

MARISA APARECIDA RAMOS

**SUCCESSÃO EM RAZÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL À
LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.**

BRASÍLIA
2012

MARISA APARECIDA RAMOS

**SUCCESSÃO EM RAZÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO
ESTÁVEL À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
ISONOMIA.**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito da
Faculdade Processus. Orientador:
Professor Adalberto Nogueira Aleixo.

**BRASÍLIA
2012**

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. Da mesma forma, ao meu esposo, Onei Lundin, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades. Dedico também aos meus filhos, Isabela e João Vitor, que embora não tivessem conhecimento disto, iluminaram de maneira especial os meus pensamentos me levando a buscar mais conhecimentos. E, não deixando de agradecer, de forma grata e grandiosa, meus pais Roque e Evani, a quem eu rogo todas as noites a minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor e orientador Adalberto Aleixo, o qual, aprendi a admirar e respeitar, pela paciência e incentivo que tive em momentos difíceis. Do mesmo modo, pelos conhecimentos transmitidos na orientação, e, fundamentalmente, por acreditar em minha capacidade.

EPÍGRAFE

“ Onde Não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

(Ingo Sarlet – Juiz e Jurista brasileiro)

RESUMO

O Direito de Sucessões é um dos ramos do direito em que melhor podemos evidenciar a imposição de regras estatais na vida do indivíduo, uma vez que é o mesmo que determina o modo de como o patrimônio deixado pelo *de cujus* deve ser partilhado entre seus herdeiros. Com destaque, a sucessão de dois herdeiros em especial: o companheiro e o cônjuge sobrevivente, por tratar-se de indivíduos que desempenham papéis idênticos em institutos semelhantes: a união estável e o casamento são considerados entidade familiar pela Constituição pátria. No entanto o Código Civil de 2002 insere esses dois herdeiros em patamares diferentes ao determinar o direito à sucessão de seu companheiro e do seu cônjuge. Surgindo assim, um debate sobre eventual afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana uma vez que o legislador infraconstitucional ao elaborar as leis não determina um tratamento igualitário para cônjuge e para companheiro. Desta forma este trabalho abordará posicionamentos diversos acerca do tema. Demonstrando uma evolução no conceito de família, assim considerada pelas Constituições ao longo do tempo; bem como as principais divergências na sucessão de cônjuge e companheiro e a discussão sobre uma possível afronta aos princípios constitucionais acima citados.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessões. Casamento. União estável. Isonomia. Dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1- CASAMENTO	9
1.1 Visão histórica do casamento	9
1.1.2 Efeitos do casamento	12
1.1.3 Extinção do vínculo matrimonial	14
1.2 União estável	15
1.2.1 Efeitos da união estável	17
1.2.2. Conversão da união estável em casamento e dissolução da união estável.	19
CAPÍTULO 2. SUCESSÃO	22
2.1 Sucessão do cônjuge sobrevivente	27
2.2 Sucessão do companheiro	31
CAPÍTULO 3. RAZOABILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO	35
3.1 Crítica a Diferenciação	36
3.2 Corrente favorável à diferenciação	38
3.3 A diferenciação à luz dos princípios constitucionais	41
CONCLUSÃO	46
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o Direito das Sucessões, especialmente sobre a sucessão do cônjuge supérstite e do companheiro, assim estabelecido no Código civil 2002, evidenciando as principais diferenças existentes e apontando para uma eventual afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil aloca o companheiro e o cônjuge sobrevivente em situações distintas no livro do direito das sucessões, a exemplo do art. 1.790, que define a maneira como o companheiro sucederá o morto; e do art. 1.829 e seguintes, onde o legislador estabelece a sucessão do cônjuge supérstite.

O primeiro capítulo bordará o conceito de entidade familiar, assim definido pela doutrina, bem como um breve histórico do casamento e da união estável como entidades familiares no Brasil.

O segundo capítulo dispensará atenção para a sucessão, momento em que o trabalho entrará de fato no tema em tela, tratando especificamente da sucessão do cônjuge sobrevivente e do companheiro.

Por fim, o terceiro capítulo, apontará para as diferenças mais relevantes existentes do Código civil 2002, demonstrando alguns pontos que tornam justificável o texto do código anteriormente citado; e os elementos que demonstram a falta de coerência do legislador infraconstitucional ao tratar de forma diferenciada a sucessão do cônjuge e do companheiro.

A eleição do tema aqui apresentado encontra justificativa no fato de ser o direito das sucessões uma das formas mais expressivas da intervenção direta do Estado no interesse particular de cada um, ao estabelecer a forma como o patrimônio de um indivíduo deve ser partilhado entre seus herdeiros.

O legislador, ao definir a sucessão do cônjuge sobrevivente e do companheiro o fez com base nos efeitos civis advindos do casamento civil e da união estável, logo tratou de não igualar a sucessão de ambos. Como não são

institutos iguais, logo não se poderia advir direitos iguais para os que o compõem.

De certo que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, não igualou os dois institutos, casamento civil e união estável, contudo, são institutos que tem como base a família, logo se assemelham naquilo que lhe é mais importante: o papel de cada pessoa na convivência, no afeto, no cuidado mútuo e no amor.

Dessa forma, é questionável o posicionamento do legislador infraconstitucional ao não tratar de maneira igualitária a sucessão do cônjuge supérstite e do companheiro.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica (com a consequente inserção das fontes no respectivo campo de referências bibliográficas); documental (pesquisa nas leis); e a explicativa (com a interpretação do texto legal). Vale ressaltar que os posicionamentos doutrinários colaboraram de modo considerável para a abordagem do objeto deste trabalho.

CAPÍTULO 1. CASAMENTO

1.1 Visão histórica do casamento

O casamento, no direito brasileiro, tem raízes no direito canônico e romano. Desde o princípio, é um ato revestido de intensa formalidade. Sendo assim, utilizarei como base para conceituar o casamento o direito romano e o direito canônico, porquanto ambos são constituintes e abundosos no campo do direito de família. No direito romano existem duas definições: a do Modestino que diz “matrimônio é a união do homem e da mulher e o consórcio de toda a sua vida, e também uma comunicação de direito divino e humano”, isto é, há a ideia de união de toda a vida dos indivíduos, formando um consórcio de sua existência¹.

Outra definição do direito romano vem das Institutas (1,9,1) que assim define casamento: “Núpcias ou casamento é a união do homem e da mulher, estabelecendo entre eles uma comunhão de existências indivisível”. Entende-se que indivisível não significa indissolúvel, uma vez que os romanos admitiam o divórcio.

Por sua vez, o direito canônico trata o casamento como um contrato, um sacramento e um estado, consoante os Códigos de Direito Canônicos de 1917 (Cân. 1.012, § 1º) e de 1983 (Cân. 1.055, § 2º):

Cân. 1055 § 1. O pacto matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento.

§ 2. Portanto, entre batizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja por isso mesmo sacramento.

O casamento que existia, até o advento da República, em 1889, tanto para os católicos, bem como, para os não católicos, era apenas o religioso. Já o casamento civil, surgiu em 1891, sendo então, identificado como o

¹ BORGHI, Hélio. **Casamento e União Estável. Formação, eficácia e dissolução**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 26.

casamento indissolúvel, merecendo consagração em todas as Constituições Brasileiras. Apesar de ter inúmeras definições sobre o casamento, Carlos Roberto Gonçalves, dá exemplo da época clássica do direito romano:

[...] A aludida definição é do século III e reflete ideias predominantes no período clássico: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, ou seja, casamento é a conjugação do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão de direito divino e do direito humano.²

O Código Civil de 1916, em relação ao casamento, elencou direitos e deveres diferentes para os cônjuges. Enquanto o homem era o provedor da família, chefe da sociedade conjugal, e representante legal, a mulher fazia apenas o papel de colaboradora.

Atualmente, o casamento é visto como um vínculo entre duas pessoas, seja, ele com reconhecimento religioso, ou apenas civil. Um vínculo de intimidade podendo ser representado pelas relações de afeto. Já no âmbito civil, é representada por um contrato, concepção esta defendida por Pontes de Miranda, para quem o casamento:

[...] é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. Vol. VII, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

Contudo, entende Carlos Roberto Gonçalves,³ que o casamento “é negócio jurídico bilateral e não um contrato, pois, no Brasil, a palavra contrato tem, de regra, aplicação restrita aos negócios patrimoniais”.

O que se discute na doutrina é saber qual a natureza jurídica do casamento: Para o Direito canônico é um sacramento e um contrato natural, pois, que advém da natureza humana, ou seja, os direitos e deveres advindos dele são determinados pela natureza e não são passíveis de alteração.⁴

Por outro lado, há uma concepção institucionalista, que defende ser o casamento uma instituição social, posição esta defendida por Washington de Barros Monteiro⁵, pois, considera o casamento como:

Uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos... A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.

Entretanto, também existe uma terceira concepção denominada mista, dizendo ser o casamento um ato complexo, sendo, ao mesmo tempo um contrato e uma instituição. Não se estabelecendo o casamento somente com o fim patrimonial, mas, também com finalidade de interesses morais e pessoais, pois, antes do entendimento jurídico de casamento já existia a união do homem e da mulher.

Tendo o casamento características próprias do negócio jurídico bilateral, sendo assim, um acordo de vontades com o intuito de obter efeitos jurídicos.

Por outro lado, tem o casamento infundido em sua constituição a vida em comum, a assistência recíproca, a criação e educação dos filhos, o que

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. Vol. VII, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 37 ed. atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2004, v. 2.

ressalta o aspecto institucional que traz muito mais elementos sociológicos que jurídicos.⁶

Desta forma, o casamento é um ato extremamente solene e pessoal. Tendo a solenidade início com os editais, em seguida, vem a realização da cerimônia e o fim com a inscrição no registro público.

Sendo caracterizado por uma série de formalidades perante a autoridade estatal, a qual se incumbirá de promover a publicidade, consentindo com isso a garantia de validade do ato. Ressaltando-se ainda, que é possível que ocorra o casamento por procuração, consoante o artigo 1535 do Código Civil de 2002.

O caráter pessoal do casamento se materializa no fato de caber exclusivamente aos nubentes manifestar sua vontade de constituir casamento.

1.1.2 Efeitos do casamento

São vários os elementos que constituem a solenidade do casamento e da mesma forma os efeitos jurídicos pessoais advindos deles, gerando efeitos e consequências nas áreas sociais, pessoais e patrimoniais. No campo social, o casamento produz efeito que atinge toda uma sociedade, sendo, através da constituição da família, conforme estabelece o artigo 226, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988. Ou, através do planejamento familiar, sendo de livre decisão do casal, descrito no artigo 1565, § 2º, do Código Civil de 2002.

Da mesma forma, dispõe o artigo 1565, do Código Civil de 2002, que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão da vida instituída pela família”, dizendo, ainda, que compete apenas ao Estado “propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

A constituição do casamento ainda pode gerar o efeito de emancipar o cônjuge, sendo este, menor de idade, tornando-o plenamente capaz, estabelecendo o chamado vínculo de afinidade ⁷.

O artigo 1566, incisos I a V, do Código Civil de 2002, dispõe que os cônjuges devem um ao outro a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a assistência, respeito e consideração mútuos, definindo desta forma os efeitos pessoais.

Ressalta-se ainda, os direitos e obrigações entre marido e mulher, advindos do casamento onde os mesmos devem ser exercidos conjuntamente, pois, pertencem aos dois, conforme dispõe o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

Outro efeito pessoal, diz respeito ao dever dos pais de sustentar, guardar e educar os filhos, conforme estabelece o art. 1566, inciso IV, do Código Civil de 2002.

No âmbito patrimonial, a constituição do casamento traz também diversos efeitos para os cônjuges, sendo que, “a essência das relações econômicas entre os consortes residem indubitavelmente, no regime matrimonial de bens que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos”⁸ Essa característica é verificada quando do pacto antenupcial, adotado pelo casal e o regime de casamento que estão intimamente relacionados com o impacto do casamento no patrimônio dos cônjuges.

O Código Civil de 2002, em seus artigos 1658 ao 1688, trata dos tipos de regime de casamento adotados no Brasil: Comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação de bens.

Contudo, o direito real de habitação instituído no art. 1831, do Código Civil de 2002, também considerado um efeito patrimonial, existe independente

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.126.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.149.

do regime de bens adotado, bem como, deve ser considerado “sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança” e “relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

O direito de suceder dos cônjuges, também, encontra-se ligado ao regime de casamento escolhido pelos mesmos. Seguindo a ordem de vocação hereditária, o cônjuge que vier a sobreviver tem com ele à modalidade de regime pactuado no casamento, como também o direito de concorrer com os descendentes e ascendentes do de cujus.

Segundo artigo 1829, inciso I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente somente sucederá o autor da herança caso seja casado sob o regime de comunhão parcial de bens, e desde que, o morto não tenha deixado bens particulares.

Salienta-se que, a partir do momento em que houve o acordo do regime de comunhão parcial de bens e que o de cujus tenha deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorre como herdeiro relativamente a todos os bens, não somente aos particulares.

1.1.3 Extinção do vínculo matrimonial

O artigo 1571, do Código Civil de 2002, descreve as causas que dão término ao vínculo matrimonial, quais sejam: nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio e morte, sendo compreendida também a presumida.

Destaca-se que, com o advento da emenda constitucional nº 66, de 2010, a qual alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição, o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio independente de tempo e sem que haja prévia separação.

1.2 União estável

A terminologia união estável, até a constituição de 1988, não existia. Sendo união prolongada entre o homem e a mulher, chamada por um longo período, de concubinato também conhecido como “união livre”⁹. No entendimento de Washington de Barros Monteiro, é a vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento.

Para efeitos legais, eram concubinos tanto aqueles que mantinham vida marital sem serem casados, bem como os que contraíssem matrimônio não reconhecido legalmente, por exemplo os que casam no estrangeiro e não tinham o matrimônio reconhecido pelas leis brasileiras e ainda os que continuavam unidos por um casamento tendo sido este declarado nulo.

O Código Civil de 1916, apenas reconhecia a família constituída pelos laços matrimoniais, e não dispensava qualquer proteção às relações extramatrimoniais. Pelo contrário, proibia as doações à instituição de seguro e, a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento¹⁰.

Com a evolução sócio cultural, as relações familiares deixaram de serem relações apenas baseadas no casamento, ou seja, baseadas num documento. Com isso, o direito foi acompanhando essas mudanças culturais no Brasil e foi entendendo que uniões baseadas não só no casamento, mas, que tivessem intenção pública, duradoura, de constituir família deveriam ter a proteção do Estado.

A constituição de 1988 deixou claro que a união estável deveria ser equiparada ao casamento. Teve uma legislação no ano de 1994 (lei 8.971/94) e uma em 1996 (lei 9.278/96), legislações que vieram traduzir o que era a união estável, até então, chamada de concubinato. “A primeira legislação veio trabalhando com lapso temporal, a união estável tinha que ter um lapso

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Sucessões*. 37^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.580.

temporal mínimo de cinco anos em não havendo filhos, mas, se os companheiros tivessem filhos a união era reconhecida sem a fixação de qualquer prazo legal”¹¹.

A segunda legislação trouxe em seu artigo primeiro o reconhecimento como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

O Código Civil de 2002 diz que a união estável é uma união pública, duradoura e com intenção de constituir família. Onde a mesma não contemplou prazo, nem a necessidade de se ter filhos, sendo um avanço no posicionamento jurisprudencial. O artigo 1723 no §1º do Código Civil, estipula que, não se constituirá união estável 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. Quais sejam¹²:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Desta forma deve-se entender que a união estável tem o dever de respeitar os mesmos impedimentos estabelecidos ao casamento, salvo aquele elencado no inciso VI do artigo acima citado.

¹¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: comentários às Lei 8.971/94 e 9.278/96**. 5. ed. São Paulo: Paloma, 2000, p. 60.

¹² ABREU FILHO, Nylson Paim (organizador). **Vade Mecum**. 6ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 257

1.2.1 *Efeitos da união estável*

A união estável, não se constitui sob as mesmas regras impostas para o casamento, para que exista necessita apenas da vontade das partes, e uma vez existindo gera efeitos jurídicos de ordem pessoal, social e patrimonial.

Na esfera social, a união estável é reconhecida pela constituição no artigo 226,§3º, como entidade familiar, uma vez que, assim como, o casamento gera efeitos que afeta toda uma sociedade, pois, a união estável também forma a família, sendo esta, reconhecida pela constituição como alicerce da sociedade.

Por existir uma entrega pessoal recíproca e voluntária, gera os efeitos pessoais da união estável, o Código Civil em seu artigo 1724, dispõe que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos.¹³” Ressaltando-se que, os direitos e obrigações entre os companheiros devem ser exercidos conjuntamente, pois, pertencem aos dois, conforme estabelece a Constituição em seu artigo 226, § 5º. Dentre os deveres impostos aos cônjuges, os mais característicos e essenciais à conservação da vida em comum são os deveres de: Lealdade, respeito e assistência mútua.

A constituição da união estável traz também efeitos patrimoniais para os companheiros. Segundo artigo 1725, do Código Civil de 2002, os conviventes têm faculdade de firmar contrato de convivência, diz que “salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens¹⁴”. Dessa forma, tanto o companheiro, quanto o cônjuge, poderá concorrer com os demais herdeiros à herança deixada pelo de cujus.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.83.

O artigo 1790 do Código Civil de 2002 dispõe sobre a concorrência, o qual estabelece que o companheiro terá participação na sucessão do de cujus, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, devendo observar algumas condições, as quais, serão esclarecidas oportunamente.

Como já mencionado à cima, o regime de comunhão parcial de bens adotado para a união estável pode ser afastado mediante contrato de convivência podendo ser através de instrumento público ou particular, encontrando-se semelhanças como o pacto antenupcial do casamento. Se, o contrato for feito por instrumento público deve ser registrado em cartório de títulos e documentos.

O contrato firmado entre as partes tem por finalidade questões de cunho patrimoniais, pois, em face do princípio da informalidade que rege a união estável, não há necessidade de que os companheiros comprovem através de contrato a instituição de entidade familiar. A formação desta, decorre de forma natural, ou seja, com o simples convívio.

Vale salientar que o casamento e união estável são institutos diferentes mesmo tendo entre eles efeitos pessoais, sociais e patrimoniais semelhantes. A maior diferença, entre, os institutos estão na forma de constituir os mesmos, haja vista, ser o casamento completamente revestido de solenidade enquanto, a união estável encontra-se totalmente desprovida desse requisito.

Outro ponto que afasta a ideia de serem institutos iguais é o fato de haver a previsão constitucional, art. 226, § 3º, da conversão da união estável em casamento, pois como entende Cavalcanti¹⁵, “é inerente a ideia de conversão a de desigualdade: não se converte uma coisa em outra a menos que sejam desiguais”.

¹⁵ CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 04.

A união estável e o casamento são institutos que se distanciam no que diz respeito as suas estruturas e que se assemelham em sua essência, ou seja, naquilo que dá suporte a sua existência, ou seja, as pessoas.

Os indivíduos, pois, são os instrumentos que dão alicerce e essência aos institutos, haja vista que estes não existiriam se não fosse pela atuação daqueles.

1.2.2. Conversão da união estável em casamento e dissolução da união estável.

A conversão da união estável em casamento está inserida na parte final do § 3º do art. 226, da Constituição, onde fica determinado que a lei deverá facilitar a sua realização. Quanto ao termo, facilitar citado na Constituição, entende Cavalcanti ¹⁶ que:

facilitar é prover meios necessários à simplificação do ato; remover as dificuldades que de qualquer modo possam impedir ou dificultar a providência; o que subentende fazer simplificado na hipótese o processo nupcial, isto é, abrir mão das formalidades que possam, sem prejuízo do essencial, ser dispensadas.

A lei nº 8.971/94, não se manifestou a respeito, mas a lei nº 9.278/96, em seu artigo 8º, regulamentou a matéria, no sentido de que os conviventes podem, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do registro civil da circunscrição de seu domicílio.

No código civil de 2002, atendendo a orientação da Constituição, dispôs, em seu art. 1726, o modo como os companheiros devem propor conversão da união estável em casamento: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”¹⁷.

¹⁶ CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 130.

¹⁷ BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável**. 2ª Ed, Juarez de Oliveira, 2005, p.92.

Na busca de por em prática o mandamento constitucional, o Código Civil dá aos companheiros duas formas de elaborar o pedido ao judiciário, no sentido de sua união ser convertida em casamento: o administrativo e o judicial. O administrativo se aplica em caso de consenso, uma vez que as partes podem dirigir-se ao cartório de registro civil para encaminhar o pedido, com os mesmos documentos exigidos para o casamento. O judicial se aplica em caso de dúvida do oficial de registro civil.

Uma vez lavrado o registro, há um casamento, sendo, então, viável a anulação, a nulidade, a separação judicial e o divórcio. A dissolução da união estável pode ser, também de duas formas, quais sejam: consensual e litigiosa. Na forma litigiosa ou em caso de morte de um dos companheiros, pode ser formalizada por meio da ação ordinária de reconhecimento e dissolução de união estável, cuja competência é do juízo de família.

Já a dissolução pela “via consensual, onde os conviventes voluntariamente e de comum acordo põem termo à relação.¹⁸” Os companheiros podem propor uma ação declaratória no Judiciário, bem como podem buscar materializar essa dissolução no Cartório de Registro Civil, uma vez que a lei 11.441/2007 estabelece que as separações judiciais, divórcios e inventários podem, observados os requisitos legais, ser feitos pela via administrativa.

¹⁸BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável**. 2ª Ed, Juarez de Oliveira, 2005, p.94.

CAPÍTULO 2. SUCESSÃO

A palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra. Assim, há substituição do detentor de um direito sem que haja alteração no conteúdo e no objeto da relação jurídica. Segundo conceito de Caio Mário a sucessão significa, a continuidade de fatos que ocorrem uns após os outros, ou seja, uma sequência de fatos. Ou seja, juridicamente, se materializa no fato de uma pessoa assumir a titularidade de um direito ou de uma obrigação dentro de uma relação jurídica, advinda de outra pessoa.¹⁹

Já o termo utilizado, no sentido restrito, implica a ideia de transferência do patrimônio deixado por alguém em razão do evento morte, ou seja, a denominada sucessão causa mortis.

Reconhece-se, atualmente, duas maneiras de sucessão, quais sejam: a sucessão por ato entre vivos e a sucessão que advém com a morte de alguém, passando assim os direitos e obrigações deste para seus herdeiros e legatários.

Contudo, observa-se que esse é o conceito amplo do vocábulo sucessão, pois quando se trata da transmissão de bens, obrigações e direitos em razão da morte, passa-se para o campo da ciência jurídica: direito das sucessões.

Desta forma, entende o direito das sucessões como um complexo de dispositivos jurídicos que regem a transmissão do patrimônio do falecido para os herdeiros, patrimônio este entendido como ativo e passivo.

O Código Civil de 1916 reconhecia como família apenas aquelas exclusivamente constituídas através do matrimônio. Não sendo reconhecidos

¹⁹ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI. Direito das Sucessões. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

os filhos fora do casamento. Buscando, assim, assegurar a integridade da família e do patrimônio familiar.

No entanto, a Carta Magna, ao afirmar que a família é a base da sociedade, merecedora de proteção especial do Estado, e que o afeto é o que fundamenta o direito sucessório nos dias atuais, trouxe duas importantes disposições ao direito sucessório: o artigo 5º, XXX, que inclui o direito de herança e a do artigo 227, §6º, que assegura a igualdade de direitos, entre os filhos legítimos e os filhos ilegítimos, ou seja, aqueles concebidos fora dos laços matrimoniais, bem como os concebidos por adoção. Desta forma, assegura os mesmos direitos e obrigações a ambos, ficando expressamente proibido fazer qualquer distinção. Já as Leis, n 8.971/1994 e 9278/96 regularam o direito de sucessão entre companheiros. Já o Código Civil vigente, instituído pela Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, apresentou inúmeras inovações, destacando-se, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes.

Atualmente, o direito de sucessão esta inserido no livro V do Código do Direito Civil de 2002. Onde, estabelece regras à efetiva sucessão do autor da herança. Nos artigos 1832, 1836, 1837, 1838 e 1839 dispõe as formas de sucessão para o cônjuge sobrevivente. Já, o artigo 1790 dispõe sobre as do companheiro.

Entende-se que, quando se fala em direito das sucessões, está se priorizando a transmissão em decorrência da morte, ou seja, o Direito das Sucessões dá a ideia de morte. No entanto, a morte ser considerada apenas como morte natural ou presumida, pois, não existe em no ordenamento Brasileiro a “morte civil”.

A sucessão é aberta no instante da morte, ou no instante em que se presume a morte de alguém, surgindo, assim, o direito hereditário e automaticamente a substituição do morto por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas que fazia parte.

No código Civil, o artigo 1784, dispõe que: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Afirma acerca desse assunto, Eduardo de Oliveira Leite, que "a sucessão causa mortis abre-se com a morte do autor e a titularidade de seus direitos deve se transmitir imediatamente aos seus sucessores a título universal, já que é inconcebível a ocorrência de direito subjetivo sem titular"²⁰.

Sendo assim, entende-se que a abertura da sucessão traz como consequência imediata à transmissão da herança.

Entretanto com a morte, é transmitido não só o patrimônio, mas também, os direitos e obrigações do falecido, sendo denominada transmissão *causa mortis*. É, neste sentido estrito, que usa o vocábulo sucessão: a transferência. Como bem esclarece Maria Helena Diniz citada por Maria Berenice Dias²¹:

O direito sucessório trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte de uma pessoa aos seus herdeiros, de um modo geral, seus familiares. Tratando-se de direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugado ao direito das famílias. O elemento familiar definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.

A sucessão pode ser a título universal, ou singular. Sendo universal, é transmitida a totalidade do patrimônio ao sucessor, ou uma quota dela. E, quando for singular, transfere-se apenas determinada porção de bens. A sucessão pode ser feita por atos *causa mortis*, ou *inter vivos*.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Vol. 6. Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.92.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

Ao contrário do entendimento majoritário, o doutrinador César Fiúza entende que a sucessão pode ser, além de causa mortis, um ato inter vivos.

Entendendo ainda, o escritor César Fiúza, que a sucessão Inter vivos não abrange apenas pessoa física, mas também, jurídica, por exemplo: Se uma empresa incorpora outra, haverá sucessão universal da incorporadora, que sucede a incorporada na totalidade de seu patrimônio.

Já, no caso de *causa mortis*, os herdeiros sucedem o defunto universalmente, na totalidade de seu patrimônio. Até a realização da partilha dos bens, a herança pertence a todos os herdeiros, indiscriminadamente, em regime de copropriedade.

O Código Civil utiliza a expressão *de cujus*, ou *de cujos* para designar o autor da herança, porém, há vários termos usados pelos doutrinadores. Como bem esclarece Fiúza²²:

O defunto recebe os nomes de falecido, finado, morto, sucedido, antecessor, inventariado, ou qualquer expressão semelhante. Às vezes, a palavra morto não se insere no contexto, Por exemplo, ficaria estranho dizer que “o defunto morreu sem deixar testamento”. Nestes casos, utiliza-se o termo “autor da herança”.

O momento da abertura da sucessão e o momento do inventário são distintos. A sucessão abre-se com a morte. Já o processo de inventário e partilha devem ser abertos dentro de 60 (sessenta) dias, a contar da abertura da sucessão, acabando nos 12 (doze) meses subsequentes, porém, pode o juiz prorrogar tais prazos de ofício, ou a requerimento da parte, consoante o artigo 983 do Código de Processo Civil.

Como já exposto, a lei que rege a sucessão é a do momento da morte, não do casamento. Como por exemplo, a pessoa que casou enquanto estava vigente o Código civil de 1916 e faleceu na vigência do Código Civil de 2002, a sucessão será feita tendo como base o código civil de 2002. A partir do

²²FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 14^a Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

momento do falecimento, torna a universalidade e, é transmitida aos herdeiros do falecido que adquirem a posse e o domínio. Dá-se o princípio do *saisine*, com abertura da sucessão os bens são transmitidos automaticamente aos herdeiros do falecido. Carlos Roberto Gonçalves diz assim²³:

Uma vez aberta a sucessão, dispõe o artigo 1.784 do Código Civil, que a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros. Nisso consiste o princípio da *saisine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança.

Em caso de morte presumida, aplicam-se as regras do artigo 7º, do Código Civil, onde, expõe hipóteses em que pode ser decretada a morte presumida como catástrofe, calamidade e o juiz deve decretar em que momento abre a sucessão :

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

As regras para abertura do inventário e competências estão previstas no artigo 96, do Código de Processo Civil, onde, elege o lugar do último domicílio. Porém, se houver vários domicílios, pode-se escolher um na abertura do inventário. Se tiver domicílio incerto, é local dos bens. Contudo, se tiver domicílio incerto e bens em diversos locais, é o local do óbito.

Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Parágrafo único. É, porém, competente o foro:

I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;

II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.

Mesmo que tenha residido fora do Brasil, se o *de cujus* possuir bens no Brasil, a lei que rege será a lei em que era domiciliado o falecido, entretanto, se tem herdeiros brasileiros, pode ser a lei mais favorável. Por mais que se aplique lei estrangeira, a competência será exclusiva da justiça brasileira, por questão de soberania quanto aos bens situados no Brasil.

2.1 Sucessão do cônjuge sobrevivente

Por meio da sucessão testamentária. No artigo 1829, do novo código Civil, o cônjuge sobrevivente, compõe a ordem de vocação hereditária, sendo considerado como herdeiro necessário, e assim, disciplinou sua participação na herança. Com isso, de acordo com o regime de casamento, o cônjuge concorrerá com os descendentes e ascendentes. De acordo com a Revista dos Tribunais citada por Washington de Barros:

Na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge não detinha a qualidade de herdeiro necessário, embora na ausência de descendentes ou ascendentes, fosse qual fosse o regime de bens do casamento, ainda que de separação, legal ou convencional, absoluta ou limitada, se não separado judicialmente, precedia ele aos colaterais na ordem de vocação hereditária²⁴.

Como bem esclarece o artigo 1830 do Código Civil vigente, o direito sucessório do cônjuge supérstite será reconhecido “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

²⁴Revista Forense, 100/507-194/239-210/218, Revista dos Tribunais, 151/702-274/400-277/448-525/106; Revista Trimestral de Jurisprudência, 12/121-40/698 citada por MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Sucessões*. 37^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.96

impossível sem culpa do sobrevivente”. Silvio Rodrigues, citado por Carlos Roberto Gonçalves, entende que:

Não se justifica, efetivamente, que o cônjuge sobrevivente seja chamado à sucessão legítima, se já se encontrava dissolvida a sociedade conjugal. Com maior razão se o casal estava divorciado, pois nesse caso não só a sociedade conjugal se encontra dissolvida, como extinto está o próprio vínculo matrimonial²⁵.

De acordo com o dispositivo no artigo 1832, em concorrência com os descendentes, o cônjuge receberá quinhão igual a dos que sucederam por cabeça e concorrerá com os ascendentes na falta de descendentes, não podendo nessa hipótese receber quota inferior à quarta parte da herança caso esses sejam filhos comuns, isto é, descendentes do *de cujus* e do sobrevivente. Porém, se concorrer com ascendente, pai e mãe, terá direito a um terço da herança, e terá direito à metade da herança se houver um só ascendente, ou se concorrer com avós; já, se, faltarem descendentes e ascendentes, terá ele direito a totalidade da herança; e, caso não exista cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau serão chamados a suceder.

Como já mencionado, sua quota não pode ser inferior à quarta parte da herança. Com propriedade, indaga Maria Helena Diniz, citada por Washington de Barros: “Como será feita a divisão se o cônjuge sobrevivente for ascendente de alguns descendentes e de outros não. A solução apontada parece realmente acertada: receberá apenas quinhão equivalente ao dos que herdarem por cabeça”²⁶.

Desta forma há, portanto, duas condições para que o cônjuge sobrevivente se torne herdeiro: Primeiro não estar separado judicialmente do *de cujus* no momento da morte deste, e nem, estar separado de fato há mais

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Sucessões*. Vol. VII, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.162.

²⁶ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*, 17ª Ed., 2003, Vol. VI, p.113 citada por MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Sucessões*. 37ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

de dois anos. Sendo que, neste último caso, deve haver prova de que a separação não ocorreu por culpa do sobrevivente.

Sendo assim é importante destacar o artigo 1.838, do Código Civil, que dispõe: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”. Para saber os direitos à herança do cônjuge deve ser feita distinção, entre, o patrimônio do autor da herança, e do cônjuge. Após isso, deve-se atentar para o regime de bens do casamento. Quem faz essa distinção com clareza é o autor César Fiúza:

Se o regime eleito era o da comunhão total de bens, metade do patrimônio do casal será considerado herança, sendo a outra metade do patrimônio do cônjuge meeiro. Se o regime era o da comunhão parcial de bens, será considerado herança o conjunto de bens particulares do inventariado, somando à metade do patrimônio comum. Sendo o regime o da separação de bens a herança constituirá apenas dos bens particulares do inventariado. Se houver patrimônio comum, a metade dele também integrará a herança. Finalmente, se o regime for o da participação final nos aquestos, considera-se herança o patrimônio individual e a metade dos bens adquiridos a título oneroso pelo casal, na constância do casamento.²⁷

Entende-se que, uma vez não se encontrando o cônjuge numa das condições prescritas pelo artigo acima, não há como ser reconhecida a sua legitimidade para suceder. Reconhece Venosa que “sem que se reconheça legitimidade ao cônjuge sobrevivente, não poderá ser atribuir a condição de herdeiro”²⁸.

Contudo, não é em qualquer regime de bens que o cônjuge tem direito de herdar junto com os herdeiros. É somente em três hipóteses em que o cônjuge herda, quais sejam: Primeiro se ele for casado pelo regime de comunhão parcial de bens e o falecido deixou bens particulares; Segundo se

²⁷ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 14^a Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1028.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Famílias**. Vol.VI. 9^a Ed., São Paulo: Atlas, 2009.

casado pelo regime de separação absoluta de bens; e terceiro se casado pelo regime de participação final dos aquestos.

Há também, três hipóteses que o cônjuge não herda, quais sejam: Casado pelo regime de comunhão parcial de bens se o falecido não deixou bens particulares; Casado pelo regime de separação obrigatória, também chamada de legal de bens; e por último, se a escolha foi pelo regime de comunhão universal de bens. Quando, o cônjuge concorre com ascendente, herda em qualquer regime, desde que, não seja separado de fato judicialmente, ou se for separado de fato não for por prazo superior a dois anos, com culpa.

Em regra, o cônjuge recebe a mesma quota que couber aos descendentes, porém, no final do artigo 1832, encontra-se uma exceção, diz que caso concorra com herdeiros que também sejam seus descendentes, não poderá receber menos que a quarta parte que cabe a cada um deles.

A sucessão resolvida na vocação da primeira classe terá o total da herança dividido em tantas partes quantos os descendentes do *de cujus*, sempre que todos sucedam por direito próprio, isto é, todos os descendentes devem guardar, relativamente ao morto, o mesmo grau de parentesco, mais a parte do cônjuge sobrevivente²⁹.

Por outro lado, caso não existam descendentes exclusivos do *de cujus*, isto é, de não serem descendentes comuns, o cônjuge sobrevivente não terá direito à quarta parte da herança, cabe-lhe, apenas uma quota igual ao que couber a cada um dos filhos³⁰.

No caso de o cônjuge sobrevivente concorrer com o pai e a mãe do falecido, terá direito a um terço (1/3) da herança, pois será dividida em partes iguais: 1/3 para o cônjuge, 1/3 para o pai e 1/3 para a mãe. Já se concorrer

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

com apenas um dos ascendentes do de cujus ou mesmo com os avós deste, independente do número, o cônjuge, sempre, receberá metade da herança.

Por fim, cabe resaltar que o cônjuge sobrevivente herdará a totalidade da herança se faltar descendentes e ascendentes do morto.

2.2 Sucessão do companheiro

O direito sucessório do companheiro esta contemplado no artigo 1790, do código civil vigente:

Art. 1790 A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

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

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

Diferentemente do cônjuge, o companheiro não compõe o rol de herdeiros constantes da ordem de vocação hereditária.

Destaca-se que, o companheiro não tem limitação de valor mínimo para a sua quota, isso ocorre tanto em relação aos descendentes exclusivos do *de cujus*, quanto em relação aos descendentes comuns, pois recebe quota como se todos fossem filhos comuns. Porém, se concorrer com descendentes exclusivos do falecido, terá direito a receber somente a metade que couber a cada um deles.

Assim, é feita a partilha na proporção de dois para um, ou seja, aos descendentes caberá o dobro do que couber ao companheiro.

Para o companheiro, foi estabelecido à concorrência com os colaterais, sendo assim, só terá direito à totalidade da herança caso não haja ascendentes e colaterais até quarto grau, ou seja, o companheiro ainda pode concorrer com tios ou primos do *de cuius*.

Destaca-se ainda que, segundo da leitura do artigo 1790, do CC, o legislador limitou a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, ou seja, a concorrência incidirá justamente sobre os bens dos quais o companheiro já é meeiro, estando este excluído na sucessão da partilha dos bens adquiridos anteriormente à formação da união estável e os adquiridos durante a união de forma não onerosa.

Dessa forma, se o falecido não adquiriu patrimônio no período da união estável, mesmo tendo deixado um patrimônio constituído antes, o companheiro sobrevivente não terá direito à herança, independentemente de quais sejam os herdeiros eventualmente existentes³¹.

Este entendimento advém do artigo 1725, do código civil de 2002. Onde, o referido dispositivo fixou expressamente a liberdade dos conviventes para disciplinarem as relações patrimoniais por meio de contrato escrito e, na ausência dessa estipulação, submeteu o regime de comunhão parcial de bens para a união estável.

Assim, modificou os aspectos patrimoniais da união estável. Estabelecendo expressamente sua submissão aos princípios e regras próprios do regime da comunhão parcial de bens, adotando verdadeiro estatuto patrimonial para a união estável.³²

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. VII Volume Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

³² Júnior, M. G. (2011). **O Regime da Comunhão Parcial De Bens No Casamento e na União Estável**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Desta forma entende-se que, caso os companheiros, em contrato de união estável, venham a optar por outro sistema patrimonial, tal regime não atinge as questões sucessórias, como bem assevera Venosa³³:

O legislador deveria ter previsto a hipótese, mas, perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa. Não há que se levar em conta que o contrato escrito entre os conviventes tenha o mesmo valor jurídico de um pacto antenupcial, o qual obrigatoriamente segue regras estabelecidas de forma e de registro.

Desta forma, se o autor da herança deixou um único bem e este tenha sido adquirido onerosamente durante a união estável, o companheiro sobrevivente ficará com 50% relativos à meação e, ainda, com a quota relativa à herança. No entanto, se o autor da herança fosse casado, o cônjuge só teria direito a 50%, sendo estes, relativos à meação; não participaria da concorrência, pois, conforme o artigo 1.829, inc. I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente somente concorrerá se houve a adoção do regime de comunhão parcial de bens no casamento e, ainda, se o *de cujus* houver deixado bens particulares, o que não restringe a concorrência somente sobre estes.

O inciso II do artigo acima mencionado, disciplina que, se o companheiro concorrer com descendentes só do morto, terá direito à metade do que couber a cada um daqueles. Porém, se existir filhos comuns e filhos só do *de cujus*, muito embora não tenha previsão legal, entende a doutrina majoritária que haverá a divisão em partes iguais, isto é, deve ser aplicada a regra do inciso I, “incluindo o companheiro, afastando destarte o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente.”³⁴

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 149.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175.

A esse respeito disserta Mário Luiz Delgado Régis³⁵:

Observa-se ter havido equívoco do legislador no emprego da palavra “filho”, quando a finalidade precípua da norma é regular a concorrência do companheiro com os “descendentes”. Tanto assim que no inciso II foi corretamente empregada esta última palavra. Desse modo, mediante uma interpretação extensiva e sistemática, torna-se possível compatibilizar a norma do inciso I do art. 1790 com o inciso II do mesmo dispositivo, que se refere corretamente a “descendentes”.

Muito embora a doutrina tenha corrigido a omissão do legislador, esse fato demonstra mais um ponto em que o companheiro leva desvantagem em relação ao cônjuge supérstite no momento da sucessão.

³⁵ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do convivente. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 29, abr./maio 2005, p. 216-217.

CAPÍTULO 3. RAZOABILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Pode-se perceber três tratamentos distintos: primeiramente observa-se que o Código Civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de forma diferenciada, limitando-o apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Posteriormente observa-se as formas diferentes do cônjuge e do convivente sucederem o autor da herança. E por último, que o legislador colocou em artigos diferentes o direito do companheiro e do cônjuge sobrevivente.

Desta forma, percebe-se que participará o companheiro da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, da seguinte maneira: Concorrendo com os filhos comuns, terá o companheiro direito a quota equivalente a que o filho receber, ou seja, será dividido de forma igual; porém se concorrer com filhos somente do *de cuius*, terá direito a receber metade do que couber a cada um deles; no entanto se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; e por fim terá direito à totalidade da herança caso não haja parentes sucessíveis.

Já o cônjuge, dependendo do regime de casamento adotado, concorrerá com os descendentes e receberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, ou seja, terá direito a quota igual, e ainda não pode receber quota inferior a 1/4 da herança caso esses sejam filhos comuns, isto é, descendentes do *de cuius* e do sobrevivente.

Na falta de descendentes, concorrerá com os ascendentes, pai e mãe do *de cuius*, tendo desta forma direito a um terço da herança, já se existir apenas um ascendente terá direito à metade da herança, da mesma forma se a concorrência for com avós do falecido; no entanto se não existir no momento da sucessão descendentes e ascendentes, terá o cônjuge direito a totalidade da herança, e, só no caso de não existir cônjuge sobrevivente, os colaterais sucedem até o quarto grau.

Diante disso, como já mencionado pode-se destacar três divergências da maneira de suceder do cônjuge e do companheiro sobrevivente no Código Civil de 2002, quais sejam:

Primeiro, o companheiro, não compõe o rol de herdeiros constantes da ordem de vocação hereditária, forma esta, diferentemente disciplinada ao cônjuge.

Segundo, para o companheiro não existe limitação de valor mínimo fixado para a quota que lhe tocará, tanto em relação aos descendentes comuns quanto aos descendentes exclusivos do *de cujus*, pois recebera quota equivalente dos filhos comuns, e se concorrer com descendentes só do morto, terá direito a receber metade do que couber a cada um deles.

Por sua vez, o cônjuge sobrevivente, quando concorre com descendentes apenas do falecido, não poderá receber quota inferior a quarta parte da herança.

Terceira, e tal vez a maior diferença, é que, para o companheiro foi estabelecido concorrência com os colaterais, é o que demonstra o inciso III do art. 1790 do CC/02, diferentemente do cônjuge que, conforme o art. 1838 do Código Civil vigente, “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

3.1 Crítica a Diferenciação

Ao restringir a sucessão do companheiro, aos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união, o legislador afasta da sucessão em alguns casos o caráter de proteção à família, ou seja, se o *de cujus* não formou, durante a união estável, patrimônio de forma onerosa, seu companheiro não terá direito a sucessão, como tampouco, a meação, mesmo que o falecido tenha deixado um elevado valor.

Importante crítica sobre o tema é a do professor Zeno Veloso³⁶

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens à época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdara coisa alguma do companheiro se este não adquirir outros bens durante o tempo de convivência .ficara esta mulher se for pobre totalmente desamparada ,mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento.

Um assunto ainda de grande relevância a observar é a possibilidade de a herança se tornar vacante na falta de parentes sucessíveis.

Sobre esse assunto é Interessante observa-se a posição de Caio Mário da Silva Pereira³⁷:

Não parece razoável, em tais circunstâncias, ter por vacante a herança, destinando-a a ente estatal, quando, entre duas possíveis interpretações de dispositivo acerca da sucessão legítima, há de se dar preferência àquela que maior proteção confira à família.

Tampouco, está o companheiro inserido no artigo 1829 do CC/02, ou seja, ele não faz parte da ordem de vocação hereditária, não consta na relação de pessoas que se encontram disciplinadas ao chamamento à sucessão hereditária, mesmo sendo, como bem demonstra Carlos Roberto Gonçalves³⁸:

³⁶ VELOSO,Zeno.Do Direito Sucessório dos companheiros.In **Direito de família e o novo código civil**:DIAS,Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da cunha. Belo Horizonte: Del Rey,2005,p.242.

³⁷ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.Vol. VI. Direito das Sucessões**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

Malgrado a posição sucessória do companheiro não seja tratada no capítulo específico da vocação hereditária, mas nas disposições gerais do título concernente ao direito das sucessões, é inegável que integra ele a ordem vocacional, nas condições estabelecidas no art. 1790 do Código Civil.

Outro doutrinador que também faz crítica à posição que o artigo 1790 ocupou no Código Civil é Guilherme Calmon³⁹:

A maior crítica que deve ser feita ao referido art.1829 é a de ter incluído o companheiro na ordem de vocação hereditária, deixando que a matéria fosse disciplinada no artigo 1790 do texto codificado, ou seja, em parte completamente distinta daquela que envolve a ordem de chamamento dos herdeiros legítimos, desse modo, revela a permanência (sub-reptícia) de tratamento discriminatório relativamente ao companheiro.

3.2 Corrente favorável à diferenciação

Alguns doutrinadores, a exemplo de Gonçalves⁴⁰ entende que não afronta à constituição o tratamento diferenciado pois diz que “embora o tratamento díspar da sucessão do companheiro tenha resultado de opção do legislador e não ofenda os cânones constitucionais”, sendo apenas passível de críticas.

Ainda segundo Gonçalves⁴¹, o fato da constituição de 1988 ter reconhecido a união estável entre homem e mulher como entidade familiar não a igualou ao casamento. Dessa forma, não há que se falar em igualdade no que se refere aos efeitos jurídicos advindos da instituição de um e de outro, o tratamento deve ser condizente com a diferença existente entre os dois institutos.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência Sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº29.ano VII,Abr- Maio 2005, p.22

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

Seguindo o mesmo sentido, ao examinar o artigo 226 da Constituição de 1988, Cavalcanti⁴² entende que o artigo tem uma ordem de preferência das formas de família ali citadas. Diz que, o casamento civil, do § 1º, estaria num patamar superior em relação aos demais tipos de família: casamento religioso, união estável e família monoparental, §§§ 2º, 3º e 4º.

Defende ainda que a expressão “efeito civil” citada no § 2º, que pode ser atribuído ao casamento religioso, somente se vincula a esse tipo de formação de família, caso seja submetido aos termos da lei, e ao casamento civil, pois “indica efeito a produzir-se na esfera privada, no âmbito do Direito Civil ou, mais precisamente, no Direito de Família, já que se trata de casamento”⁴³.

Sendo assim, a união estável só geraria efeitos civis caso fosse convertida em casamento. Na Constituição encontra-se a expressão “termos da lei”, o que para o casamento religioso se resume no procedimento do registro civil, e para a união estável seria a sua conversão em casamento.

Seguir esse pensamento é dizer que a Constituição determina ao Estado a mesma proteção aos quatro tipos de família, todavia, impõe que não pode ser conferido os mesmos efeitos civis do casamento aos demais tipos de família.

Os efeitos conferidos somente aos cônjuges seriam os do regime de bens, são eles: o direito e dever de mútua assistência, o direito à alimentos e o direito à sucessão.

Desta forma, o companheiro não poderia participar da sucessão, por esta ser um dos efeitos do casamento, tampouco concorrer pela herança como faz o cônjuge sobrevivente.

Não deve prevalecer o entendimento de que a constituição ao reconhecer a união estável como entidade familiar, autoriza o legislador ordinário a estabelecer direitos e deveres inerentes aos cônjuges para os companheiros, uma vez que a própria constituição no artigo 226, no seu

⁴² CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.05.

⁴³ CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.05.

parágrafo § 3º, prevê a conversão da união estável em casamento, impondo desta forma os efeitos civis somente após a conversão.

Ainda há pensadores que aponta a própria diferenciação conferida pela constituição Eduardo de Oliveira Leite⁴⁴ que explica que:

procura guindar a união estável ao patamar do casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e ao direito sucessório. E o faz com largueza de espírito no art. 1790. Sem incidir, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria.

Desta forma, não justifica uma igualdade de tratamento, com fundamentos em questões sociais, uma vez que é questão de obediência objetiva a Constituição, não tendo assim espaço para interpretações sociológicas.

A Constituição não igualou a união estável ao casamento, logo cônjuge e companheiro não poderiam ser tratados igualmente.

Os escritores apresentam uma grande preocupação em demonstrar assuntos em que o código civil se mostra falho em relação à sucessão do companheiro, um exemplo disso é a omissão no artigo 1790, sobre a possibilidade de existência de, ao mesmo tempo haver filhos comuns e só do falecido. No entanto, não há uma clara posição no que diz respeito à questão das desigualdades entre as duas sucessões.

Eduardo de Oliveira justifica o tratamento diferenciado afirmando que o legislador, quando tratou da sucessão do companheiro, o fez “com cuidado, com cautela, com bom senso, qualidades perfeitamente encontráveis na proposta do constituinte de 1988”⁴⁵.

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. V. XXI. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 53.

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. V. XXI. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60.

Desta forma, essa corrente defende o legislador infraconstitucional, na elaboração do Código Civil de 2002, não incorreu em afronta aos ditames constitucionais referentes à sucessão diferenciada entre cônjuge e o companheiro sobrevivente, pois estes são participantes de institutos diferentes.

3.3 A diferenciação à luz dos princípios constitucionais

Como afirma o texto constitucional, a família é a base da sociedade, sendo a mesma de grande importância. Da mesma forma, é de grande relevância a atuação dos indivíduos que a compõem.

Desta forma, os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana são elementos que tornam injustificável a postura do legislador infraconstitucional ao impor uma sucessão diferenciada para o cônjuge sobrevivente e para o companheiro.

A Constituição de 1988 traz no, artigo 5º, *caput*, o princípio da isonomia. Esse princípio tem como base a igualdade de todos. Igualdade essa jurídica, uma vez que, os homens por natureza são desiguais.

O princípio da igualdade não diz que todos os homens são iguais intelectualmente, ou na condição econômica; mas, sim que todos são iguais perante a Lei.

O princípio da igualdade, se caracteriza em dois momentos distintos segundo José Afonso da Silva⁴⁶: primeiro perante o legislador, no momento de elaboração das leis, impedindo que o mesmo as crie com tratamentos diferentes a pessoas que se encontrem em situações idênticas. E, segundo, diante do intérprete, obrigando-o a aplicar a lei de modo igual. Para esse trabalho, é relevante a igualdade que se busca perante o legislador.

⁴⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2005. p. 214.

Sendo assim, as leis devem obedecer à Constituição, segundo este entendimento afirma Silva⁴⁷: “o mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento.”

Nessa linha de pensamento, entendem Chaves de Farias e Rosenvald⁴⁸ a respeito do tema:

Sem dúvida, enquanto fundamento de validade do ordenamento jurídico, o texto constitucional subordina todas as demais normas de tal modo que é possível notar uma necessária força normativa em sua estrutura, condicionando todo o tecido normativo infraconstitucional.

É fato que não houve igualdade de tratamento dispensado pela constituição aos institutos da união estável e casamento, uma vez que há previsão de conversão da união estável em casamento.

No entanto, a entidade familiar formada pelo casamento e a formada pela união estável são exatamente iguais, uma vez que os papéis desempenhados, dentro da família, tanto pelo cônjuge, quanto pelo companheiro, são os mesmos.

Sendo assim, pode-se afirmar que o princípio da igualdade é um elemento que demonstra contradição no CC/02, referente as diferenças na sucessão do cônjuge e do companheiro, pois tanto um quanto outro instituto atuam de forma igual, ou seja, os dois institutos exercem o mesmo papel atuando de forma igual, seja no cuidado com a família, ou da eventual prole. Desta forma, deveriam no momento de suceder o cônjuge ou companheiro falecido, obedecer às mesmas regras no Direito das Sucessões.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2005. p. 216.

⁴⁸ CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 37.

O direito das sucessões, tem como finalidade assegurar proteção à família constituída pelo autor da herança, segundo entendimento do artigo 226 *caput*, da Carta Magna de 1988, e desta forma, cumprir com o que o legislador constituinte estabeleceu, ou seja, buscar proporcionar maior segurança e justiça aos sujeitos das relações civis⁴⁹.

Daí, o princípio da dignidade da pessoa humana que é pautado em “um valor espiritual e moral inerente a pessoa, onde se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”⁵⁰, se revela um princípio que deveria afastar a diferença entre as sucessões do companheiro e do cônjuge no código civil de 2002.

Tal elemento, ressalta a importância do indivíduo, sendo este, de maior valor que os institutos criados pelo ordenamento jurídico, sobretudo porque a norma advém da valoração dada ao fato social.

Nesse contexto, não se legitimaria uma norma que não dispensa uma forma igual de suceder a indivíduos que integram a entidade familiar, desempenhando o mesmo papel.

O princípio da dignidade da pessoa humana está inserido no texto constitucional, principalmente no que se refere ao planejamento familiar, sendo a família a base da sociedade, seja esta constituída através casamento civil ou religioso, ou ainda da união estável entre homem e mulher, pois o casal tem liberdade no planejamento familiar⁵¹, competindo desta forma ao Estado criar mecanismos que venha a proporcionar aos indivíduos o livre exercício de seus direitos, sobretudo os direitos sucessórios onde tem grande impacto, seja na manutenção, ou na continuidade da família que perde um de seus integrantes.

⁴⁹ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. **Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002**. In Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7, Nº 29. Porto Alegre: 2005, p. 24.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

O jurista e escritor Ingo Wolfgang Sarlet, conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.⁵²

Desta forma, entende-se que a matéria constitucional é revestida de superioridade à legislação infraconstitucional. Onde os princípios constitucionais ocupam posição de hierarquia superior às normas.

Interessante se mostra a opinião de Ivo Dantas⁵³ sobre o tema:

[...] os princípios fundamentais poderão, ou não, coincidir com o conteúdo das cláusulas pétreas. Em qualquer das hipóteses, entretanto, na sistemática interna da Constituição, os princípios ocupam uma posição de destaque ou hierarquia superior às demais normas, mesmo as constantes do próprio texto constitucional.

Seguindo ainda esse mesmo assunto, argumenta Canotilho⁵⁴ que “os princípios constitucionais são normas de natureza estruturante, ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes.

Diante disso, os princípios constitucionais, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, por serem considerados alicerces, principalmente na condição do indivíduo como participante determinante na estrutura social, se mostram, definitivamente, como elementos que demonstram contradição nas

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado,, p. 60

⁵³ DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Lume Júris: Rio de Janeiro, 1995, p. 89.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 670.

decisões do legislador infraconstitucional em não estabelecer uma igualdade na sucessão do cônjuge sobrevivente e do companheiro.

Diante da inconstitucionalidade apontada duas soluções surgem em mente: Primeiramente o legislador no exercício de sua função constitucional de edição normativa, poderia elaborar uma norma que regulamentasse com clareza e precisão os direitos dos conviventes em especial os patrimoniais. Nessa atividade o legislador infraconstitucional poderia adequar as normas de regência da matéria em questão aos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana, criando um regramento igualitário entre o cônjuge e o companheiro.

Uma segunda opção está no fato de que se o tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro no Direito sucessório se mostra incompatível com os princípios constitucionais elencados, então tais regramentos não apresentam eficácia normativa para tais casos. Diante disso, a declaração de inconstitucionalidade de tal regramento diferenciado afasta a aplicabilidade do artigo 1790 do CC para a sucessão do companheiro.

Além disso, buscando-se uma interpretação conforme à Constituição, as regras sucessórias para o cônjuge deveriam ser aplicadas para os casos de união estável, suprindo assim qualquer necessidade legislativa, bem como teriam aplicação imediata.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou investigar a sucessão do cônjuge e companheiro na união estável. Diante da análise do tema, percebe-se que tal fenômeno é de grande complexidade e polêmica. A escolha desse tema, justifica-se, para defender os direitos dos companheiros que, na maioria dos casos, constitui família e por não ser casado formalmente não goza dos mesmos direitos do cônjuge no momento da sucessão.

A sucessão é uma das áreas do Direito que tem mais impacto na vida das pessoas, sobretudo por ter a atuação do Estado na vida particular dos indivíduos, regulando a maneira de como o patrimônio deixado por um indivíduo deve ser distribuído aos herdeiros.

São considerados herdeiros a família do falecido, família essa considerada pela Constituição Federal de 88 a base da sociedade e, sendo assim, são os integrantes que darão continuidade ao núcleo familiar anteriormente formado. Integrantes estes, que fazem parte da família não importando se esta advém do casamento, ou da união estável, onde continuarão a fazer seu papel de filho, pai ou mãe.

Desta forma, ao realizar a sucessão, será decidido o quanto amparado, do ponto de vista material, ficarão os componentes da família do *de cujus*.

O fato é que o Código civil de 2002 estabelece maneiras diferenciadas para a sucessão do companheiro e do cônjuge, ora favorecendo um, ora favorecendo o outro, como exemplo o artigo 1.829, inc I, onde o legislador estabelece que o cônjuge apenas sucede o *de cujus* caso seja casado no regime de comunhão parcial de bens e ainda se o mesmo deixou bens particulares. Da mesma forma, o artigo 1.790, estabelece que para o companheiro não há limitação mínima quanto a quota que lhe tocará; tanto em relação aos descendentes comuns, bem como, aos exclusivos do *de cujus*. Pois, recebe quota equivalente dos filhos comuns, e se concorrer com descendentes só do morto, terá direito a receber metade do que couber a cada

um deles. Desta forma, é feita a partilha na proporção de dois para um, ou seja, aos descendentes caberá o dobro do que couber ao companheiro.

Estabelece ainda que o companheiro concorre com os colaterais, por exemplo, pode vir a concorrer, com um tio ou primo do falecido. E ainda, limita a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, ou seja, a concorrência cairá exclusivamente sobre os bens dos quais o mesmo já é meeiro.

Sendo assim, caso o *de cujus* não tenha adquirido patrimônio no período da união estável, mesmo que tenha deixado um patrimônio voluptuoso constituído antes, o companheiro sobrevivente não terá direito à herança, independentemente de quais e de quantos forem os herdeiros existentes.

Alguns doutrinadores ao escreverem sobre o assunto em questão, limitam-se a falar dos casos em que o Código Civil de 2002 se mostrou omissivo ou contraditório, a exemplo do inciso II, do artigo 1790, do qual se retira que se o companheiro concorrer com descendentes só do *de cujus*, terá direito à metade do que couber a cada um daqueles, não fazendo referencia a eventual possibilidade de existência de filhos tanto comuns quanto só do autor da herança.

A resolução do problema, acima mencionado fica a cargo da doutrina, a qual defende que uma vez ocorrendo tal situação deve haver divisão em partes iguais.

É necessário fazer um retorno ao conceito de família, seja esta como base da sociedade, da forma como foi reconhecida pela Constituição de 1988, ou seja, como núcleo social em que o indivíduo tem sua primeira formação tanto moral quanto afetiva.

O ente família sob sai aos institutos do casamento e da união estável, pois as relações constituídas sejam através de afeto, confiança, apoio, etc., ultrapassam os conceitos fechados dos institutos. A família não é formada pelas características de um ou outro instituto.

Família é formada por pessoas, seres humanos e deve ser por essas, e para essas, considerados os efeitos sucessórios. Para as pessoas dentro de uma família não existe grau de importância, pois cada um tem a sua, sobretudo o pai ou a mãe, ou homem ou mulher que ainda não tiveram filhos.

O ser humano é o elemento mais importante no seio da família seja esta constituída pela união estável ou pelo casamento, e diante dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, para os quais o indivíduo se sobrepõe no contexto social e merece maior proteção do Estado, se torna injustificável a não igualdade de sucessão do cônjuge sobrevivente e do companheiro, assim disposta no atual Código Civil.

Faz-se necessário, uma revisão no texto do Código Civil, no sentido de ter compatibilidade com os ditames constitucionais. A única maneira de se alcançar uma interpretação constitucional adequada é a elaboração de regras sucessórias iguais para cônjuge e companheiro, de modo que ambos tenham os mesmos direitos. Ou até mesmo o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade de tais dispositivos diferenciadores.

É sabido que a lei não acompanha as evoluções sociais no mesmo ritmo, mas se faz necessário que o legislador esteja sempre atento a essa evolução para que não sejam cometidas injustiças. A união estável, como prevê o texto constitucional, é uma entidade familiar da mesma forma que o casamento. São institutos diferentes, mas que se assemelham naquilo que é mais importante para uma família: no afeto, apoio, sustento e lealdade.

Desta forma, sendo a família reconhecida como base da sociedade, a união estável, merece ser tratada de forma igual ao casamento, respeitando o direito de cada um de ser feliz.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGHI, Hélio. **Casamento e União Estável. Formação, eficácia e dissolução.** 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional.** Lume Júris: Rio de Janeiro, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 5. Direito de Família. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. VII Volume Direito das Sucessões.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil.** V. XXI. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Vol. 6. Direito das Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 37 ed. atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2004, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família. VOL. 5**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. **Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002**. In Revista Brasileira de Direito de Família. V. 7, Nº 29. Porto Alegre: 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. VI. Direito das Sucessões**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do convivente**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 29, abr./maio 2005, p. 216-217.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.