria de ter direito de usufruto e teria apenas o direito de habitação sobre o imóvel residencial da família. (PAZINI, 2009, p, 206-213).

Observando com relação ao companheiro sobrevivente, os direitos sucessórios, tanto de usufruto quanto de habitação, foram-lhe agraciados independentes do regime de bens. Sendo assim, as leis de 1994 e 1996 deferiram os direitos de usufruto e de habitação de forma cumulativa, sem que um desses excluísse o outro, ao inverso que aconteceu com os cônjuges.

Realmente, com relação a direitos sucessórios, o companheiro supérstite ficou em melhores condições que o cônjuge. Grande parte da doutrina não admitiu isso, entendendo que a união estável não pode criar mais direitos para os companheiros que o casamento cria para os cônjuges, já que a Constituição teria determinado a prevalência do matrimônio sobre a união estável ao determinar que a lei deva facilitar a conversão desta em casamento (GAMA, 2001, p. 452-453).

Tal posicionamento é absurdamente equivocado e discriminatório, visto que não existe a prevalência do casamento sobre a união estável. O dispositivo legal que determina a conversão da união estável em casamento, visa apenas a atender à preferência de parte da população que opta se unir pelo matrimônio. Aqueles que, por opção ou condições financeiras, não se unem pelo casamento não podem se ver privado da proteção plena e legal do Estado. Sendo assim a união estável não é inferior ao casamento, ambos tem regulamentação legal independente, embora o ideal seja que se dispense o tratamento mais equiparado possível, dadas as semelhanças entre essas duas espécies de família.

O Código Civil de 2002 veio preencher a demanda por atualização da legislação civil, em virtude das transformações das relações interpessoais na sociedade, tentando assim adaptar o Direito Civil à sociedade contemporânea. No que tange a problemática sobre o Direito Sucessório, o novo diploma não trouxe mudanças satisfatórias, tendo revogado inclusive os direitos sucessórios dos companheiros, previstos pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96 (PALERMO, 2007, p. 47-51).

O Código Civil de 2002 frustrou todas as expectativas de melhoria, para os companheiros, porque, além de revogar as Leis 8.971/94 e 9.278/96, não proporcionou à união estável o seu devido valor, de forma extremamente infundada, visto que, o seu direito fundamental de entidade familiar, já havia sido previsto na Constituição Federal de 1988, no mais a nova legislação é restritiva e excludente em face dos direitos sucessórios dos companheiros.

O direito sucessório na união estável, reformulado pelo código civil de 2002, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao convivente sobrevivente: não o reconheceu como herdeiro necessário; não lhe assegurou quota mínima; o inseriu no quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união; e não lhe conferiu direito real de habitação.

Este tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrante inconstitucional. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (CF 226 § 3º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição da família. Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita (DIAS, 2008, p. 66).

Desta forma, é evidente o retrocesso social, diante deste novo texto de lei trazido pelo Código Civil de 2002, preterindo descaradamente direitos constitucionais, pois nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado constituinte.

Em contraponto, existe quem se manifeste de forma diversa, em relação ao problema estudado, ao afirmar que o Código Civil não retrocedeu, e que de forma alguma o legislador de 1988 teve a intenção de igualar o casamento e a união estável. Vejamos o que defende citado autor.

O novo Código, pois, frise-se, não retrocedeu, mas endossou e, de certa forma alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento quando é sabido, e bem sabido, que em momento algum o constituinte de 1988 pretendeu igualar as duas realidades jurídicas (LEITE, 2004, p. 51).

Se o Código Civil de 2002 alargou os direitos dos companheiros, porque os colocou como herdeiros facultativos? Por que revogou as Leis 8.971/94 e 9.278/96, que trouxeram tantos benefícios? Se ambos os institutos são reconhecidos como entidade familiar, porque tanta diferenciação no direito sucessório? Afinal de contas o que significa, igualdade e equiparar?

Seguindo a risca do significado da palavra, igualdade: quer dizer uniformidade, justiça<sup>3</sup>, e a palavra equiparar: comparar (pessoas ou coisas), considerando-as iguais<sup>4</sup>. Tendo

<sup>3</sup> s.f. Qualidade das coisas iguais. / Relação entre coisas iguais: igualdade de dois números. / Qualidade do que é plano, liso: igualdade de um terreno. / Princípio pelo qual todos os cidadãos podem invocar os mesmos direitos: igualdade política, civil. / Uniformidade, continuidade: igualdade de ânimo (<http://www.dicionarioaurelio.com/Igualdade>);

<sup>4</sup> v.t. Comparar pessoas ou coisas, considerando-as iguais. / Igualar em condições ou em benefícios (<http://www.dicionarioaurelio.com/Equiparar>);

em vista que é fato, que o legislador pretendeu de forma isonômica, a equiparação dos companheiros e cônjuges na Constituição Federal de 1988, e que no Código Civil de 2002 apesar de regular a união estável, retrocedeu em pontos importantes, que hoje causa tanta injustiça no direito sucessório dos companheiros.

Todos são iguais perante a lei, assim elenca em seu art. 5º *caput* da Constituição Federal<sup>5</sup>, ferindo desta forma, o Princípio da Igualdade sendo esta distinção, descabida e infundada, visto que estamos em pleno século XXI, e não na época em que a Igreja detinha a maior parte do poder do Estado.

#### **1.4 Cronologia do regime sucessório**

O Código Civil de 1916 é omissivo no que se refere à união estável, essa omissão é derivada, pois em 1916, não se pensava no reconhecimento da união estável muito menos em sua regulação devido tal instituto ser rechaçado, tendo em vista a mentalidade da sociedade naquela época.

O instituto jurídico da união estável nasceu, de fato, para o direito brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, que consagrou com todos os conformes no parágrafo 3º, do artigo 226 a elevando ao status de entidade familiar. Mesmo com a Carta Magna regularizando a união estável, lhe equiparando ao casamento, não se via resguardado os direitos sucessórios dos companheiros, posteriormente com a vigência da Lei 8.971/94, que estabeleceu os direitos do companheiro a alimentos e à sucessão. Em 1996 veio o advento de uma nova legislação para o referido instituto que foi a Lei 9.278/96, que regulamentou o parágrafo 3º, do artigo 226 da Lei maior. Atualmente é o Código Civil de 2002 que regulamenta integralmente a união estável.

Anteriormente ao advento da Lei 9.278/96, que estabeleceu um regime de bens para os companheiros, a matéria não possuía regulamentação legal, com isso a jurisprudência já havia estabelecido entendimento para a sociedade de fato assim sendo, o referido entendimento passou a ser aplicado à união estável. Desta forma em havendo sociedade de fato, que é instituto não gozador do patamar constitucional da união estável, só poderia haver partilha dos

---

<sup>5</sup> Art. 5º *caput*, Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes::

bens adquiridos pelos sócios devendo ser comprovada a contribuição dos mesmos para a constituição dos aquestos (CAVALCANTI, 2003, p.159-161).

A súmula 380 STF regulamentou a união estável até a vigência da Lei 9.278, pois no artigo 5º desta referida lei, foi criado pelo legislador um regime de bens para o convivente semelhante, ao regime de comunhão parcial de bens do casamento. O artigo 5º desta lei criou uma presunção que os bens adquiridos na constância da união estável são oriundos do esforço como dos companheiros, salvo se estipulando ao contrário, podendo se provar que um dos companheiros não contribui de forma direta ou indireta para constituição do patrimônio em comum (CAVALCANTI, 2003, p. 161-163).

Com isso sendo relativa à presunção legal do legislador. É necessário lembrar que esta contribuição, não necessita ser especificamente, em capital ou em outros bens, pode se dar também por trabalhos domésticos, criação dos filhos entre outros.

O Código Civil de 2002, que passou a regulamentar o regime de bens dos companheiros em seu art. 1.725, estabeleceu o regime de comunhão parcial de bens, para os companheiros extinguindo assim a presunção relativa criada pela Lei 9.278/96 e estabelecendo assim peremptoriamente a presunção absoluta de que os bens adquiridos durante a convivência adveio do esforço comum dos conviventes. O professor Silvio Salvo Venosa, em comentário ao artigo 1.725 do Código Civil 2002 dispõe que a referida regra deveria ser interpretada, conforme o artigo 5º da Lei 9.278/96, isto é, deverá prevalecer a presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente pelos companheiros durante a convivência advieram de esforço comum de ambos (VENOSA, 2003, p. 458).

## CAPÍTULO 2 DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO DO CÔNJUGE E DO CONVIVENTE.

A ordem de vocação hereditária é determinada por lei e segundo uma hierarquia, a qual coloca os sucessores em graus de preferência em relação ao sucessível e de acordo com a classe a que pertencem que pode ser pelo parentesco ou pela afinidade. Na sucessão legítima, são convocados os herdeiros segundo a ordem legal, de vocação hereditária de forma que uma classe só será chamada quando não houver herdeiros da classe precedente (LEITE, 2004, p. 210-211).

A origem da vocação hereditária nos leva a mencionar novamente ao antigo direito romano, que certamente não tinha as características jurídicas que vemos hoje, desta forma foi paulatinamente reformada a estrutura organizada pelo direito romano, embora se mantendo de forma quase intacta a preferência dos filhos como sucessores.

A sucessão legítima era devolvida, pelo Código de Decenviral das XII Tábuas, com a existência de três classes de herdeiros: os *sui heredes*, os *agnados*, e os *gentiles*. Os *sui heredes* eram os que se encontravam sob o poder pátrio do *de cuius*, no momento do falecimento deste e incluíam a mulher *in manu*. Os *agnados* eram chamados na falta dos *sui heredes*, e se referia aos parentes de sexo masculino. Enfim, os *gentiles* eram membros da mesma *gens* (clientes, agregados, filhos emancipados e a mulher casada) e pertenciam a terceira classe dos sucessíveis (ALVES, 2003, p.408-410).

Com advento do direito pretoriano, foi criado um novo sistema de vocação hereditária, admitindo na sucessão quatro ordens de sucessíveis: os *liberi*, os *legitimi*, os *cognati* e o cônjuge sobrevivente, aonde nessa nova ordem os *liberi* compreendiam a classe dos *sui heredes* do direito antigo e os *emancipati*, que eram filhos havidos fora do pátrio poder de ato voluntário do pai; os *legitimi* também correspondia à antiga classe dos *sui heredes*, mas não só compreendiam os *consaguinei* como também os *agnati*; os *cognati* representavam parentes até o 6º grau, independente de sexo, aonde os mais próximos excluía os mais remotos, em igualdade de grau sucediam por cabeça, não existindo qualquer parente, a sucessão cabia ao cônjuge sobrevivente desde que tivesse ocorrido *justum matrimonium* (ALVES, 2003, p.397-411).

Nessa fase todo direito sucessório subsequente no mundo ocidental, a herança defere-se, primeiro, aos parentes consangüíneos e, em um segundo momento ao cônjuge sobrevivente. Cabendo assim a herança a àqueles que descendem de um tronco comum,



herdando uns dos outros assim sucessivamente, às pessoas vinculadas pela afinidade, decorrente do vínculo matrimonial, sempre se esgotando a ordem de vocação hereditária na família (LEITE, 2004, p. 212).

Com o surgimento das reformas imperiais a ordem de vocação sucessória sofreu novas alterações. O *senatusconsultum tertullianum*, do reinado de Adriano inovou com o acréscimo de duas novas ordens até então não conhecidas: a hereditariedade civil da mãe em face aos bens dos filhos legítimos (ou ilegítimos) depois do pai e dos irmãos consangüíneos daquele e a dos colaterais (irmãs consangüíneas) que passaram a concorrer com a mãe, recebendo, então, esta a metade dos bens dos filhos (LEITE, 2004, p. 213).

Através da *Novela* 118, terminada quatro anos mais tarde pela 127 que Justiniano evoluiu juridicamente em relação à sucessão, na qual era chamada para sucessão todos os parentes, sem distinção, as *Novelas* firmaram as classe dos herdeiros regulares e dos irregulares, visto que a classe dos herdeiros regulares compreendiam quatro ordem de sucessíveis: os descendentes, os ascendentes juntamente com os irmão bilaterais, unilaterais e os outros colaterais. Os herdeiros irregulares eram: o cônjuge sobrevivente, os filhos naturais, a concubina, o pai natural, a cúria e o fisco. Não havendo herdeiros regulares e demais herdeiros irregulares nascia à vocação do Estado, como hoje esta previsto no art. 1.844 do Código Civil de 2002<sup>6</sup> (LEITE, 2004, p.213).

No Direito Romano, não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase o Direito Romano, já com Justiniano, é que permitiu a mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com os filhos (VENOSA, 2003, p. 104).

De fato a figura dos cônjuges era de marcante inferioridade no que se tange ao direito sucessório, observando que, a longa trajetória do Direito Romano a desigualdade passou pelos diversos sistemas desde a lei das XII Tábuas, do pretoriano, do direito imperial até o Justiniano.

No Brasil, o direito sucessório foi regulado por influência da legislação de Portugal primitivamente pelas Ordenações Filipinas, colocando assim o cônjuge em quarto grau na escala hereditária: a) descentes, até o infinito; b) ascendentes, até o infinito; c) colaterais (até o 10º de consangüinidade); d) cônjuge sobrevivente; e) fisco (Estado). Não seguindo a ordem estabelecida por Justiniano (PALERMO, 2007, p.34).

---

<sup>6</sup> Art. 1.884, “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”;

Posteriormente a Lei Feliciano Pena de nº 1.839, de 31 de Dezembro de 1907, alterou a ordem tipificada pelas Ordenações Filipinas, passando o cônjuge sobrevivente herdarem em terceiro lugar, então ocupado pelos colaterais, que passaram a fazer parte da quarta classe.

A promulgação do Código Civil de 1916, pela Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, conservou a ordem de vocação hereditária, sendo estabelecido que o cônjuge herdasse na ausência dos descendentes e ascendentes, desde que não estivesse separado. Com o advento da Lei de Divórcio nº 6.515/1977, o art. 1.611 do CC 1916 recebeu nova redação, a qual determinava que a dissolução da sociedade conjugal excluía o cônjuge da vocação sucessória. Um fato relevante é de que os cônjuges tinham *status* de herdeiros legítimos facultativos, e não de herdeiros legítimos necessários como atualmente, sendo assim, uma mudança substancial para os cônjuges. (LEITE, 2004, p. 213-215).

Embora existisse uma grande resistência da legislação, com o advento do Código Civil de 2002 o cônjuge se tornou herdeiro necessário, algo que preocupava bastante, os doutrinadores, a posição difícil dos viúvos e viúvas, no caso do regime de separação de bens e a ausência de patrimônio próprio para garantir a sobrevivência.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, houve a edição da Lei 4.121/1962, o Estatuto da Mulher Casada, que instituiu o usufruto, em forma de herança concorrente, com os descendentes e ascendentes, para cônjuge sobrevivente, fato esse que elencado no § 1º, do art. 1.611, do CC de 1916<sup>7</sup>, e o direito real de habitação tendo como objeto imóvel destinado a residência da família, desde que o único bem daquela natureza a inventaria elencado no mesmo artigo anterior mencionado, pôr em seu § 2º, do CC de 1916<sup>8</sup>. No Código Civil de 2002 o direito real de habitação se tornou permanente apenas se extinguindo com a morte do cônjuge herdeiro, elencado assim no art. 1.831, do CC de 2002<sup>9</sup> (PALERMO, 2007, p.34-35).

A ordem de vocação hereditária esta regulada no art. 1.829, do Código Civil de 2002<sup>10</sup>, de forma totalmente diversificada, sendo assim, tendo uma guinada abrupta de uma

<sup>7</sup> § 1º, do art. 1.611, “O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era de comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*”;

<sup>8</sup> § 2º, do art. 1.611, “Ao cônjuge, sobrevivente casado sobre o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo serão 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 bem daquela natureza a inventariar”;

<sup>9</sup> Art. 1.831, “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”;

<sup>10</sup> Art. 1.829, “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

**I** - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

ascensão vertiginosa e incontestável, deixando o cônjuge de ser um herdeiro facultativo pra ser um herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e ascendentes, na ausência deste tendo o direito da totalidade da herança (LEITE, 2004, p. 214-216).

## **2.1 Da concorrência do cônjuge com os descendentes (CC 1.829, I).**

Em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, os descendentes estão presentes representados, pelos filhos, netos, bisnetos e assim sucessivamente e infinitamente, esta limitação é dada de forma natural, visto que não convivem mais de três ou quatro gerações. Abrigando assim todas as espécies de filiação: a) consangüínea; b) civil quando decorrente de adoção; c) socioafetivo; d) social em decorrência de técnicas de reprodução assistida e a concepção ocorre *in vitro*, inclusive com material genético de outra pessoa (DIAS, 2008, p. 128).

Os descendentes, por serem na grande maioria jovem e inexperiente na vida são os que mais precisam de auxílio financeiro, pois ainda tem um longo caminho a percorrer, são herdeiros necessários, como lista o art. 1.845, do CC 2002<sup>11</sup>, eles sucedem de duas formas, por direito próprio preservado o direito de concorrência do cônjuge, ou por cabeça quando todos se acham no mesmo grau de parentesco, ou ainda por representação quando o descendente de grau inferior concorre à sucessão em virtude da morte do herdeiro morrer antes do autor da herança, ou é excluído por indignidade ou deserdação, a herança sendo dividida pelo número de herdeiros do grau anterior, contanto para efeitos de cálculo o herdeiro falecido (PALERMO, 2007, p. 38-39).

O cônjuge, só concorre com os descendentes a depender do regime de bens, sendo o cônjuge casado com o falecido, pelo regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se no regime de comunhão parcial o autor da herança não houver deixado bens particulares não terá direito a concorrência com os descendentes, conforme art. 1.829, I do CC. Havendo descendente o cônjuge terá direito ao quinhão igual ao dos que

---

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais;

<sup>11</sup> Art. 1.845, São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge;

sucedem por cabeça, não podendo a sua parte ser inferior a quarta parte da herança conforme art. 1.832, do CC 2002<sup>12</sup>.

Embora não regulada, a hipótese de existir apenas filhos exclusivos do falecido, o cônjuge sobrevivente, herdará a mesma porcentagem, que caberá aos filhos exclusivos, mesmo que seja um número superior a três filhos, desta forma, não será resguardada a quarta parte da herança para o cônjuge, sendo este privilégio garantido apenas, na concorrência com filhos comuns.

No caso do cônjuge é importante, diferenciar herança de meação, visto que são coisas que não se confundem, sendo a herança patrimônio deixada pelo morto e a meação patrimônio comunicável durante a vigência marital, a herança se refere a direito sucessório, cujo fato gerador é a morte do titular do patrimônio, na meação, é direito surgido no casamento, que pode ser reconhecido em vida em decorrência da separação judicial ou divórcio (LEITE, 2004, p. 218-221).

Diante das varias forma de regime de bens, podem ocorrer, para o cônjuge, diversas posições: ser meeiro e herdeiro, quando casado na comunhão universal com pessoa que morreu sem deixar descendente; pode ser meeiro sem ser herdeiro, quando casado na comunhão universal com pessoa que morreu deixando descendentes; pode ser herdeiro sem ser meeiro, quando casado na separação de bens com pessoa que morreu sem deixar descendentes; e pode não ser mais herdeiro nem meeiro quando casado na separação de bens com pessoa que deixando descendentes (PALERMO, 2007, p. 43, *grifos nossos*).

Desta forma fica evidenciado que o cônjuge, além de ser meeiro é herdeiro necessário concorrendo com os descendentes, de forma que, não se faz nenhuma discriminação entre filhos legítimos ou ilegítimos em virtude de preceito constitucional, ainda em relação ao regime, cabe ressaltar que havendo descendentes nem sempre o cônjuge herdará como citado no art. 1.829, I do Código Civil.

A lei foi omissa, a respeito da existência de herdeiros que são filhos comuns do casal e aqueles exclusivos do falecido, essa circunstancia foi batizada pela Doutora Giselda Hironaka, de filiação híbrida, desta forma gerando, um questionamento a respeito de permanecer ou não o direito do cônjuge ter o direito a um quarto da herança, gerando assim, um complicado calculo matemático (HIRONAKA, *apud*, DIAS, 2008, p. 165).

---

<sup>12</sup> 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;

## 2.2 Da concorrência do cônjuge com os ascendentes (CC 1.829, II).

Partindo da premissa que, sendo consideravelmente mais velhos, se supõe que exista certa estabilidade econômica, porém a velhice é um fator que se gera muitos gastos e cuidados. Os ascendentes ocupam o segundo lugar na ordem sucessória, são herdeiros necessários e também tem direito a legítima, mas só serão chamados a suceder caso não exista nenhum herdeiro descendente. São figurantes desta classe os pais, avós, bisavós não existindo limite de grau, mas os mais próximos excluem os mais remotos, não existindo o direito de representação.

Se o *de cujus* deixar o pai vivo, e a mãe já falecida, a herança será atribuída ao pai, não tendo os avós maternos direito à mesma, sendo assim o pai vivo concorre apenas com o cônjuge, havendo igualdade em grau de diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam uma metade e os de linha materna a outra metade da herança, conforme art. 1.832, § 2º do Código Civil de 2002<sup>13</sup> (LEITE, 2004, p. 244-246).

O cônjuge que concorrer com ascendente de primeiro grau, ou seja, genitor ou genitora do falecido terá direito a um terço da herança, ou podendo também receber a metade da herança, caso o ascendente for de grau mais elevado, conforme previsto no art. 1.837 do Código Civil de 2002<sup>14</sup>. Na concorrência com ascendente não é necessário se verificar o regime de bens usado pelo cônjuge no casamento, visto que ele tem o direito concorre de todo maneira (LEITE, 2004, p. 246-248).

## 2.3 Do cônjuge (CC 1.829, III).

Em terceiro lugar na vocação hereditária, o cônjuge é herdeiro necessário e faz jus à legítima sucessória, na situação de inexistência de descendentes e ascendentes, recebendo a herança por direito próprio, conforme disposição prevista no art. 1.838, do Código Civil de

---

<sup>13</sup> Art. 1.836, Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna;

<sup>14</sup> Art. 1.837, Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau;

2002<sup>15</sup> assim, tendo direito à totalidade da herança, independentemente do regime matrimonial de bens adotado.

Como já foi dito anteriormente, o direito à herança não possui vínculo com o direito à meação, visto que a meação se trata dos bens comuns que não integram a herança, a qual pertencente ao cônjuge sobrevivente.

No regime de separação de bens, o cônjuge sobrevivente não recebe meação, pois não tem bens em comum com o falecido. Já na comunhão universal de bens, a meação corresponde à metade de todos os bens que compõe o acervo hereditário, na comunhão parcial a meação incide sobre os bens de esforço comum durante o tempo de vida em comum. No regime de participação final nos aquestos, a meação é calculada sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, na separação obrigatória a lei nega o direito de meação, mas Súmula 377 do STF<sup>16</sup> alterou o regime para o de comunhão parcial de bens, preservando assim a metade do acervo em comum (DIAS, 2008, p. 131-133).

O cônjuge para concorrer com os descendentes deve preencher as condições legais existentes prescritas no art. 1.829, I do Código Civil, que são aquelas relacionadas em face do regime de bens do casamento existente entre os cônjuges e também deve preencher os preceitos legais existentes no art. 1.830 do Código Civil<sup>17</sup>, sendo assim desaparecendo a pretensão do direito sucessório do cônjuge sobrevivente se ao tempo da abertura da sucessão na mais era casado com o *de cuius*. Caso tenha ocorrido à separação judicial ou a mera separação fática o direito sucessório não será conhecido, salvo se a ruptura matrimonial não se deu por culpa do sobrevivente.

No que tange à concorrência com os ascendentes, o cônjuge recebe fração igual aos genitores do falecido, ou seja, um terço da herança, porém se apenas um genitor do falecido estiver vivo a divisão será dividida meio a meio, não existindo assim o direito de representação entre os ascendentes. O cônjuge sobrevivente também tem direito à metade da herança, quando os ascendentes não são parentes de primeiro grau (avós paternos e maternos), desta forma o viúvo recebe a metade e a outra metade é dividida para os avós vivos quando da morte do neto (DIAS, 2007, p. 170-173).

---

<sup>15</sup> Art. 1.838, Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente;

<sup>16</sup> Súmula 377, STF: No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento;

<sup>17</sup> Art. 1.830, 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;

É herdeiro legítimo necessário, garantia dada pelo novo Código Civil, elevando consideravelmente colocação na ordem de vocação hereditária, de forma mais do que justa, reparando assim erros cometidos em legislações anteriores. Além do direito sucessório, a lei garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação, independentemente do regime de bens, art. 1.831, do CC. Herdando a totalidade da herança caso não exista descendentes nem ascendentes vivos, independentemente do regime de bens (DIAS, 2007, p. 131-133).

#### **2.4 Dos colaterais (CC 1.829, IV).**

Os herdeiros colaterais na ordem sucessória herdam após os descendentes, ascendentes e cônjuge, todos estes são herdeiros necessários e inafastáveis por testamento ou doações *inter vivos*, seguindo-se assim os herdeiros colaterais até o quarto grau, não tendo o *status* de herdeiros necessários sendo apenas herdeiros legítimos. Herdando os parentes colaterais, se inexistirem outros herdeiros, que os antecedam na ordem de vocação hereditária, isto é descendentes, ascendentes e cônjuge (NADER, 2009, p.155-158).

O direito de representação dos parentes colaterais encontra o seu limite até o terceiro grau, logo somente os sobrinhos podem herdar por representação de seus pais na herança do tio *de cujus*, por consequência de existirem outros tios sobreviventes, irmãos do falecido, conforme art. 1.840, do CC<sup>18</sup>, além disso, não existindo irmãos sobreviventes do falecido herdarão os filhos destes e não os havendo, os tios art. 1.843, do CC<sup>19</sup>.

Decerto, existe uma regra injusta a respeito dos bilaterais receberem o dobro dos unilaterais, tanto no caso dos irmãos do falecido, conforme art. 1.841 do CC<sup>20</sup>, como dos sobrinhos do falecido, art. 1.843 §2º do CC<sup>21</sup>, na falta de irmãos bilaterais os unilaterais recebem a herança por igual, o mesmo acontece com os sobrinhos unilaterais.

Em suma não sobrevivendo descendentes, ascendentes, cônjuge, herdeiros legítimos ou testamentários ou tendo os herdeiros renunciado a herança ou ainda sido excluídos da

---

<sup>18</sup> Art. 1.840, Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

<sup>19</sup> Art. 1.843, Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

<sup>20</sup> Art. 1.841, Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

<sup>21</sup> Art. 1.843 §2º Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.

sucessão por indignidade ou deserdação, a herança recairá em sua totalidade ao ente público, conforme disposto no art. 1.844 do CC.

## **2.5 Da vocação hereditária do convivente art. 1.790 do CC.**

Antes de qualquer coisa com já dito, anteriormente, a união estável passou por uma fase de total negação do ponto de vista legal que se estende de 1916 a 1988, ao total reconhecimento das uniões estáveis que se iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 § 3º, posteriormente no ano de 1994 com a publicação do primeiro texto infraconstitucional sobre o polêmico tema, com a Lei 8.971 de 29 de Dezembro de 1994, logo com advento da nova Lei 9.278 de 10 de Maio de 1996, procuraram de outra forma resgatar o princípio constitucional enquadrando sua normativa à regulação da pela Carta Maior.

Surpreendentemente, apesar de ser regulada pela Constituição Federal, equiparada ao casamento e reconhecida como entidade familiar pelo Estado, a união estável não obteve seu lugar de direito até o advento das Leis 8.971/94 e 9.279/96, que de alguma forma tentaram regular o que já tinha sido explicitado pela Constituição. Certamente, não poderia ter sido silenciada ou negligenciada a conquista constitucional, pois desta forma estaríamos diante de um flagrante de inconstitucionalidade, com tudo isso a regulação destas leis tiveram o objetivo de regular tanto o regime de bens com o direito sucessório dos conviventes (LEITE, 2004, p. 48/50).

Com o surgimento do Código Civil de 2002, houve uma grande expectativa de inserção da união estável no texto legal, de certo houve esta inclusão, onde o art. 1.723 do CC,<sup>22</sup> reconhece a união estável com entidade familiar, além da possível conversão em casamento conferido no art. 1.726, do CC<sup>23</sup>, porém em relação à concorrência sucessória houve uma desarrazoada distinção do direito sucessório entre o cônjuge e o companheiro,

---

<sup>22</sup> Art.1.723, É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>23</sup> Art. 1.726, A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.



onde são regulados em artigos e maneiras diferentes, este se encontra no art. 1.790 do CC<sup>24</sup> e aquele no art. 1.829, do CC, como já foi visto nos subitens antecedentes.

O companheiro participa da sucessão do falecido quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, a base de cálculo são os aquestos, tanto para se avaliar o montante da meação, quanto para identificar a quota sucessória concorrente. Em suma o direito de concorrência do convivente é somente sobre os aquestos.

Contudo apesar do *caput* do art. 1.790 do CC deixar clara a intenção de restringir o direito do companheiro aos bens que ajudou a amealhar, nos incisos do referente artigo, fazem-se referências à herança, este conjunto de normas é que serve de base para calcular a quota dos descendentes e ascendentes: meação do falecido, os seus bens particulares, as doações e os direitos sucessórios que recebeu (DIAS, 2008, p. 174).

Ao convivente, foi assegurado também o direito de concorrência, juntamente com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária, da mesma forma que acontece com o cônjuge, porém com mais privilégios, pois o cônjuge além de concorrer com os descendentes e ascendentes, está em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, fazendo jus á legítima, ou seja, a metade do acervo que integra a herança e ainda possui o *status* de herdeiro necessário, em contraste com o direito garantido ao cônjuge, o convivente, esta em quarto lugar depois dos parentes colaterais de quarto grau na ordem de vocação hereditária, é simplesmente herdeiro legítimo, apenas fazendo jus aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, possuindo *status* de herdeiro facultativo podendo imotivadamente ser excluído da herança (DIAS, 2008, p. 69-174).

## **2.6 Da concorrência do convivente com os descendentes em comum e os exclusivos do *de cuius* (CC 1.790, I e II).**

Na concorrência do convivente sobrevivente, com os descendentes em comum, com o *de cuius* o convivente recebe parte igual à de seus filhos, herdando com se fosse um deles,

---

<sup>24</sup> Art. 1.790, A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

**I** - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

**II** - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

**III** - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança;

**IV** - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

caso os filhos sejam exclusivos do falecido, estes recebem o dobro do quinhão do convivente sobrevivente. Desse modo se todos os herdeiros forem filhos do casal, o quinhão de todos será igual, desta forma a herança sendo dividida por cabeça entre todos, por consequência, se o companheiro sobrevivente tiver cinco filhos, será dada a parcela de um quinto para todos e assim sucessivamente.

Na concorrência sucessória com os descendentes, o quinhão a ser recebido por cônjuges e companheiros só é semelhante em uma única hipótese: quando todos os herdeiros são filhos seus, e isso se for até três filhos, pois o quinhão pertencente ao cônjuge nunca poderá ser inferior a um quarto, ou seja, mesmo que possua cinco filhos o cônjuge terá garantido 25% da herança e os filhos 15% da herança, diferentemente do que ocorre com o convivente que recebe a mesma porcentagem dos filhos independente de quantos forem, sendo assim, mais uma diferenciação de direitos concedido pelo Código Civil (DIAS, 2008, p.175).

Logo depois, em relação aos herdeiros que são filhos exclusivos do autor da herança, eles recebem o dobro do convivente sobrevivente, recebendo a metade do que cada enteado faz jus à herança, multiplicando-se por dois os números de filhos somando mais um, que é a fração do parceiro, enquanto que o viúvo recebe parcela igual ao dos enteados. É inegável o privilégio descabido, dado ao cônjuge, visto que ambos têm proteção do Estado, são reconhecidos pela Constituição Federal e pelo próprio Código Civil, desobedecendo assim ao Princípio da igualdade.

O Código Civil, quanto à ordem de vocação hereditária dos conviventes, também foi omissos a não se referir a respeito da filiação híbrida, isto é quando há tanto filhos exclusivos do autor, com filhos em comum com o convivente sobrevivente, não existe qualquer indicação de qual maneira deva se calcular o direito de concorrência, porque ao convivente são concedidas parcelas distintas, na dependência da existência ou não de vínculo de filiação com os herdeiros, tendo assim inúmeras propostas em sede doutrinária.

No entanto, se houver filhos comuns do *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de um ponto obscuro entre tantos da lei (VENOSA, 2003, p. 121).

Certamente, essa seria uma forma de amenizar a obscuridade da lei, sendo assim, tanto os filhos como, os enteados e o próprio convivente sobrevivente teriam direito a partes iguais,

da herança do *de cuius*. Porém a posição que vem predominando, é a que existe um arranjo entre as duas hipóteses legais, por conseguinte preservando o direito do sobrevivente sem descumprir a norma constitucional a qual é defeso a discriminação entre os filhos, art. 227 §6º da CF.<sup>25</sup>

Concorrendo o companheiro sobrevivente com filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, se a maioria da prole for comum, o companheiro deve receber proporcionalmente, quantia que se aproxima da parcela destinada a cada filho. E, se for maior o número de enteados, menor o quinhão do padrasto. Para chegar a uma homogeneidade de resultados são necessários complicadíssimos cálculos algébricos (DIAS, 2008, p. 178).

Sendo assim, é diminuída a participação do convivente, na medida em que for maior o número de filhos exclusivos, do *de cuius*, recebendo uma cota menor, do que se houvesse um maior número de filhos em comum com o falecido, de modo que, os filhos e enteados receberiam partes iguais.

Essa omissão a respeito da concorrência hereditária, tanto de filhos comuns, como de filhos exclusivos do falecido, é um problema existente em relação ao cônjuge e ao convivente, sendo assim, até que haja uma consolidação jurisprudencial ou uma nova norma a respeito, a matéria continuará sem regulação definida, tornando cada vez mais insegura, a legislação atual.

Apesar de nossa Carta Maior não mais distinguir as famílias derivadas de entidades familiares distintas, a norma disciplina tais descendentes em categorias diferentes, eis que lhe concede uma base de cálculo diferente.

## **2.7 Da concorrência do convivente com os ascendentes e parentes colaterais do *de cuius* (CC 1.790, III).**

Na concorrência com os ascendentes do companheiro falecido, a parte que cabe ao companheiro sobrevivente é sempre igual a um terço dos aquestos, conforme art. 1.790 III, do CC, caso ambos os genitores do falecido estiverem vivos, cada um deles recebe um terço e mais a integralidade dos bens particulares do filho, porém na união estável, como esta

---

<sup>25</sup> Art. 227 § 6º, Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação;

disposta no *caput* do art. 1.790, do CC, participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (DIAS, 2008, p.151).

[“A] a expressão “herança”, constante dos incisos III e IV do art. 1.790, em seu sentido próprio, mais abrangente do que” bens adquiridos, onerosamente na vigência da união estável” (*caput*). No rigor da boa técnica, o conteúdo do *caput* deveria ser comum a todas as hipóteses em que o dispositivo a seguir se desdobra; no caso específico, porém, se a “herança” de que tratam os incisos, III e IV se limitar aos bens comuns (conforme sugere o *caput*), chagaríamos a situação de extrema iniquidade, como a do de *cuius* que, sem parentes sucessíveis e sem haver feito testamento, houvesse vivido, em união estável, durante longos anos, no curso dos quais não chegou a adquirir bens que tivessem comunicado ao companheiro. Não parece razoável, em tais circunstâncias, ter por vacante a herança, destinando-a ao ente estatal, quando, entre duas possíveis interpretações de dispositivos a cerca da sucessão legítima, há de se dar preferência àquela que maior confira proteção a família (em especial, aos familiares mais próximos, como é o caso) (PEREIRA, 2009, p.138/139).

Diante do exposto, é indubitavelmente preciso de que o Código Civil de 2002, em seu novo texto, deixou várias interrogações na aplicabilidade das normas, referentes ao direito sucessório do companheiro, desta forma ficando, a critério do magistrado interpretar a norma como desejar, claro que de forma fundamentada, mas é dever da legislação neste caso indicar a solução para cada caso concreto, de forma coerente e justa.

Além disso, se seguirmos a vertente de que o companheiro sobrevivente, só participa na sucessão, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, os companheiros que por ventura, não chegaram a formar patrimônio em comum, não faria jus a meação, como ainda não seria chamado a suceder o *de cuius*, desta forma o companheiro estaria em total desamparado.

Neste sentido, sobre a concorrência com os ascendentes do falecido, o convivente sempre receberá um terço, tanto quando, a concorrência for com os dois genitores do falecido, ou quando apenas um genitor existir, ficando este com o quinhão de dois terços, diferentemente do que ocorre com a concorrência do cônjuge, que receberia o mesmo quinhão do único genitor existente.

Porém a distinção entre cônjuges e companheiros não termina, pois na inexistência de genitores, os avós do falecido do convivente teriam direito a dois terços, e o convivente apenas um terço, já o cônjuge independentemente de quantos sejam os avós terá direito a 50% da herança, é absurdamente diferenciado o tratamento entre cônjuges e conviventes é escancaradamente inconstitucional.

Com os parentes colaterais, por incrível que pareça existe concorrência sucessória com o convivente, conforme disposto no art. 1.790 III, do CC, os colaterais estão em terceiro lugar

na ordem de vocação hereditária, deixando o convivente amargando o último lugar. Sem fundamento algum, os colaterais até o quarto grau, herdam antes do convivente sobrevivente, que faz jus somente a concorrer com eles.

Desta forma, irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos, não importando quem são nem quantos são os herdeiros, ficando estes sempre com o dobro dos bens adquiridos pelo casal durante o período de união, porém resta a dúvida se a participação do convivente é em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união ou se é sobre a herança.

Da forma como está posto no caput do art., 1.790, a participação do companheiro é exclusivamente sobre os aquestos: bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. No entanto, a lei muda de critério ao estabelecer o direito de concorrência com os “outros parentes sucessíveis” (CC 1.790 III). Estes só podem ser os colaterais. Neste caso, é garantido ao companheiro “um terço da herança”, ou seja, sobre todo o patrimônio, e não apenas sobre os aquestos (DIAS, 2008, p. 181).

Tendo em vista que a lei não é clara, deixando, assim brechas a respeito de qual, referencial se tomar, o do caput que se refere aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou a um terço da herança, com está no inciso III do art. 1.790 do CC.

Diferentemente ocorre com o cônjuge sobrevivente, visto que este nem concorre com os colaterais, pelo contrário estão na sua frente na ordem de vocação hereditária, sendo assim, a depender da existência do cônjuge, não herdara nada o parente colateral, com isso sendo excluído totalmente do direito de suceder. O cônjuge ainda difere em outro aspecto, pois tem o direito a herdar os bens exclusivos do falecido e não somente quanto aos bens em comum.

### **CAPÍTULO 3 A REGULAÇÃO DA SITUAÇÃO SUCESSÓRIA DOS CONVIVENTES PERANTE AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS.**

Tendo em vista, a situação problemática dos conviventes, no âmbito do direito sucessório, existem tanto decisões que geram uma esperança de solucionar essa discriminação, como também existem Tribunais que insistem em excluir o direito sucessório dos conviventes, seguindo posicionamento de que a Constituição Federal de 1988 não teria equiparado união estável ao casamento, sendo assim válida a distinção entre o cônjuge e o companheiro, dada pelo Código Civil de 2002.

Em contraponto ao que estabelece o Código Civil, os Juízes das Varas de Família e das Sucessões do interior de São Paulo, reunidos no I Encontro dos Juízes de Família do interior de São Paulo, por maioria de dois terços dos presentes, elaboraram enunciados a respeito de inúmeras questões dentro do Direito Civil e Processo Civil, algumas das questões suscitadas, foram a respeito do art. 1.790 do CC, e sua constitucionalidade (PERALTA 2008).

ENUNCIADO 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima (I Encontro dos juízes de família do interior de São Paulo. São Paulo, Piracicaba, realizado em 10 de novembro de 2006).

ENUNCIADO 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação (I Encontro dos juízes de família do interior de São Paulo. São Paulo, Piracicaba, realizado em 10 de novembro de 2006).

ENUNCIADO 52. Se admitida à constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo (I Encontro dos juízes de família do interior de São Paulo. São Paulo, Piracicaba, realizado em 10 de novembro de 2006).

Dessa maneira, com a intenção de resguardar o que fora previsto na Constituição Federal de 1988, os Juízes do interior de São Paulo, de uma forma ou de outra, minimizaram, tamanha diferenciação entre o casamento e a união estável, pelo menos em sua jurisdição de competência, reconhecendo informalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC,

devendo, segundo o entendimento daqueles, a sucessão do companheiro observar a mesma disciplina da sucessão do cônjuge, ainda mais, que se admitida à constitucionalidade do referido artigo, o companheiro terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme descrito no inciso IV, e não o que está contido, no *caput* do art. 1.790, o qual o companheiro só faz jus aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

No Tribunal de Justiça de São Paulo foi averiguada a incompatibilidade do inteiro teor do art. 1.790 do CC, posto que se encontre em total descompasso com o art. 226, § 3º da CF, logo conforme o agravo de instrumento provido pelo Desembargador Francisco Loureiro do TJSP<sup>26</sup>, defendendo assim a inaplicabilidade do art. 1.790, do CC, sendo esta posição pacificada no TJ de São Paulo.

A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, é suscitada em alguns julgados, em sua maioria em referência ao inciso III, do referente artigo. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, existem bastantes divergências, a respeito do tema, por exemplo, no agravo de instrumento, do TJRS<sup>27</sup>, visto que fere tanto o Princípio da Igualdade, como o da Equidade, estabelecer distinções entre cônjuge e o companheiro que de acordo com a Carta Maior, são igualmente tidas como entidade familiar.

1. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. 2. A própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer à interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da

---

<sup>26</sup> SUCESSÃO DA COMPANHEIRA - Incompatibilidade do artigo 1.790 do Código Civil com o sistema jurídico de proteção constitucional às entidades familiares e o direito fundamental à herança - Impossibilidade da legislação infraconstitucional alijar, direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, em especial o direito à herança - Posição jurisprudencial que se inclina no sentido da inaplicabilidade do ilógico art.1.790 do Código Civil - Recurso provido, para reconhecer a meação da companheira aos ativos deixados pelo autor da herança, mas afastá-la da concorrência com o descendente menor, aplicando-se o regime do artigo 1.829, do Código Civil. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n.º 5679297000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 11-09-2008).

<sup>27</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. sucessões. inventário. situação regida pelo código civil em vigor na data da abertura da sucessão. PEDIDO DE RECONHECIMENTO ao DIREITO à totalidade da herança, com a exclusão dos parentes colaterais da sucessão. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO, À LUZ DO REGRAMENTO DISPOSTO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE, APLICÁVEL À ESPÉCIE. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO artigo 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ao COMPANHEIRO E ao CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. pedido de alvará para Venda de automóvel de propriedade do falecido. Possibilidade (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI n.º 70028139814, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 15-04-2009).

lei (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI n.º 70028139814, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 15-04-2009).

Com a finalidade de, reparar o mal feito pela norma, o Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, decidiu oferecer ao companheiro nesta situação, os mesmos direitos que seriam dados ao cônjuge, ou seja, elevar o companheiro ao terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, apenas este concorrendo com os descendentes e ascendentes, deixando em quarto lugar os colaterais, como é previsto, no art.1.829, IV do CC.

Sob o mesmo ponto de vista a 8ª Câmara do mesmo Tribunal de Justiça<sup>28</sup>, concedeu provimento a um agravo de instrumento sobre a mesma matéria, assim se consolidando cada vez mais este entendimento, sendo cada vez, mais constatada, que esta lide esta cada vez mais corriqueira nos Tribunais do Brasil.

Os Tribunais em face, deste tema polêmico, têm levado bastante consideração, sobre o tempo da abertura da sucessão, visto que se antes da vigência do Código Civil de 2002, a ordem de vocação hereditária do companheiro, é baseada na ordem estabelecida pela Lei 8.971/94 e Lei 9.728/96. No art. 2, III da Lei 8.971/94<sup>29</sup>, dizia que na falta de descendentes e ascendentes o companheiro sobrevivente, terá direito a totalidade da herança.

Ora, em outro agravo de instrumento<sup>30</sup>, o *de cujus* faleceu no ano de 2003, sendo assim já estando na vigência do novo Código Civil, porém o Desembargador Presidente Rui Portanova, atuando como relator para o acórdão do referido agravo, com a presença de outros Desembargadores venceram por maioria dos votos o Relator Claudir Fidelis, o qual seguia linha de raciocínio da aplicação da lei no tempo, da abertura da sucessão.

Vigora, portanto, na hipótese, a norma do artigo 1790, III, do Código Civil. Até mesmo porque, da leitura do artigo 226, § 3º, CF/88, não se conclui que o casamento seja igual, para todos os efeitos, à união estável, já que a norma maior determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, nada mais (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI n.º 70027138007, Decisão por maioria suscitaram o conflito de inconstitucionalidade, vencido o Des. relator, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 18-12-2008).

---

<sup>28</sup> Agravo de instrumento. inventário. união estável. direito sucessório do companheiro sobrevivente. colaterais. exclusão. Quando o *de cujus* não deixa descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, o que afasta o direito hereditário dos parentes colaterais. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI n.º 70027645217, Decisão Monocrática, Rel. Des. Rui Portanova, j. 25-11-2008).

<sup>29</sup> III, art. 2, na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

<sup>30</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 1.790, inciso III, DO CÓDIGO CIVIL. (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI n.º 70027138007, Decisão por maioria suscitaram o conflito de inconstitucionalidade, vencido o Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 18-12-2008).



Diante de seu voto o Desembargador Claudir, foi além de sua teoria a respeito da aplicação da lei no tempo, para negar provimento ao recurso, questionando a igualdade do casamento e a união estável, afirmando que a Constituição Federal apenas facilitou a conversão da união estável em casamento e nada mais.

Voltando-se ao caso concreto, penso que temos base doutrinária suficientemente respeitada e adequada para não sucumbirmos numa visão tão simplista quanto tradicional a entender que o novo dispositivo do Código Civil, revogou pura e simplesmente, uma das maiores conquistas da recente civilização brasileira. Com efeito, o reconhecimento da absoluta igualdade dos companheiros e dos cônjuges, que nasceu nos seio da sociedade brasileira, cresceu e se fortificou com a unanimidade jurisprudencial, até tornar-se lei, não pode ser jogado fora, de uma hora para outra, com um canetaço tão desatualizado quanto injusto. As bases culturais que fizeram projetar aquele reconhecimento estavam muito bem sentadas na Constituição Federal como um todo, nos Direitos Fundamentais, muito particularmente, e nos princípios transcendentais como igualdade e dignidade da pessoa humana. Logo, penso que a melhor forma de resolver esta questão da lei no tempo, não é aquela tradicional, assentada numa lógica formal, de simples revogação. Se o Direito é um sistema, como é, então é na interpretação sistemática – e não na lógica formal – que vai se assentar a melhor forma de se fazer Justiça no Poder Judiciário (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI n.º 70027138007, Decisão por maioria suscitaram o conflito de inconstitucionalidade, vencido o Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 18-12-2008).

Todavia, o Desembargador Presidente Rui Portanova, saiu em defesa mais uma vez da inconstitucionalidade da Lei, precisamente do art. 1.790 III, do CC, mencionou, que algo mais importante do que a aplicabilidade da lei no tempo, é o Código Civil que com este artigo acaba revogando, uma das maiores conquistas da sociedade brasileira, evoluindo assim de forma justa, saindo do formalismo desnecessário visto que, tanto o casamento como a união estável estão no mesmo patamar, ambas com proteção legal, e protegida pelo Estado.

A respeito deste mesmo agravo de instrumento de n.º 70027138007, foi suscitado, por maioria, da colenda 8ª Câmara Cível da referida Corte, em face do art. 1.790 III, do CC de 2002, sendo assim, diante do reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo citado, devendo o incidente de inconstitucionalidade ser apreciado, pelo egrégio Tribunal Pleno da corte de Justiça do Rio Grande do Sul, mediante seu Órgão Especial, fundamentando-se nos termos do art. 97 da CF<sup>31</sup>, art. 481 e seguintes do CPC<sup>32</sup> e art. 209 do RITJRS.

---

<sup>31</sup> Art. 97, Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>32</sup> Art. 481, Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Em seguida, tal questão foi submetida ao Órgão Especial pela Justiça do Rio Grande do Sul<sup>33</sup>, foi julgada improcedente por maioria dos votos, não sendo aceito o argumento de inconstitucionalidade a respeito do tratamento diferenciado ao cônjuge e ao companheiro, tornado assim cada vez mais tormentoso e protelatório o caminho de reconhecimento da equiparação dos dois institutos, embora já tenha sido regulada a vinte e dois anos atrás com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como também a criação das Leis 8.971/94 e Lei 9.728/96, que atribuíam e regulamentou a questão dos alimentos devidos ao companheiro ou companheira, a questão sucessória e o direito real de habitação.

A maioria dos Desembargadores seguiu o voto da Relatora e Desembargadora Maria Izabel de Azevedo Souza, que foi contra a arguição de inconstitucionalidade, tecendo assim inúmeros comentários e fundamentações doutrinários a respeito do assunto em tela, conseguindo assim o voto de muitos desembargadores.

Eminente Presidente, eu ousou divergir, acompanhando a Des. Maria Isabel, que poupou muito do meu trabalho, porque disse, parece-me, tudo o que poderia ser dito e de forma realmente bastante abrangente. Pouco teria a acrescentar. Invoca-se muito o princípio da igualdade entre o casamento e a união estável. Eu gostaria que alguém me mostrasse onde, na Constituição, está escrito que casamento e união estável é a mesma coisa. O único dispositivo que trata do assunto é o § 3º do art. 226, que garante a proteção do Estado à união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que já por aí demonstra que não são iguais institutos, como bem destacou a Des. Maria Isabel. Então, não há, efetivamente, a meu ver, nenhuma ofensa a qualquer regra constitucional. Ademais, convenhamos, o princípio da dignidade humana já está um tanto quanto gasto. Toda regra que alguém acha injusta, com a qual não concorda, invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana para dizer que ela, por ofender esse princípio basilar da Constituição, é inconstitucional. Ora, onde tudo é inconstitucional, nada o será, na verdade. Então, parece-me que o legislador infraconstitucional utilizou uma faculdade que é sua, de tratar diferentemente o que é diferente. União estável e casamento não são a mesma coisa, embora ambos sejam espécies do gênero entidade familiar, mas são espécies distintas, e deve ser preservada aos indivíduos que constituem essas diferentes unidades familiares a possibilidade de optar entre uma e outra, não se lhes impondo um tratamento absolutamente igualitário. No mais, até para não cansar os Colegas repetindo argumentos da Des. Maria Isabel, acompanho Sua Excelência e voto pela improcedência (TJRS – Arguição de Inconstitucionalidade nº 70029390374 – Porto Alegre – Órgão Especial – Rel. Des. Leo Lima – Rel. para o acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza – DJ 11.05.2010, *grifos nossos*).

<sup>33</sup> INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (TJRS – Arguição de Inconstitucionalidade nº 70029390374 – Porto Alegre – Órgão Especial – Rel. Des. Leo Lima – Rel. para o acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza – DJ 11.05.2010).

Em princípio, a respeito do que foi mencionado no voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, é relevante salientar que a Constituição Federal não precisa escrever em suas entrelinhas que a união estável e o casamento são iguais, visto que, os dois institutos passaram por uma evolução histórica semelhante, ambos eram preteridos pela legislação, claro que a união estável era muito mais discriminada, logo, antes da CF de 1998 nem assim era conhecida, e sim como conhecida como concubinato puro, desde então, sendo tão segregado ainda nos dias atuais.

Ao tratar de que não ofende nenhuma regra constitucional, o Desembargador se equivoca, pois a partir do momento, que o Estado confere proteção a união estável reconhecida como entidade familiar, o Estado chama para si tratar de forma igualitária, com equidade, dignidade e proporcionalidade a todos aqueles que por livre arbítrio decidem se unir, por meio da união estável. Não é somente injusta a regra dada aos companheiros, é descabida e significando um retrocesso, visto que antes do advento do novo Código Civil, as Leis 8.971/94 e 9.728/96, datavam um tratamento totalmente diverso do que é dado hoje.

Em suma, os que são preteridos em função da vigência deste dispositivo, realmente podem se queixar, da falta de dignidade, visto que, existem companheiros, que passam trinta anos de convivência e por consequência da morte do seu companheiro, é obrigado a ficar com apenas, um terço do que conquistou com o companheiro falecido, ficando com todo o resto da herança um parente colateral, que em muitas vezes nunca se importou com o *de cuius*, desta forma o princípio da dignidade da pessoa humana não esta sendo usado de forma inadequada.

Como resultado da improcedência do incidente de inconstitucionalidade, as decisões a respeito da inconstitucionalidade do art. 1.790, III do CC, se tornaram causas perdidas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme consta no agravo de instrumento julgado recentemente na 7ª Câmara Cível<sup>34</sup>, na data de sete de Julho de 2010.

Ademais, a questão relativa a aplicação do artigo 1.790, III, CC, mostra-se pacificada em face de julgamento em arguição de inconstitucionalidade n. 70029390374, pelo Órgão Especial desta e. Corte onde restou sedimentado o entendimento de aplicação plena deste dispositivo legal por ausência de qualquer

---

<sup>34</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA COM COLATERAIS. APLICAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. DISPOSITIVO DECLARADO CONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL. A companheira participará da sucessão do companheiro falecido, concorrendo com outros parentes sucessíveis, quando inexisterem ascendentes ou descendentes. Manifesta a aplicação do artigo 1.790, III, do Código Civil. Agravo de instrumento desprovido, de plano (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI n.º 70037097151, Rel. Des. Jorge Luis Dall Agnol, j. 07-07-2010).

vício de inconstitucionalidade que o macule (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI n.º 70037097151, Rel. Des. Jorge Luis Dallagnol, j. 07-07-2010).

Por mais que se questione e se conteste a constitucionalidade do referido dispositivo, em relação ao ajuizamento no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, será causa perdida infelizmente, visto que em seu Órgão Especial, o dispositivo é válido constitucional, de forma totalmente pacificada.

Desta forma, em cada parte do Brasil verificou-se a existência de Tribunais que são a favor da inconstitucionalidade da lei, e outros, defendendo que a norma é constitucional, sendo assim ocasionando uma instabilidade jurídica, versando sobre a mesma matéria, o que produz uma descrença da sociedade do que significa justiça, acerca desta matéria.

## **CAPÍTULO 4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO DOS CONVIVENTES COMO HERDEIROS NECESSÁRIOS.**

Decerto, em relação ao direito sucessório do convivente, existem duas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito análise da constitucionalidade da sua regulação perante o Código Civil de 2002, por um lado acredita-se, que seja constitucional e merecida essa regulação dada aos conviventes; no entanto, há quem acredite se tratar, essa nova regulação de um flagrante caso de inconstitucionalidade, causador se um retrocesso social. Toda essa divergência gira em torno, sobre o questionamento, da igualdade entre o casamento e a união estável, dada pela Constituição Federal de 1988 (DIAS, 2008).

A Constituição Federal em seu art.226, fala da proteção especial que o Estado deve dar à família, cujo qual é à base da sociedade. Especificamente em seu § 3º, a união estável entre homem e mulher é reconhecida como entidade familiar devendo o Estado a proteger, e a lei facilitar a sua conversão em casamento. Diante deste reconhecimento pela maior de todas as leis, devem todas as outras leis se fundamentar e respeitar, suas normas, seguindo a risco seus princípios gerais, fundamentos e objetivos nela contidos.

Com o propósito de regulação do instituto da união estável, reconhecida assim como entidade familiar juridicamente reconhecida, esperou-se mudanças a respeito da compreensão da relação dos conviventes e dos seus direitos, que até então não eram reconhecidos de fato, embora a Constituição Federal de 1988, já houvesse sido promulgada, não se sentiu reais mudanças a respeito da situação do companheiro, visto que o Código Civil da época era o de 1916, a qual fez raríssimas referências ao concubinato, disposições que em sua maioria estigmatizavam as uniões livres. Não fazia menção à união estável, até por que essa nomenclatura foi dada pela Constituição Federal atual, de tal forma o que hoje se conhece como união estável era conhecida como concubinato puro (CAVALCANTI, 2003).

O constituinte deixou nas mãos do legislador ordinário os requisitos para definir a caracterização da união estável, assim surgindo à Lei 8.971/94, a qual requer certos elementos caracterizadores: a união por um período superior a cinco anos, ou houvesse a existência de prole, os companheiros deveriam ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos (DIAS, 2008).

Conferiu também direito à pensão alimentícia, desde que comprovada à necessidade do alimentado, além de atribuir ao companheiro, direitos sucessórios, dizendo que na falta de descendentes e ascendentes o companheiro sobrevivente, teria direito a totalidade da herança, Em relação à partilha dos bens o companheiro teria direito a meação em caso de morte do companheiro e o direito ao usufruto vidual (PANZINI, 2009).

Com a finalidade de cada vez mais, melhorar a situação do companheiro entrou em vigência a Lei 9.728/96, a qual em seu art. 1º define a união estável como uma convivência duradoura pública e contínua, entre homem e mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, desta forma não sendo mais necessário, o prazo de cinco anos para caracterizar a união estável, derogando assim o art. 1º, da Lei 8.971/94, a qual se fazia necessário o prazo superior a cinco anos (CAMPOS, 2003).

A lei, ainda, fez menção a respeito do direito real de habitação do imóvel destinado a residência da família, o direito a meação dos bens a título oneroso na constância da união estável, presumindo-se o esforço comum dos companheiros.

Decerto, foi um grande e merecido avanço, para a união estável antes chamada de concubinato puro, além de outras nomenclaturas anteriores a esta, que sofreram uma discriminação de séculos. Passando de uma total insegurança jurídica, para uma efetiva regulação, sendo assim uma grande evolução social, a qual, por certo momento, estaria se desprendendo de falsos moralismos, dando um verdadeiro pulo evolutivo, equiparando de fato a união estável ao casamento, sendo atribuído a ambos os institutos, direitos semelhantes (DIAS, 2008).

Com advento do Código Civil de 2002, foi destinado à união estável e aos seus efeitos um título próprio, separado do título dos direitos pessoais aonde, se encontra o casamento, causando assim certa estranheza, a esta organização, visto que são entidades familiares. A justificativa dos legisladores para esta exclusão foi o fato de que o projeto de reformulação do CC era de duas décadas atrás, sendo assim, na época não se cogitava a união estável, ser considerada como entidade familiar, muito menos ter proteção do ordenamento jurídico (CAMPOS, 2003).

No art. 1.723 do CC<sup>35</sup>, foi reconhecida como entidade familiar a união estável, dentre dos requisitos exigíveis para sua caracterização, os artigos seguintes sintetizaram os principais

---

<sup>35</sup> Art. 1.723, É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

§2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

elementos das Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.728/96, diferenciando certamente a união estável do concubinato em seu art. 1.727 do CC<sup>36</sup>, estipulou o regime da comunhão parcial de bens entre companheiros, em caso de não existência de contrato escrito entre eles, de acordo com art. 1.725 do CC<sup>37</sup>, em título diverso do Código Civil o art. 1.694 *caput*<sup>38</sup>, foi dedicado tanto ao cônjuge como ao companheiro o direito alimentos, decorrente da dissolução (PANZINI, 2009).

Surpreendentemente, em relação aos direitos sucessórios, o Código Civil de 2002, foi totalmente perverso, tratou cônjuge e companheiro de formas distintas, o que é inadmissível com o regime constitucional vigente. Em primeiro lugar, o cônjuge é herdeiro necessário concorrendo à sucessão com os descendentes e ascendentes, na falta destes recebe a totalidade da herança, o companheiro é herdeiro facultativo, concorrendo com os descendentes, com os filhos exclusivos do falecido, ascendentes e ainda com os parentes colaterais, caso não existam os colaterais sucessíveis, terá direito a totalidade da herança (VENOSA 2003).

Certamente, ocorreu um retrocesso, uma vez que a Lei 8.971/94, na ausência de descendentes e ascendentes do companheiro falecido, o convivente recebia a totalidade da herança. Estabelecido no art. 1.790, *caput*, do CC, somente em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, estava o companheiro participara da sucessão, ora o companheiro já é meeiro, dos bens adquiridos onerosamente durante a relação.

Logo, permanece a dúvida se a totalidade da herança a que se refere o inciso IV, do art. 1.790, neste contexto limita-se aos bens adquiridos na vigência da união estável, caso ocorra desta forma, visto que é passível de mais de uma interpretação, se o companheiro falecido tiver deixado outros bens adquiridos anteriormente, e não havendo outros parentes sucessíveis o convivente sobrevivente não fará jus a estes bens, sendo assim passados ao Município, ao Distrito Federal ou à União (PERREIRA, 2009).

Importa saber, se houve ou não a revogação das Leis 8.971/94 e 9.728/96, visto que o diploma legal não optou pela revogação expressa, tornando cada vez mais incerta as decisões a serem tomadas a cada caso. Decerto, entendesse que somente as normas contrariam ao Código Civil de 2002, forma revogada e as matérias que por este diploma foram inteiramente reguladas. Já o direito real de habitação para o companheiro não foi regulado no Código Civil,

---

<sup>36</sup> Art. 1.727, As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Art. 1.694 *caput*, Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

sendo omissa em relação a este direito, porém para cônjuge assegurou tal direito em seu art. 1.831 do CC<sup>39</sup>. Desta maneira já que o diploma legal não revogou expressamente as leis, anteriores e que se silenciou a respeito do direito real de habitação, sendo assim possível a aplicação do art. 7<sup>40</sup> da Lei 9.728/96, o qual garante este direito para os companheiros.

Diante de tudo o que foi exposto, anteriormente a vigência do Código Civil de 2002, foi demonstrada e praticada a intenção de regulação dos direitos dos companheiros, de forma efetiva, sendo a união estável reconhecida como entidade familiar para o Estado, sendo colocada em pé de igualdade com o casamento, merecido o patamar que alcançou com o advento da Constituição Federal de 1988 e posteriormente com as Leis 8.971/94 e 9.728/96.

Sem fundamento, preferiu o legislador de 2002 estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro nem é equiparado ao cônjuge, nem estabelece regras claras para sucessão. Tanto o casamento como a união estável são baseados na convivência, no afeto, na intenção de constituir família, entre outros elementos norteadores da família. Logo, a união estável é um casamento que se constitui sem normas exigidas por lei sem algumas formalidades (VENOSA, 2003, p. 241).

O Tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da Igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a sua inconstitucionalidade (DIAS, 2008, p. 71).

Se anteriormente à vigência do Código Civil de 2002, não existia essa discriminação a respeito do convivente, com que fundamento explica esta mudança abrupta de garantia de direitos sucessórios, visto que a Constituição Federal é a mesma, o dispositivo que reconhece a união estável como entidade familiar não foi reformulado por nenhuma emenda constitucional, muito menos revogado. A partir dessa resistência dos operadores em equiparar a união estável ao casamento, acaba ocorrendo a transgressão dos princípios da igualdade, isonomia, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e da equidade.

---

<sup>39</sup> Art. 1.831, Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

<sup>40</sup> Art. 7, Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

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



Por outro lado, existem doutrinadores e jurisprudências que suscitem ao contrário, que interprete a intenção da Constituição Federal em reconhecer com entidade familiar, em momento algum foi igualar a união estável ao casamento. Há radicais no entendimento que o atual Código Civil representou a vontade do legislador, de tratar desigualmente a união estável e o casamento, sendo assim não conferindo aos conviventes direitos iguais aos dos cônjuges (PALERMO, 2007, p. 59).

Outro argumento a favor da não igualdade dos cônjuges e companheiros é de que, se estivessem de fato igualadas, não se faria necessário a facilitação da lei a conversão da união estável em casamento, e que se admitisse a equiparação estaria por completo desaparecida esta distinção, e que não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais, se já são iguais seria desnecessário a sua conversão (LEITE, 2004, p.50-52).

A Constituição Federal de 1988 deu dignidade, mandou proteger, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, respeitável a todos os títulos, merecedora de amparo, deferência, consideração. Mas a Carta Magna sinalizou, claramente, a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída, pelas sociedades matrimoniais, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável com o casamento (VELOSO *apud* LEITE, 2004, p. 52).

Inquestionavelmente, para os autores que não defendem a igualdade da união estável e o casamento, o Código Civil de 2002 não ocasionou nenhum dano, para os companheiros muito pelo contrário alargou a sua proposta constitucional. Afirmando assim, se tais de direitos sucessórios forem outorgados de forma igualitária para os companheiros e para os cônjuges sobreviventes, defendem que aos poucos, não existiria mais o casamento, devido à simplicidade, celeridade e informalidade das uniões estáveis (PALERMO, 2007, p. 57-58).

Alguns doutrinadores, até concordam, em certa parte, com alguns prejuízos trazidos, pelo Código Civil de 2002, ao direito sucessório do convivente, mas ainda assim discordam da igualdade entre o casamento e a união estável. Nem tudo o que o legislador introduziu a respeito da regulação da união estável, é de necessária mudança, visto que se deve existir o bom termo, a justa medida, para que assim não se aniquile os mais profundos valores da sociedade brasileira (LEITE, 2004).

As jurisprudências, embora divergentes, não identificam inconstitucionalidade na lei, além de não ver nenhum tipo de ofensa à regra constitucional e defendem a tese de que, toda regra que alguém acha injusta, com a qual não concorde, invoca o princípio da dignidade da pessoa humana, para assim conseqüentemente dizer que a norma é inconstitucional.

## CONCLUSÕES

Diante de todos os argumentos analisados, não resta dúvida que a união estável e o casamento sejam relações familiares idênticas, o que surpreende é fato da lei tratar de forma desigual institutos reconhecidos pela lei maior. Todos sabem que a única diferença entre o casamento e a união estável, é a formalização do casamento, um “pedaço de papel”, realmente a diferença é muito grande.

A princípio o convivente tem resguardado um leque de garantias e por conseqüência de uma nova lei, é tolhido e discriminado da forma que faz o CC de 2002, diploma este que também reconhece a união estável como entidade familiar, e logo após em seu art. 1.790, é retirado o seu direito de herdeiro necessário.

A justificativa dos legisladores para esta exclusão é a de que o projeto de reformulação do Código Civil é de duas décadas atrás. Bem se a Constituição Federal foi promulgada em 1988, deste ano até 2002, são 14 anos neste meio tempo, houve o advento de duas Leis a 8.971/94 e 9.728/96, que garantiram direitos a quem se unia de forma estável, será que realmente os legisladores não tiveram condições de inserir de forma adequada os direitos sucessórios do companheiro. É humanamente impossível acreditar em tal justificativa.

A evolução do tratamento jurídico do cônjuge, para garantia de seus direitos também foi tormentosa e lenta, porém nunca foi repudiado, como o concubinato puro nos séculos passados, mesmo sendo uma relação informal, sem impedimentos legais, sendo estigmatizado pela Igreja e a sociedade. Estamos em pleno século XXI, e ainda a resquírios deste estigma na própria legislação, ao mesmo tempo em que nasceu, no berço das civilizações, o casamento também, surgiram às uniões livres, se a primeira chegou ao ápice da evolução, porque não dar tratamento e direitos iguais a união estável, porque uma pode evoluir e a outra quando consegue evoluir logo depois volta ao *statu quo ante*.

O Código Civil de 2002, de forma retrógada, ignorando todo o esforço que foi empregado na construção legal, doutrinária e jurisprudencial do regime da união estável, cujo foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, em suma, o quadro evolutivo que tinha sido estabelecido, foi praticamente desfeito depois do advento do CC de 2002.

O legislador deveria ter arrolado o convivente com herdeiro necessário, equiparado ao cônjuge, figurando no dispositivo do art. 1.845 do Código Civil, além de situá-lo na ordem de vocação hereditária, do art. 1.829, ao lado do cônjuge em equiparação com este, então desta forma estaria de fato correspondendo com o mandamento constitucional, solucionando o problema dos companheiros. É importante frisar a existência de projetos de lei, que almejam as alterações pretendidas dos pontos mais críticos em relação ao direito dos conviventes, Projeto de Lei nº 6.960/02, do deputado Ricardo Fiúza, na qual não atenderia todos os propósitos necessários para a satisfação plena de direitos, e o Projeto de Lei nº 4.944/05 de autoria do deputado Antonio Carlos Biscaia, atendendo sugestões do Instituto Brasileiro de Direito de Família, porém de uma forma muito radical.

Como resultado de todo esse problema, gerado por esta norma inconstitucional que vigora atualmente, se chega a conclusão de que as pessoas não são livres para escolherem de que forma querem se relacionar, sendo assim praticamente obrigadas a recorrer ao casamento, visto que esse sim, tem segurança jurídica e regulamentação e proteção efetiva do Estado.

Apesar dos julgamentos de inconstitucionalidade da lei, acontecem apenas em casos concretos isolados, desta forma, não sendo uma justiça ordenada e pacífica havendo sempre decisões controvertidas para situações jurídicas iguais. Infelizmente, esta é a opinião de alguns doutrinadores, Tribunais e jurisprudências que acabam, no fim das contas, tendo um peso enorme a respeito deste tema bastante polêmico.

Finalmente, diante de todo o exposto a respeito do tema, a análise de que o Código Civil de 2002 agiu de forma totalmente ultrapassada, preconceituosa e distante da evolução dos fatos sociais, destinando direitos sucessórios diferentes para dois institutos reconhecidos e protegidos pelo Estado, é público e notório a necessidade de mudança urgente.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade Mecum acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 89, 30 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4342>>. Acesso em: 10 nov. 2010.
- CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- EQUIPARAR. In: Dicionário do Aurelio Online, 2008. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Equiparar>>. Acesso em: 8 Mai. 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil, volume XVIII: do direito da família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- IGUALDADE. In: Dicionário do Aurelio Online, 2008. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Igualdade>>. Acesso em: 8 Mai. 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito das sucessões: (arts.1.784 a 2.027)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELO, Nehemias Domingos de. **União Estável – conceito, alimentos e dissolução**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2682>>. Acesso em 4 Nov. 2010.
- MENEZES, Gustavo. **União estável putativa**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/uniao-estavel-putativa-405299.html>>. Acesso em 4 Nov. de 2010.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.6.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O cônjuge e o convivente no direito das sucessões: modificações introduzidas pelo código civil de 2002**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PERALTA, Bárbara Heliadora de Avellar. **A Sucessão do Companheiro face à ausência de norma dispositiva focada na concomitância de filhos comuns e exclusivos do falecido**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=443>>. Acesso em 03 Set. 2010

PAZINI, Claudio Ferreira. **Alimentos e sucessão na união estável**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Arguição de inconstitucionalidade nº 70029390374**. Relator: Des. Leo Lima, 11 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14964>>. Acesso em 23 Out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento AI nº 70028139814**. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 23 Out. 2010

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo provido em monocrática AI. nº 70027645217**. Relator: Des. Rui Portanova, 25 de Novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14964>>. Acesso em 08 Set. 2010

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. Inconstitucionalidade art. 1.790, inciso III do código civil. AI. nº 70027138007**. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda, 18 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 09 Set. 2010

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Sucessão da Companheira AI nº 5679297000**. Relator: Des. Francisco Loureiro, 11 de Setembro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 23 Out. 2010

SOARES, Josué Ebenézer de Souza. **Conceito de família no novo testamento**. 5 Jun. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/6696/1/Familia-17--Conceito-De-Familia-No-Novo-Testamento/pagina1.html#ixzz15NnfdRLi>>. Acesso em: 08 Out. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito da família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.6.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.7.