

SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Inon Sousa Nascimento

Tiago Paixão da Silva Dourado

1. **Sumário:** 1 Introdução; 2 O Direito Sucessório; 2.1 Conceito; 2.2 Histórico; 2.3 Panorama Geral do Direito das Sucessões; 2.4 Espécies de Sucessão; 2.5 Momento de Abertura da Sucessão; 2.6 Tipos de Sucessores; 3 A Sucessão Legítima; 3.1 Classificação dos Herdeiros; 3.2 Ordem de vocação hereditária; 4 A Sucessão do cônjuge; 5 A Sucessão do companheiro; 6 O tratamento desigual na sucessão do cônjuge perante o companheiro; 7 Conclusão.

Resumo: O novo Código Civil brasileiro atribuiu ao cônjuge sobrevivente uma posição privilegiada na esfera da sucessão legítima frente ao companheiro. Esta posição gera uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e é fruto de uma visão antiga paternalista e patrimonialista. Ao fazer a análise através de uma ótica constitucional observa-se essa discrepância entre a figura do companheiro e do cônjuge. Qualquer discriminação feita pela legislação atente contra os princípios do Estado democrático de Direito sendo necessário um tratamento igualitário dos direitos sucessórios conferidos a cônjuges e companheiros.

Palavras-chave: Novo Código Civil; Sucessão; Cônjuge; Companheiro.

1. INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho busca-se apresentar um aspecto geral da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002. Chama-se atenção a esta questão tendo em vista que o Código Civil atribuiu ao cônjuge sobrevivente uma posição privilegiada na esfera da sucessão legítima.

Busca-se demonstrar que a posição privilegiada do cônjuge frente ao companheiro configura ofensa ao princípio da dignidade fruto de uma visão antiga paternalista e

patrimonialista.

Para verificação de tal desiderato, analisamos o instituto sobre a ótica constitucional.

Dentro desse contexto, as transformações ocorridas no âmbito do Direito Sucessório com o novo código Civil trouxeram para o cônjuge e para o companheiro um problema de desigualdade grave. Convenhamos que pareceu que o novo código não andou em paralelo com as normas constitucionais e com a tendência do neo constitucionalismo.

Reproduzindo texto importante de Maria Berenice Dias (2008,pag. 26 e 27):

O viés protetivo a família matrimonial no código Civil pretérito era flagrante. Vedava quaisquer direitos aos integrantes das relações extras matrimoniais. Nula a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, que também não podia ser beneficiário de seguro de vida (CC/1916 1.474). A concubina do testador casado não podia ser contemplada no testamento (CC/1916 1.719 III).

Mesmo que os integrantes da união fossem solteiros ou separados, e ainda que tivessem filhos, o concubinato não era reconhecido como família. O parceiro sobrevivente não fazia jus a direitos sucessórios. De maneira tímida, a jurisprudência passou a conceder indenização por serviços domésticos. No Maximo, identificava a presença de uma sociedade de fato, a dar ensejo à divisão do patrimônio amealhado durante a vida em comum. Mas era necessária prova da participação de cada um dos “sócios” na formação do acervo da “sociedade”.

Este tratamento discriminatório e injusto a quem escolhia não casar perdurou por 78 anos. Foi a Constituição Federal, no ano de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, assegurando-lhe especial proteção (CF 226 §3º). No entanto, só seis anos depois é que foi expressamente assegurado direito sucessório ao parceiro sobrevivente (L 8,971/1994).

Na medida em que a sociedade vai evoluindo, a lei precisa acompanhar as mudanças. Infelizmente não foi o que ocorreu com o Código Civil atual, que, em sede de direito sucessório, praticamente copiou o Código anterior. O legislador não teve sequer o cuidado de atualizar sua linguagem. Assim, continua a falar em caducidade quando trata da eficácia das disposições testamentárias. Limitou-se a reduzir a ordem de vocação hereditária. Antes o direito sucessório alcançava os colaterais até o sexto grau. Agora somente os parentes até o quarto grau podem ser contemplados. Também a feitura dos testamentos foi simplificada, mas coisa pouca.

O que precisava ser alterado não o foi e algumas das mudanças introduzidas não atendem à realidade social. Ao contrário, venceu a lei civil injustificável distinções entre casamento e união estável, ao não reconhecer os mesmos direitos sucessórios a cônjuges e

companheiros. A união estável está contemplada em um único artigo (CC 1.790). O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos parentes colaterais, enquanto o cônjuge, além de figurar em terceiro lugar, foi elevado à categoria de herdeiro necessário. Mas há mais. A grande novidade – quer foi batizada com o nome de ocorrência sucessória – também concedeu aos herdeiros tratamento assimétrico. Desfruta o cônjuge de privilégios em maior extensão. Todas estas odiosas diferenças são de escancarada inconstitucionalidade.”

É com essa resignação que projetamos este trabalho. Apontar a discrepância com que foi tratada a figura do companheiro perante a de *cujus*, quando este foi considerado pela Constituição como uma das formas de família e não poderia ficar em posição inferior ao cônjuge sob pena de violar o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da visão ultrapassada patrimonialista e paternalista que o novo código quis conferir.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO

a. Conceito

A palavra “sucessão” significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. No direito das sucessões a palavra é utilizada para designar tão somente a decorrência da morte de alguém.

O ramo do Direito Sucessório disciplina exatamente isso: a transmissão do patrimônio do de *cujus*, seja o ativo ou passivo, a seus sucessores.

Direito das sucessões, segundo BINDER, citado por Orlando Gomes¹, é “a parte especial do direito civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”. Refere-se apenas às pessoas naturais.

Clóvis Beviláqua, por sua vez, conceitua o direito das sucessões como “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.”²

Para Maria Berenice Dias, “quando ocorre a morte, não só o patrimônio, também os direitos e obrigações do falecido se transmitem para outrem. É o que se denomina transmissão causa *mortis*. É neste sentido estrito que se usa o vocábulo sucessão: a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É deste fenômeno que se encarrega o direito das sucessões. São pressupostos da sucessão *mortis* causa o falecimento de alguém, titular de um patrimônio, e a sobrevivência de outras pessoas, chamadas para recolher esse patrimônio, que recebe o nome de herança. Inexistindo patrimônio, não se pode falar em herança, e o fato morte não interessa ao direito sucessório.”³ (pág. 28 e 29 – manual das sucessões – Maria

Berenice dias)

Para Carlos Maximiliano, ressalta-se um duplo aspecto, “no sentido objetivo é o conjunto de normas que regula a transmissão de bens em consequência da morte. No sentido subjetivo é o direito de suceder, isto é, o direito de receber o acervo hereditário”(Carlos Maximiliano, direito das sucessões, v.I,19).

Assim, o direito sucessório vai tratar da transmissão de bens, de direitos, de obrigações aos seus herdeiros, em razão da morte de uma pessoa que possui tal patrimônio. Os sucessores passam a ter a mesma situação jurídica do autor da herança, quer com relação aos direitos, quer com relação aos seus bens.

b. Histórico

O Direito Sucessório tem início com a aderência do homem à propriedade. Os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou. Através das famílias, a sociedade se estruturou. Cada núcleo familiar com seu patrimônio e sua religião.

Desde a antiguidade existe a possibilidade de alguém transmitir seus bens em decorrência de sua morte. Sempre ligada à idéia de continuidade da religião e família, na figura masculina. Ocorre, contudo, que com o passar do tempo a sua idéia foi modificando passando a ter fundamento em cunho patriarcal e social.

A dimensão religiosa era tão importante que, na antiguidade, a sucessão se dava apenas na linha masculina, sob a justificativa de que a filha não daria seguimento ao culto familiar.

Apenas no Código de Justiniano, as leis da sucessão legítima passam a fundar-se unicamente no parentesco natural, determinando uma ordem de hereditariedade.

Hoje, já se opera o princípio da solidariedade, tendo como diretriz a equidade, como observa Caio Mário “é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai”. Visa, portanto, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.

c. Panorama Geral do Direito das Sucessões

O Código Civil, nos artigos 1.784 a 2.077, divide o direito das sucessões em quatro partes, disciplinadas no Livro V da parte Especial: sucessão geral; sucessão legítima; sucessão testamentária; inventário e partilha.

A sucessão geral abrange normas gerais da sucessão. São elas normas concernentes à administração da herança, à sua aceitação e renúncia etc. Aqui se fez inúmeras inovações, destacando-se a que inclui o companheiro ou companheira supérstites na sucessão do falecido, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em concorrência com descendentes e colaterais (art. 1790).

A sucessão legítima, trata da sucessão que se opera por força de lei em favor das pessoas constantes da ordem de vocação hereditária, quer por direito próprio, quer por direito de representação. Inovação significativa foi introduzida nessa parte com a alteração da ordem de vocação hereditária. O cônjuge sobrevivente passa a concorrer com os descendentes, em primeiro lugar, e com os ascendentes, em segundo lugar. Deixa a condição de herdeiro legítimo facultativo e de ocupante do terceiro lugar no rol estabelecido no diploma de 1916 e passa ao status de herdeiro legítimo necessário, colocado em primeiro lugar na ordem de preferência (arts. 1829 e 1845). (Carlos Roberto Gonçalves pag.12)

A sucessão testamentária é o mais extenso. Possui regras atinentes à transmissão de bens por ato de última vontade.

Por último, sobre o inventário e partilha, além da atualização das normas que lhe dizem respeito, compatibilizando-as com o diploma processual civil, houve um aprofundamento e reexame da matéria relativa à colação e à redução das doações feitas em vida pelo autor da herança, em decorrência do princípio da intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários.

d. Espécies de Sucessão

Quanto a fonte, a sucessão pode ser classificada em legítima e em testamentária. A primeira opera-se em virtude da lei, obedecida a ordem de vocação hereditária, que indica os que serão convocados a suceder, uns na falta dos outros, ou em concorrência. Já a sucessão testamentária é oriunda de ato de disposição de última vontade, representado por testamento

elaborado pelo autor da herança, que elege, na forma da lei, seus sucessores.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão ab intestato, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o de cujus elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento”. (pag.24)

O Código Civil de 2002 não alterou a ordem da vocação hereditária estabelecida no diploma de 1916, mas incluiu o cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários, determinando que concorra com os herdeiros das classes descendentes e ascendente, e faça parte da terceira classe, com exclusividade.

A sucessão legítima ocorrerá sempre que o autor da herança falecer sem deixar testamento ou quando este caducar ou for julgado nulo (CC, art. 1788). Será, ainda, legítima a sucessão, quando a disposição da última vontade não abranger toda a herança, mas apenas alguns bens; ou se existirem herdeiros necessários.

Estabelece o art. 1.789 do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

2.5 Momento de Abertura da Sucessão

A sucessão se inicia com a morte de alguém e o nascimento do direito de seus herdeiros a seus bens. Aberta a sucessão, o patrimônio do falecido, com o nome de herança, se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários. Fenômeno decorrente do princípio de saisine, a lei determina a transferência imediata aos herdeiros, visando não ser interrompida a cadeia dominial e o patrimônio do falecido reste sem titular.

Para que a abertura da sucessão ocorra é necessária a observância de dois pressupostos: (a) a existência de herdeiro legítimo ou testamentário no momento da morte. (b) a existência de patrimônio do falecido.

A abertura da sucessão não se confunde com a abertura do inventário. São momentos diferentes. A transmissão ocorre de forma automática porque o direito não admite a relação jurídica sem um sujeito de direito para titularizar. A abertura da sucessão se dá no momento da morte, termo final da personalidade natural, e a abertura do inventário ocorre quando do

ingresso em juízo da ação correspondente, que se dá sempre depois da abertura da sucessão.

2.6 Tipos de Sucessores

Os sucessores podem ser classificados como herdeiros ou legatários. Os herdeiros são agrupados em legítimos ou testamentários. Herdeiros legítimos são os sucessores designados por lei através da ordem de vocação hereditária, ou em virtude de alguma regra especial, como ocorre na sucessão entre companheiros decorrentes da união estável. Já os herdeiros testamentários ou instituídos são os eleitos através de ato de disposição de última vontade, podendo, dessa forma, um herdeiro legítimo ser também testamentário.

Legatários são sucessores delimitados por testamento para receber determinado bem, certo e individualizado, sempre a título singular. Podem, também, se confundir com a pessoa do herdeiro legítimo ou testamentário, mas gozam de tratamento jurídico próprio.

A sucessão brasileira obedece ao sistema da divisão necessária, na qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros, os necessários, entre os quais deve ser partilhada, pelo menos, metade da herança.

Como bem menciona Maria Berenice Dias, “Quando da morte do titular do patrimônio ocorre o que se chama de abertura da sucessão. É necessário que seus bens, direitos e obrigações sejam transferidos a alguém, pois inconcebível que restem sem dono. A transmissão é imediata em face do princípio de *saisine*. A herança permanece como uma universalidade e se transfere aos herdeiros. Quando há um só herdeiro e o falecido não deixou testamento, ele recebe toda a herança. Se existirem mais herdeiros, todos recebem fração ideal do acervo sucessório, sem individualização de bens; Havendo testamento, metade dos bens se transfere aos herdeiros determinados pela lei e a outra metade a quem foi escolhido como herdeiros pelo testador (CC 1.786). A sucessão legítima impõe a transferência de parte do patrimônio a quem a lei elege como herdeiro, daí, herdeiros necessários. Pela via testamentaria o titular dos bens pode dispor do restante do seu patrimônio em favor de quem quiser. Esta divisão consagra o princípio da liberdade relativa”. (pag. 104 Maria Berenice Dias)

3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA

É a sucessão que resulta da lei. Não existe testamento, por isso chamada de ab intestato. Como não há manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro. Deve ser obedecida a ordem de vocação hereditária. É considerado os laços familiares dos herdeiros com o falecido. Laços estes que são formados pelo parentesco consanguíneo ou civil e pelo vínculo oriundo de casamento ou união estável.

Ocorre a sucessão legítima nas seguintes hipóteses:

- a) Na falta de disposição da última vontade, ou falta de testamento válido escrito pelo autor da herança. É a chamada sucessão ab *intestato*;
- b) Perdendo eficácia o testamento. Ocorre essa hipótese na ausência de herdeiro ou o legatário instituído ou de eventual inexistência de bens objeto do legado;
- c) Mesmo que haja o testamento, mas este não engloba todo o patrimônio do testador;
- d) Quando o de *cujus* possuir herdeiros necessários. Estará garantida a ele uma parcela mínima indisponível do patrimônio do autor da herança que corresponde a 50%.

Como diz Maria Berenice Dias (2008, pag.107), “Prevalece a sucessão legítima quando inexistente testamento. É o que diz a lei (CC 1788): morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança aos herdeiros legítimos. Também com referência aos bens não incluídos no testamento são chamados a suceder os herdeiros legítimos. A outra hipótese em que a transmissão ocorre segundo o critério legal é quando o testamento caducar ou for julgado nulo”.

a. Classificação dos herdeiros

Na identificação de quais são os herdeiros para proceder a divisão dos bens e entre eles, existe mais de um critério. A lei estabelece uma ordem de prioridade entre os herdeiros, atendendo à proximidade com o de *cujus*. A premissa maior é a de que todos os parentes são herdeiros. Mas em potencial, pois nem todos fazem jus à herança. Presume-se que laços afetivos geram dever de mútua assistência e tenta adivinhar quem a pessoa, ao morrer, gostaria de contemplar com o seu patrimônio.

Assim, a lei estabelece que os herdeiros dividem-se em classes, sendo convocados primeiro os parentes mais próximos. São quatro as classes de herdeiros: descendentes, ascendentes, cônjuge e parentes colaterais.

b. Ordem de vocação hereditária

A ordem de sucessão hereditária traduz o modo pelo qual o legislador regulou a distribuição em classes preferências das pessoas que serão chamadas a suceder obedecendo a um critério de afeição presumida.

A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem conforme estabelece o código Civil 2002:

Art. 1829. *A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*

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

II– Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III– ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais.

Como bem tipifica o professor Sílvio Rodrigues (2002,p.94) citando um exemplo prático que decorre da relação de preferência dada em lei:

“Se o de *cujus*, que não tem cônjuge, deixa descendentes e ascendentes, os primeiros herdam tudo e os últimos nada, pois a existência de herdeiros da classe dos descendentes exclui da sucessão os herdeiros da classe ascendente. Se deixa ascendentes e colaterais, aquele herda o patrimônio inteiro e estes nada recebem. Se o cônjuge concorre com os colaterais, o primeiro recebe todo o patrimônio e os últimos, nada. Tudo isso pela mesma razão, isto é, a de que havendo sucessíveis de uma classe preferencial são eles chamados à sucessão

do de *cujus*, deixando de fora os herdeiros das outras classes.”.

O que parece é que o legislador atribuiu ao cônjuge sobrevivente uma posição privilegiada aos demais herdeiros. E esta situação chama mais atenção quando vislumbramos a posição discriminatória e desigual do companheiro de união estável na sucessão.

Tratou o legislador da questão dos companheiros no capítulo atinentes às “disposições gerais”, fazendo da seguinte forma:

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 a que por lei for atribuída ao filho;

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

III- Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV- Não havendo parentes sucessíveis, terá direito À totalidade da herança.

4. A SUCESSÃO DO CONJUGE

O Código Civil de 2002 como já foi dito trouxe o cônjuge sobrevivente numa posição destacada no âmbito da sucessão legítima ocupando a condição de herdeiro necessário. Isso que dizer que o mesmo não pode ser mais afastado da sucessão mediante testamento como outrora era possível.

Se justifica essa opção do legislador em face da comprovação de que o vínculo conjugal, a intimidade, a ajuda mútua e a afeição entre marido e mulher não são inferiores ao da consanguinidade. Vislumbra-se a importância do cônjuge no cenário familiar, necessitando contudo da observância de certos requisitos que legitimam a presunção de que o cônjuge participou da construção do patrimônio familiar.

Insta observar também a diferença entre a meação e a herança. A depender do regime de bens, o patrimônio estará preservado à condição de meeiro, por conta da meação.

A meação é um direito patrimonial que advém do regime de bens do casamento pertencente ao Direito de família e esse direito existira sempre que a sociedade ou o vínculo conjugal for desfeito, como ocorre na separação ou no divórcio do casal. O patrimônio comum será dividido em duas partes iguais de acordo com o regime de bens para delinear quais pertencem à meação do cônjuge sobrevivente e quais os que formam a meação do de cujus. Já a herança é constituída de todo o patrimônio exclusivo e deixado pelo falecido, acrescido da sua parte na comunhão conjugal.

Como menciona Alice de Souza Birchall, (RBDF, n.17):

“Pode-se dizer que a morte gera dois efeitos distintos:

- a) Pelo Direito de Família, extingue o casamento. Por isso, cessa o regime de bens entre os cônjuges, cuja meação do patrimônio comum seguira as regras do regime de bens;
- b) Pelo Direito das Sucessões, o patrimônio do falecido, agora herança, será imediatamente transmitida a seus herdeiros e legatários (*droid de saisine*)”

Rolf Madaleno, expondo sobre o assunto (in: A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil, disponível em [HTTP//WWW.gontijo-familia.adv.br](http://www.gontijo-familia.adv.br)):

Em realidade, a concorrência do cônjuge na sucessão como herdeiro necessário só se dá na comunhão parcial e se houver bens particulares do sucedido, pois os bens comunicáveis já são repartidos por consequência da meação. Ou seja, só existe direito sucessório do cônjuge sobrevivente sobre os bens particulares do consorte morto e se o regime não foi o da total separação de bens.

Sob o tema ainda, é importante ressaltar o art. 1.830 do Código Civil:

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.

Assim, entende-se que é necessária a separação que deve estar homologada regularmente.

Sobre a união estável prescreve o art. 1.723 do código civil:

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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os

impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

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

5. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Na vigência do Código Civil de 1916, a família constituía-se essencialmente pelo casamento, numa característica essencialmente matrimonial. A família era caracterizada como um agrupamento de sujeitos unidos pelo matrimônio conveniente e pelos laços de consangüinidade de parentesco, e não por laços afetivos ou de propósitos comuns de seus membros, como se hoje preza.

Não havia guarita para as relações concubinárias. Apesar de ser uma realidade constante, as atualmente chamadas uniões estáveis foram apartadas do universo jurídico, não recebendo nenhuma proteção jurídica.

Com o passar do tempo, o Direito foi cedendo à imposição dos fatos, absorvendo a idéia de relação juridicamente importante, da relação livre de união.

O Código Civil de 1916 tratava do concubinato apenas para restringir direitos da concubina, privando-a de doações ou mesmo herança testamentaria quando casado o seu parceiro. Mas, com o crescimento do número dos casamentos de fato, aos operadores do Direito, foi imposto, pela realidade social, o reconhecimento de determinados direitos advindos das relações não seladas pelo crivo do matrimônio. O comportamento social conduziu a jurisprudência ao reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões de fato.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, rompendo com o paradigma vigente. Como bem menciona Alexandre de Moraes (200.p566):

“A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares:

I- A constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º);

- II- A constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º);
- III- A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Com esta disposição constitucional constata-se que a Constituição trouxe proteção do Estado à união estável, conferindo-lhe o estatuto de entidade familiar. Ocorre contudo que criou-se uma controvérsia que mais tarde foi resolvida pela lei nº 6.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Indagou-se se houve equiparação da união estável ao casamento. Para Francisco Cahali (ob.cit., p.224):

Especificamente sobre o direito sucessório, a posição predominante se orientou no sentido de que não houve equiparação da união estável ao casamento, e, pois, não se conferiu ao companheiro, pelo só texto constitucional, a vocação hereditária diante do falecimento do outro, como se casado fosse. Aliás, esta posição se confirma pelo tratamento sucessório diferenciado entre cônjuge e conviventes estabelecido pelo novo Código Civil.

Em posição contrária e minoritária, admitindo o direito sucessório decorrente de união estável em função do art. 226, §3º da CF, Antonio Carlos Mathias Coltro (1995, p.20).

Sobre a lei, que pôs fim a essa celeuma, dispõe o art. 2º, o direito sucessório decorrente da união estável:

- I- O (a) companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de *cujus*, se houver filhos deste ou comuns;
- II- O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de *cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
- III- Na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Alem dessa definição, o direito previsto nessa norma, exigia o requisito objetivo de cinco anos de convivência, podendo o prazo ser encurtado, em face de nascimento de filho

comum (art.1º). Ocorre que esse requisito restringia o alcance da norma, inviabilizando a proteção de diversas relações de fato da proteção legal.

Contudo, em 1996, surgiu a lei nº 9.278, regulando o §3º do art. 226 da Constituição Federal e trazendo novos contornos ao conceito de união estável, nos seguintes termos “Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Verifica-se que tal lei tornou mais flexível, mais fluida a definição das uniões fáticas, retirando as amarras impostas ao instituto pela lei nº 8.971/94.

6. O TRATAMENTO DESIGUAL NA SUCESSÃO DO CONJUGE PERANTE O COMPANHEIRO

Com o novo Código, percebeu-se que o tratamento entre o cônjuge e o companheiro mudou. O cônjuge passou a ter um tratamento preferencial frente ao tratamento dado ao companheiro. Assim discerne Maria Berenice Dias, “No atual Código Civil o cônjuge foi promovido à condição de herdeiro necessário (CC.1.845), mas o companheiro não. O cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária”.

Como salienta em texto de Maria Berenice Dias:

“Não há qualquer justificativa para a lei outorgar tratamento desigual ao viúvo e a quem vivia em união estável com o de cujus. Desde a Constituição Federal não se justifica esta diferenciação, uma vez que a união estável foi reconhecida como entidade familiar juntamente com o casamento (CF 226 §3º). Aliás, a legislação que regulou a norma constitucional não fez tal diferenciação, o que tem levado a doutrina a reconhecer como inconstitucional esta discriminação. Também alguns julgados já deixaram de aplicar a lei, atendendo aos princípios constitucionais. (pag.107)

“Também as uniões extras matrimoniais não mereciam reconhecimento. Com o nome de concubinato, não eram consideradas famílias, não sendo incluídas no direito sucessório. Assim, quando do falecimento de uma das concubinas, ainda que não existissem herdeiros necessários, o sobrevivente não podia herdar. Constava da lei como excluída da sucessão “a concubina do homem casado”.

“A identificação das uniões estáveis como entidades familiares, bem como a proibição de tratamento discriminatório com relação aos filhos, ocorreram a Constituição Federal, e isso no ano de 1988. Assim, não mais se justifica continuar falando em sucessão legítima, querendo com isso dizer que o patrimônio passa aos parentes do falecido, a seu cônjuge ou seu companheiro.” Pag106.

Portanto, fica claro o descuido do legislador e deve-se observar a união estável como entidade familiar passível de proteção do Estado. Como vemos na Constituição Federal o tratamento com a família é muito relevante em virtude desta ser a célula básica da sociedade.

7. CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002 trouxe o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária, mas não foi feliz na elaboração do art. 1829, uma vez que confundiu os institutos da meação e da herança. Conferiu tratamento preferencial ao cônjuge sobrevivente importando em desmerecer a união estável. Observa-se essa situação quando se verifica que o companheiro participa da sucessão do outro apenas na hipótese de ter constituído patrimônio a título oneroso durante a união e na ordem de vocação hereditária foi preterido em relação aos colaterais.

Percebe-se que o legislador foi infeliz por estar desconectado da realidade social. Deve-se entender que casamento e união estável se diferenciam apenas quanto à modalidade de constituição familiar, uma vez que a família constitui a célula básica da sociedade e a Constituição Federal de 1988 estendeu a união estável tal qualidade, consagrando ainda os princípios específicos do direito de família o pluralismo das entidades familiares e a afetividade. Além disso, qualquer discriminação atenta contra os objetivos fundamentais do Estado democrático de Direito, urgindo um tratamento igualitário no trato dos direitos sucessórios conferidos a cônjuges e companheiros.

Na precisa lição de Adalgiza Paula Oliveira Mauro (2003, p.14): “Estabelecer o equilíbrio dos direitos sucessórios de cônjuges e companheiros é medida imperiosa, seja por respeito ao indivíduo, a justiça, ou mesmo para que não tenha sido em vão a luta e a conquista, ou ainda... por uma simples questão de ‘família’.”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lex:** Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões/ 3ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTANA, Larissa Marques Vaz. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Novo Código Civil. Orientador Professor Eugênio Kruschewski. Salvador: UNIFACS, 2003. 80f.

VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.