



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rita de Cássia Santos Pereira Benigno

**SUCESÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS: UM ESTUDO
ACERCA DA CONDIÇÃO DIFERENCIADA DO
COMPANHEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Lara Soares

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

Rita de Cássia Santos Pereira Benigno

SUCESSÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS: UM ESTUDO ACERCA DA CONDIÇÃO DIFERENCIADA DO COMPANHEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014.

A

Minha família, formada pela união livre de duas pessoas que decidiram dividir, juntas, esta existência. Dessa união, nasceu a pessoa mais querida e desejada deste mundo, nosso filho. E para constituí-la, a única coisa que necessitamos foi de amor.

AGRADECIMENTOS

A Dra. Lara Soares, minha querida orientadora, pelo seu incentivo nesta pesquisa.

Ao Sr. Valdino Sacramento da Silva, meu companheiro, que foi muito paciente nesta minha jornada no curso de Direito.

Ao meu querido filho, Luiz Valdino, fruto de nosso amor, e a razão da minha vida.

Aos meus pais, Luiz Benigno (in memoriam) e Lélia Benigno, que, com o seu exemplo, me mostrou que nunca é tarde para buscar o que se deseja.

A minha querida Didinda, que graças ao carinho dedicado ao meu filho, me permitiu dispor de tempo para me dedicar aos estudos.

Aos meus colegas de curso, guerreiros solidários, visto que vivemos esses cinco anos de muito estudo e parceria. Citá-los pareceria injusto com todos.

A verdade
“A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar meia pessoa de cada vez.
Assim, não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.
Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades diferentes uma da outra.
Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar.
Cada um optou conforme seu capricho,
sua ilusão, sua miopia”.

Carlos Drummond de Andrade

Resumo

A sociedade evoluiu, trazendo consigo a valorização das relações afetivas e da pessoa humana, de modo que a família perdeu a função meramente reprodutora, a mulher se emancipou, buscou um lugar na sociedade, trazendo uma concepção de família, na atualidade, muito mais abrangente e igualitária. Nesse cenário de inovações e adaptações é que novos modelos familiares foram incluídos na proteção do direito de família pela Carta Magna de 1988, que retirou do casamento a exclusividade de modelo familiar, possibilitando que a união estável, antigo concubinato puro, fosse reconhecida como entidade familiar e merecedora da proteção estatal. A união estável caracteriza-se pela relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, e desimpedidas para casar, mas que desejem juntas constituir uma família, sem o vínculo do casamento. O tema do Direito Sucessório do companheiro é um assunto controverso no Direito Brasileiro, sua polêmica decorre do tratamento diferenciado dado a ele, em relação ao cônjuge pelo Código Civil de 2002, privilegiando esse último, fato que, para alguns, não obedeceu às máximas firmadas pela Constituição Federal de 1988. Para regulamentar a sucessão dos companheiros, inicialmente foi promulgada a Lei de nº 8971 de 1994 e a Lei 9278 de 1996, que elevaram o panorama do direito sucessório dos companheiros, semelhantes aos do cônjuge. Todavia, o Código Civil de 2002 trouxe um retrocesso à sucessão do companheiro. Primeiramente, o legislador dispôs a parte da sucessão do companheiro no capítulo das Disposições Gerais e não na Sucessão Legítima. Como também não o equiparou à categoria de herdeiro necessário, como o fez com o cônjuge. Deste modo, não há nessa entidade familiar a proteção da legítima. Diante de tal panorama sucessório de desigualdade entre o companheiro e o cônjuge, observou-se uma violação do tratamento isonômico em relação a essas entidades familiares, levando-se a questionar a (in) existência de uma hierarquia do casamento em relação à união estável. Assim, neste embate doutrinário da existência da equiparação entre essas entidades e da hierarquia axiológica das famílias é que se desenvolve o trabalho. Para análise da temática serão enfrentados os assuntos que orientam a pesquisa, como as questões relativas à união estável, sua origem histórica até a Constituição Federal e os seus requisitos legais para sua caracterização. Em seguida analisa-se a evolução do direito sucessório dos companheiros e a sua inclusão no Código Civil, e a não equiparação à qualidade de herdeiro necessário abordando as fontes do princípio da afetividade e do tratamento isonômico entre essas famílias. Por fim, examina-se a existência de propostas legislativas visando à correção desse lapso legislativo, que não ofertou ao companheiro a sua condição especial de herdeiro necessário.

Palavras-chaves: união estável; sucessão, herdeiro necessário, hierarquia axiológica, família; legítima; princípio da afetividade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
APC	Apelação Cível
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
Des.	Desembargador
Dep.	Deputado
DJ	Data de julgamento
Min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do estado de São Paulo
Rel.	Relator
RE	Recurso Extraordinário
Resp.	Recurso Especial

SUMÁRIO	
1 INTRODUÇÃO	08
2 A UNIÃO ESTÁVEL	11
2.1 BREVES RELATOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DA FAMILIA TRADICIONAL ATÉ A UNIÃO ESTÁVEL.	11
2.1.1 Antes da Constituição Federal de 1988	13
2.1.2 Após a Constituição Federal de 1988	16
2.1.3 Após o Código Civil de 2002	18
2.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL	22
2.2.1 (IN) Existência da hierarquia entre as entidades familiares	22
2.2.2 Proteção familiar na Constituição Federal de 1988	24
3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	27
3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO: BREVES COMENTÁRIOS	27
3.1.1 A evolução histórica	28
3.1.2 Conceitos básicos do Direito Sucessório Brasileiro.	30
3.2. FORMAS DE SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	36
3.2.1 O Companheiro como Herdeiro Facultativo	40
3.2.2 A (des) proteção da legítima na União Estável	41
4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1845 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	44
4.1 O COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO	44
4.2. DIVERGÊNCIA SOBRE A HIERARQUIA AXIOLÓGICA DA FAMÍLIA	48
4.3 PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO.	52
4.3.1 Divergências interpretativas do artigo 1845.	52
4.3.2 Inclusão do companheiro no artigo 1845 do Código Civil de 2002	55
4.3.3 Projetos de Lei relacionados ao Direito Sucessório	57
4.4 SUCESSÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS: UM ESTUDO ACERCA DA CONDIÇÃO DIFERENCIADA DO COMPANHEIRO	62
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69
ANEXOS	73

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Sucessório, a sucessão do companheiro é um assunto que gera muita controvérsia dentre os doutrinadores. A polêmica consiste no tratamento distinto entre a sucessão do companheiro e do cônjuge estabelecida pelo Código Civil de 2002, fato que, para alguns, não obedeceu às máximas firmadas pela Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna ampliou o rol das entidades familiares, singrando de um padrão de família formal decorrente do casamento civil para um modelo de pluralidade de entidades familiares, caracterizado por uma vinculação pautada, exclusivamente, na afetividade. Esse fenômeno gerou proteção jurídica a todos os tipos de família, independente do modo que esta se estabeleça. Nessa senda, o art. 226, §, 3º da CF 88 eleva a união estável à categoria de entidade familiar, igualando-a ao casamento, como também a sua proteção, além de possibilitar a sua conversão neste.

De acordo com a legislação infraconstitucional brasileira, existe uma discrepância entre a forma de dispor do patrimônio do cônjuge e do companheiro, como também no direito à herança, havendo uma predileção do cônjuge em relação ao companheiro no que se refere ao direito sucessório.

O presente tema é polêmico na doutrina e jurisprudência brasileiras, a divergência sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 do código civil que rege a sucessão legítima do companheiro deflagra inúmeros debates. Há vários posicionamentos, inclusive decisão do Superior Tribunal Justiça sobre a inconstitucionalidade de alguns incisos do supramencionado artigo; todavia, não é um tema pacífico e será discutido em uma etapa deste estudo como precedente de análise da possibilidade de estabelecer o companheiro como herdeiro necessário.

No panorama legislativo atual, o companheiro não se encontra no rol taxativo do artigo 1845 do Código Civil brasileiro como herdeiro necessário; assim, o *de cujus*, nessa espécie de relação, poderá dispor de todo o seu patrimônio por via testamentária, na ausência de descendentes e ascendentes, deixando desamparado aquele com quem conviveu afetivamente em vida, muitas vezes no final de sua existência. Não há, portanto, a proteção da legítima, como ocorre na sucessão do cônjuge.

Ademais, o zênite deste trabalho será avaliar a existência de um conflito entre normas, qual seja o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, no que tange ao direito sucessório entre companheiros, em comparação ao direito sucessório dos cônjuges.

Tendo por escopo suscitar a necessidade da observância do princípio da igualdade e da afetividade, bem como da proteção da família garantida pela lei suprema, será enfatizada a necessidade de ajustar o ordenamento nesse ponto, a fim de evitar eventuais prejuízos na entidade familiar. Afastando, na hipótese, o cariz discriminatório produzido pelo legislador entre uma e outra entidade familiar.

Será avaliado, historicamente, o surgimento da união estável na sociedade brasileira, cuja raiz se firma com a emancipação da mulher, a qual se insurge contra a dominação do marido, transformando o padrão familiar do modelo patriarcal para o modelo de pluralidade de entidades familiares, com vínculo pautado exclusivamente na afetividade.

A impossibilidade de dissolução do casamento – haja vista que o divórcio só foi autorizado em 1977- incorre numa prática relevante para o tema, onde as pessoas que se separavam de fato, ao constituir novas relações, passavam a viver em entidades familiares intituladas de concubinato.

Os concubinos eram mal vistos pela sociedade, e a família formada por essa união era ilegítima perante a nossa legislação. Sua tutela só ocorre com a Constituição Federal de 1988, a qual passa a denominá-la de união estável, conferindo proteção como entidade familiar.

Além da análise histórica da união estável, discutir-se-á a evolução do Direito Sucessório que acompanhará as modificações sociais das entidades familiares a fim de lhes conferir tutela. Nota-se, inicialmente, um modelo de sucessão que valorizará exclusivamente a família por consanguinidade, perpassando por um padrão de valorização da transmissão do bem vinculado através da afetividade e da autonomia de vontade do *de cujus*, até o modelo atual da legislação civil que regula, de maneira diferenciada, a sucessão do companheiro, quando comparada ao modelo sucessório do cônjuge.

Para muitos autores, esse tratamento diferenciado viola os preceitos constitucionais de proteção da família, contudo, para outros, por se tratar de entidades distintas, existe a possibilidade da aplicação de regras legislativas diferentes.

No bojo deste trabalho, analisar-se-á a (im) possibilidade de o companheiro ser erigido à categoria de herdeiro necessário, assim como o cônjuge, pela ausência de uma hierarquia axiológica das entidades familiares. Ainda far-se-á uma análise de quais propostas legislativas seriam aptas a sanar alguns dos deslizes cometidos pelo legislador na elaboração do Código Civil de 2002.

Em remate, faremos um exame minudente a respeito da possibilidade, na sucessão de herdeiros necessários, de se estabelecer a existência ou não de uma condição diferenciada do companheiro. Em outras palavras, poderá o companheiro ser caracterizado como herdeiro necessário, ainda que seja um herdeiro necessário especial?

2 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável forma uma das modalidades de constituição da família, protegida pela Constituição de 1988, caracteriza-se pela relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, e desimpedidas para casar, mas que desejam, juntas, constituir uma família sem o vínculo do casamento¹¹. Todavia, a construção desse conceito se desenvolveu ao longo da evolução histórica da formação da família, tema que será discutido no tópico a seguir.

2.1 BREVES RELATOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA TRADICIONAL ATÉ A UNIÃO ESTÁVEL

A formação de vínculos afetivos não constitui uma prerrogativa da espécie humana, o acasalamento ocorre sempre entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de preservação da espécie ou pelo receio da solidão. Desse modo, a vida aos pares é um fato natural no qual a família se estabelece como um grupamento informal estruturado através do direito. Assim sendo, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do Direito².

Ao longo da história, o “instituto da família” sofreu grandes transformações, refletindo as modificações presentes na realidade social. Nesse contexto, este tópico pretende identificar as principais modificações operadas nesse conceito, passando pela ideia da família tradicional até chegar à família contemporânea, introduzida pela Carta Constitucional de 1988.

A união livre entre homem e mulher sem a formalidade do casamento sempre esteve

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4º Ed. Rio de Janeiro: Forense 2012. pg.48.

² Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 9 ed. Revista atual e ampliada com Lei: 12344/10. Editora dos Tribunais São Paulo, 2013. P.27.

presente na sociedade. De acordo com Rodrigo Cunha Pereira³, essa união sempre existiu e existirá. Entendida como relação livre, são aquelas que não se prendem às formalidades exigidas pelo Estado, ou seja, não sejam oficializadas pelo casamento, sendo chamada de concubinato. Muitas vezes, essas relações aconteciam paralelas às relações oficiais, e estavam vinculadas ao conceito de promiscuidade, relacionando o nome concubina à prostituição, à mulher devassa que se deitava com vários homens, ou mesmo, à amante.

Na cultura grega, a concubinagem não acarretava qualquer desconsideração e era, em certa medida, reconhecida pelas leis. Por outro lado, em Roma, no início do império, o concubinato era comum, mas não produzia efeitos jurídicos, pois se tratava de um casamento inferior, embora considerado lícito⁴.

Na Idade Média, a Igreja Católica durante o Concílio Trento em 1545 e 1563, condenou o relacionamento extramarital, dando-lhe um caráter reprovador e pecaminoso, tornando a família decorrente dessa forma de união, uma entidade reprovada pela sociedade. Todavia, essa proibição não foi suficiente para coibir a existência da relação entre duas pessoas sem a formalidade do matrimônio, independente de haver ou não impedimentos para a sua realização⁵. Para a instituição, a união marital era a única forma legítima de constituição da família, considerando todos os outros tipos de união familiar ilegítima.

Na Idade Contemporânea, começam a aparecer mudanças, na metade do século XIX, quando os Tribunais franceses apreciam e consideram as pretensões das concubinas, vinculando a uma relação comercial entre o homem e a mulher, mas sempre à margem da relação concubinária. A partir daí, os tribunais passam, também, a estabelecer os direitos à indenização às mulheres, como também a vinculam à ideia de que não se faz necessária a prova fática da relação⁶.

No Brasil, o concubinato nunca foi tipificado como crime, os textos legais não o regulavam, mas também não o proibiam. O desenvolvimento e a evolução desse

³ _____Concubinato-União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade**. Belo horizonte: Del Rey, 1997, p.517.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4º Ed. Rio de Janeiro: Forense 2012. Pg53-54.

⁵ CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5ª Ed. Editora Jus Podivm, 2013. Pg.513.

⁶ PEREIRA, Op.cit. Pg56-57.

instituto na terra pátria são recentes, e passarão a ser analisados no próximo tópico deste texto.

2.1.1 Antes da Constituição Federal de 1988

O conceito de família, no início do século XX, era fundado no modelo patriarcal, hierarquizado, compreendido como unidade de produção e de proteção dos laços patrimoniais e da unidade familiar. As pessoas se uniam para constituir um patrimônio e para procriar, a fim de que, posteriormente, pudesse dispor desse legado aos seus herdeiros. Nesse conceito, não eram levados em consideração os laços afetivos, apenas a consanguinidade. A família marital, então, era a única merecedora da proteção jurídica e social, visto que a ruína familiar corresponderia à desagregação da própria sociedade.

Analisando as primeiras Constituições brasileiras, observa-se que em 1824, o texto legal não fazia referência à família e nem ao casamento. A segunda constituição do Brasil e primeira da República, em 1891, no seu artigo 72, parágrafo quarto, estabeleceu o reconhecimento do casamento civil de celebração gratuita. E a partir desse momento, o catolicismo deixa de ser a religião oficial do Brasil, tornando necessário mencionar o casamento civil como um vínculo constituinte da família brasileira⁷.

Fundado na carta magna, o Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família formada através do matrimônio, não regulou as relações extraconjugais e proibiu qualquer doação de bens ou outros benefícios à concubina⁸.

Na segunda Constituição da República, em 1934, foi dedicado um capítulo à família, estabelecendo o casamento como indissolúvel, e como única forma de se constituir uma família. De tal modo, uma vez que o texto constitucional passa a mencionar o casamento civil, presume-se que haveria, nesse contexto, outras formas de constituir

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4^o Ed. Rio de Janeiro: Forense 2012. P. 06-09

⁸ Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 9 ed. Revista atual e ampliada com Lei: 12344/10. Editora dos Tribunais São Paulo, 2013.

famílias que iriam ou queriam surgir, sendo necessário estabelecer algo que contrapunha a estas⁹.

Nesse cenário social, apesar de a legislação brasileira nunca ter tratado a união livre como um ato ilícito ou crime, os seus dilemas jurídicos eram resolvidos no âmbito dos Direito das Obrigações, visto ser reconhecida como uma sociedade de fato, não estando incluída no rol do Direito de Família, uma vez que esta sociedade legitimava apenas o casamento como entidade familiar¹⁰.

Considerando a época, em vista da impossibilidade de dissolução do casamento, as pessoas que se separavam de fato estavam sem a tutela da legislação. Os indivíduos que tinham suas relações finalizadas pela perda do afeto, mas não pelo direito, haja vista a inexistência do divórcio, que somente foi regulado após 1977, ao constituir novas relações, passa a viver em entidades intituladas como concubinato.

Etimologicamente, concubinato é a comunhão de leito, assim, passou-se a chamar de concubinos os membros de uma relação entre homem e mulher que não fosse por meio do casamento, seja porque não poderiam mais casar ou porque não pretendiam. Esses indivíduos eram mal vistos pela sociedade, e a família formada por essa união era ilegítima perante o ordenamento jurídico. Diante da lacuna legislativa para a proteção do concubinato, como as relações afetivas traziam consequências ao mundo fático, essas pessoas começaram a cobrar do Poder Judiciário soluções resolutórias dos conflitos gerados por tais relações¹¹.

Como exemplo de medidas jurisprudências, editadas à época da década de 60, estão algumas súmulas do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo proteção a essa entidade formada pela relação fora do matrimônio. A Súmula 380 estabelece que, comprovada a sociedade de fato entre os concubinos, seria cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. De outro modo, a Súmula 382 prevê que “a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à vida caracterização do concubinato”¹².

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4^o Ed. Rio de Janeiro: Forense 2012. P 6

¹⁰ CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5^a Ed. Editora Jus Podivm, 2013. Pg.513-514

¹¹ *Ibidem/loc.cit.*

¹² *Ibidem/loc.cit.*P.513-514

Assim, em um primeiro momento, uma vez que os concubinos não faziam jus a alimentos, visto que a sua relação não tinha natureza familiar, a jurisprudência passou também a reconhecer a indenização por serviços domésticos e sexuais prestados - era uma forma de conceder alimentos de forma camuflada. O fundamento dessas decisões era pautado na proibição do enriquecimento ilícito do homem que se aproveitou da dedicação da mulher e não poderia deixá-la sem nenhum reconhecimento financeiro. Diante de tal posição dos Tribunais, o legislador começou a editar algumas normas legais reconhecendo o concubinato, mas suas questões eram resolvidas sob a ótica do Direito das Obrigações¹³.

No campo doutrinário, estabeleceu-se a distinção do concubinato em duas categorias. Surge, então, o concubinato impuro e o concubinato puro. O concubinato impuro ou adúltero era constituído por indivíduos que, mesmo impedidos de casar, viviam como família, tendo como exemplos os homens casados de direito que viviam com as suas intituladas amantes¹⁴. Esse instituto é condenado pela sociedade e não é protegido pelo Judiciário, uma vez que a legislação brasileira não admite a bigamia. Todavia, existem divergências doutrinárias sobre o direito da concubina de boa fé, entretanto, esse ponto não será objeto de estudo deste trabalho.

O concubinato puro, por sua vez, era composto por indivíduos que, apesar de não terem impedimentos legais para o casamento, viviam juntos livremente, por opção, pois não desejavam contrair matrimônio. A esse grupo também foi dada alguma proteção judicial, todavia, no âmbito do Direito das Obrigações e não do Direito de Família. Verifica-se a existência de interessante julgado do Supremo Tribunal Federal à época, nesse sentido, em que se decidiu que:

A sociedade de fato, entre pessoas de sexo diferente, vivendo em concubinato ou quando casados pelo regime de separação de bens, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal ante as circunstâncias especiais de cada caso, quando revelam o esforço comum na aquisição do patrimônio. Não é a regra geral decorrente da simples coabitação. Diário da Justiça de 11.03.1957, p. 763 do apenso ao n. 5715¹⁵.

¹³ Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 9 ed. Revista atual e ampliada com Lei: 12344/10. Editora dos Tribunais São Paulo, 2013.p 173.

¹⁴ CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5ª Ed. Editora Jus Podivm, 2013. Pg.516.

¹⁵ CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 89, 30 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4342>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

O instituto era, portanto, tratado pelo Direito das Obrigações, com o propósito de resolver as lides decorrentes dessas relações, visando à coibição do enriquecimento ilícito individual. Esse painel jurídico começou a mudar a partir de 1988, com a Carta Magna.

2.1.2 Após a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe como princípio fundamental a proteção da família. Com esse princípio houve uma extraordinária modificação na proteção jurídica da família ao longo dos anos, como a ampliação das entidades familiares, a qual passa de família formal decorrente do casamento civil - única e exclusiva - para um modelo de pluralidade de entidades familiares, como vínculo pautado exclusivamente na afetividade¹⁶.

A família da sociedade moderna continua a ser o núcleo básico da pessoa, mas ela não é mais um núcleo exclusivamente reprodutivo e econômico como no passado, os laços afetivos do companheirismo foram fortalecidos como elementos constituintes de diversos tipos de família, todas sob a tutela legal e igualitária da Constituição Federal, sendo o rol do seu artigo 226 - que se refere à proteção familiar - meramente exemplificativo. Assim, o rol das entidades familiares presente na Carta Magna incumbe-se apenas de citá-las sem, contudo, estabelecer tratamento diferenciado entre elas. O concubinato puro passa a chamar-se de união estável, tem seu reconhecimento como família.

Para Paulo Lôbo¹⁷, o *caput* do artigo 226 da Carta Magna é cláusula geral de inclusão, não sendo, portanto, admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade, e ostensibilidade. Assim, verifica-se que as primeiras leis que regulamentou a união estável foram fiéis a esse tratamento equalizador, não estabelecendo diferenciações ou revelando preferências.

¹⁶ AVELAR, Karen Hellen Esteves de. **A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002.

Não tendo a norma constitucional logrado aplicabilidade, duas leis vieram regulamentar o novo instituto¹⁸. A primeira, a Lei 8971 assinada em 1994¹⁹, estabeleceu os direitos a alimentos e à sucessão dos companheiros, contudo, não estabeleceu o conceito jurídico de união estável, inserindo apenas os seus elementos caracterizadores, dentre eles estão à presença de uma convivência com prazo de duração de mais de cinco anos, ou a existência de prole entre pessoas com o estado civil de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, todavia, a lei se esqueceu de incluir as pessoas separadas de fato²⁰.

Definiu, também, essa norma, como se daria o direito à pensão alimentícia entre os companheiros, afirmando que era preciso provar a necessidade do alimentado e as possibilidades do alimentante. E no tocante aos direitos sucessórios, essa lei alterou a ordem de vocação hereditária, incluindo o companheiro como herdeiro legítimo, caso de inexistirem descendentes ou ascendentes. Além disto, dispôs sobre o direito ao usufruto dos companheiros, como também, tratou da partilha de bens em caso de morte de um dos concubinos, estabeleceu o direito à meação, desde que comprovado o esforço comum na aquisição do patrimônio²¹.

Em 1996, a Lei de nº 9278²² teve um campo de maior abrangência sem, contudo, revogar a lei anterior, assim a norma deixou de quantificar o tempo de convivência para estabelecer o reconhecimento da união estável, bastando uma convivência duradoura, pública e contínua para caracterizá-la. Como também, albergou as relações das pessoas separadas de fato, além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, e reconheceu o direito real de habitação do companheiro.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito de Família**, 9ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.p.175

¹⁹ BRASIL. **Lei de nº 8971/194. Lei que regula o Direito do companheiro a alimento e a sucessão**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 09 mar.2014.

²⁰ DIAS, Op.cit. p.178.

²¹ CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 89, 30 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4342>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²² BRASIL. **Lei de nº 9278/96 Lei da união estável**.

Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>Acesso em 09 mar.2014.

2.1.3 Com o Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 não fez grandes alterações, porém, incluiu a matéria relacionada à união estável no seu âmbito, entendendo que houve a revogação tácita das leis anteriores, nos seus artigos 1723 a 1727, no livro IV, os quais não mais dispunham prazos sobre o tempo de convivência, caracterizando a união estável como sendo uma união duradoura e pública, objetivando constituir uma família entre indivíduos de sexos opostos que não tivessem impedimentos legais ao casamento²³.

De acordo com art. 1723 desse código, “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”. Como também, estabeleceu a essa “nova” entidade os impedimentos presentes para a realização do casamento, excluindo os casos dos indivíduos separados de fato há pelo menos dois anos.

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 estável²⁴.

Todavia, vale ressaltar a necessidade de inclusão no texto constitucional e, conseqüentemente, na norma infraconstitucional do relacionamento das uniões homoafetivas como um elemento caracterizador dessa forma de família, conforme o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal de Federal Justiça que já proclamou a existência dos mesmos direitos e deveres às uniões heteroafetivas e homoafetivas²⁵.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 8 ed.res. e atual. Saraiva São Paulo. 2011. P.608

²⁴ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 09 mar 2014.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal, **ADI 4277 e ADPF 132**, rel. Min. Ayres Britto. Acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br.portal.autenticacao> sob o número 1319706 em 27/08/14.

Destarte, como a legislação vigente não trouxe o conceito da união estável, caberá ao direito das famílias contemporâneas estabelecer a definição do que é entidade familiar. Tarefa árdua, visto que a concepção de família passa do núcleo econômico e de reprodução para a valorização do vínculo afetivo e do amor, como bem define a Lei Maria da Penha²⁶, no seu artigo 5º, inciso II: “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”²⁷.

Dando sequência, Paulo Lôbo²⁸ afirma que a legislação civil ao sistematizar a matéria em questão, demonstrou a preferência do legislador pelo casamento, visto a disposição do tema após as relações de direito patrimonial, acredita que a disposição correta seria distribuir os artigos referentes ao tema entre os direitos pessoais e patrimoniais como fez com o casamento, haja vista que as relações de parentesco, o poder familiar, o direito de filiação, a guarda dos filhos, são comuns a todos os tipos de entidade familiar.

Diante da falta de especificidade de tal legislação, coube à doutrina e à jurisprudência estabelecer e caracterizar os requisitos definidores desse núcleo familiar. Além de que, diferente do casamento, que possui um formalismo na constituição, sendo precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e outras formalidades, a união estável não possui, como regra, um marco fático, pois decorre da convivência dos companheiros, não sendo necessária, inclusive, declaração expressa da vontade para produzir efeitos jurídicos²⁹.

Assim, pode a doutrina inferir com tranquilidade que a união estável está submetida à análise de alguns requisitos: a publicidade, a continuidade, a estabilidade, a ausência de impedimentos matrimoniais, associados ao ânimo de constituir uma família. De acordo com Maria Berenice Dias³⁰, a palavra “pública” presente no texto da lei, deve significar notoriedade, ou seja, a percepção pela sociedade em que os companheiros se insiram de que a intenção desses indivíduos será “de viver como

²⁶ BRASIL. **LEI 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28 agosto 2014.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 9ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013, p.176

²⁸ LOBÔ, Paulo. **Direito civil: Família**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. p 170.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 8.ed.res. e atual. Saraiva - São Paulo. 2011. P.611.

³⁰ DIAS, *Op.cit.*, p.180.

se casados fossem”, ou seja, de constituir uma família, e não apenas viver como enamorados.

Em relação à previsão legal, não há definição de qual seria esse período, todavia, a utilização da palavra duradoura existe a fim de diferenciar a união estável das relações efêmeras, como também estabelece a necessidade de continuidade da relação para categorizá-la como união estável. Nesse sentido, assegura Cristiano Chaves³¹ que o Supremo Tribunal Federal, em sua súmula 382, consagra que a convivência no mesmo teto não é indispensável a fim de caracterizar a união estável. No entanto, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves³², há situações em que se têm afastado a aplicação dessa súmula, visto a dificuldade de reconhecer um relacionamento afetivo como união estável, se as partes não vivem juntas sob o mesmo teto.

Percebe-se pela análise do presente, no texto do artigo 1723 do Códex, a existência de um elemento subjetivo na constituição da família, demonstrando um desejo daqueles que se unem a fim de formar uma família fundada no afeto, ou seja, é necessário o *animus familiae*, que deverá ser comprovado pela teoria da primazia da realidade, ou seja, teoria aplicada primordialmente no Direito do Trabalho, na qual define que a realidade deve ser enxergada pela ótica de que a relação objetiva deve ser evidenciada pelos fatos que a definirão como verdadeira, independente da relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que simulada, não correspondente à realidade.

Trata-se também de estabelecer que a união estável possua os mesmos impedimentos que se aplica ao casamento, salvo a exclusão daqueles que estão separados de fato. Todavia, se excluiu a aplicação das causas suspensivas, previstas no artigo 1523 do referido Código. Reforçando os requisitos, a Lei de Registro Público³³ permite que a pessoa, vivendo em união estável, possa acrescentar o sobrenome do seu companheiro, semelhante ao que ocorre no casamento.

³¹ CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5 Ed. Editora Jus Podivm, 2013. Pg.530.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 8 ed.res. e atual. Saraiva São Paulo. 2011. P.613.

³³ BRASIL. Lei 6015/73 **Lei de Registro Público**, Art. 57 parágrafo segundo e terceiro.

De igual maneira, a legislação situa que na ausência de um documento escrito pelas partes sobre qual seria o regime de bens dessa união, aplica-se aos companheiros o regime supletivo da comunhão parcial dos bens, da mesma forma que ocorre no casamento, em relação ao regime matrimonial. Assim, pontua que existe entre os companheiros o vínculo de parentesco por afetividade, como também entre os parentes de ambos. Assim como, pela dissolução da união estável, o vínculo de parentesco por afinidade em linha reta não será extinto, mantendo a relação até a morte de uma das partes³⁴.

Em relação aos direitos e deveres na união estável, percebe-se um cotejo com os direitos e deveres do casamento, todavia, chama atenção o fato de inexistir paralelismo entre os direitos assegurados e os deveres impostos a cada uma das entidades familiares. Aos companheiros são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência, enquanto que no casamento, os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência. Em comum há apenas a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos³⁵. Em relação ao direito de adoção pelos companheiros, o código civil contemplou essa possibilidade da mesma forma como ocorre com os cônjuges.

Desse modo, percebe-se que a legislação infraconstitucional estabeleceu vários direitos e deveres equânimes entre os companheiros e os cônjuges no âmbito do Direito de Família, entretantes se percebe uma predileção do legislador pela união decorrente do casamento, em relação à união estável, como já discutido anteriormente. Ficou silente, tal norma, em relação ao direito real de habitação do companheiro, já assegurado na lei que o antecedeu, no impasse, a jurisprudência concede tal prerrogativa, invocando a Lei 9278/96, entendendo que houve a revogação tácita desta. Não obstante, em sede do Direito Sucessório é onde está flagrante o tratamento discriminatório dado ao parceiro da união estável, concedendo à entidade um único dispositivo legal, dispondo o companheiro como herdeiro facultativo, herdando depois dos parentes colaterais de quarto grau, enquanto que o cônjuge figura no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária³⁶.

³⁴ CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5ª Ed. Editora Jus Podivm, 2013. Pg.552

³⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito de Família**, 9ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p 186.

³⁶ Ibidem. p 190-1.

A ausência de uniformidade levada pela lei será objeto de análise dos próximos tópicos.

2.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, ao garantir no seu artigo 226, a proteção à família, elencou algumas entidades familiares mais frequentes na sociedade, todavia, não as desigualou. O rol descrito é meramente exemplificativo, não relavando uma escala de prioridade, mesmo quando citou primeiro o casamento, depois a união estável e por último, a família monoparental³⁷.

O reconhecimento da União estável, como uma das diversas entidades familiares mencionadas por essa Carta, constitui uma ampliação dos princípios fundamentais da Proteção à Família. Diante do alargamento dessa tutela, percebe-se uma vinculação das leis infraconstitucionais aos seus princípios, sob pena de ser decretada a sua inconstitucionalidade, assim, esse tratamento desigual dado às diversas formas de família será pontuado a seguir.

2.2.1 Existência ou Inexistência da hierarquia entre as entidades familiares

De acordo com Paulo Lobo³⁸, a interpretação dominante do artigo 226 da Constituição é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando-se “*numerus clausus*”. Para esse autor, tanto os “antigos” civilistas quanto os “novos” possuem esse pensamento, ainda que deplore a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais de família, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles. Assim, os que entendem que a Constituição não admite

³⁷ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito de Família**, 9ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p 175.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002.

outros tipos além dos previstos, controvertem acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas:

I – Há primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade mono parental) receberem tutela jurídica limitada;

II – Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade³⁹.

Aqueles que concordam com a primeira tese afirmam que a Constituição Federal, ao facilitar a conversão da união estável ao casamento, dá uma primazia desta em detrimento daquela.

Para os que concordam com a tese da ausência de hierarquia entre as entidades familiares protegidas pela CF, o fundamento advém do Princípio da Isonomia, da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade de Escolha do Indivíduo na forma em que irá constituir sua família, entretanto, o resultado final é o mesmo, ou seja, a família e os seus membros merecem tratamento igualitário. Conforme demonstra a fundamentação da jurisprudência abaixo, ao afirmar que a única diferenciação aplicável entre as duas entidades é a decorrente da formação de ambas, pois somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002

diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.

6. Recurso especial provido⁴⁰.

Desde modo, há diferença entre a formação jurídica da união estável e do casamento, não obstante, o resultado familiar formado por essas entidades são protegidas igualmente pela Carta Magna, não existindo uma hierarquia entre elas nem diferença. A família contemporânea, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural, e não mais necessariamente casamentária, e deve ser protegida como todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade⁴¹.

2.2.2 Proteção familiar na Constituição Federal de 1988

Consoante com Cristiano Chaves⁴², toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção tutelada pela Carta Magna. O que se deve proclamar é a proteção da vida em comum, ou seja, a família, assim, o que distingue o casamento da união estável é a sua forma de constituição e de sua existência, e não quantos aos efeitos protetivos em relação aos seus componentes.

Como também, o conceito atual de família, disposto na Lei Maior, fundamenta-se no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Desse modo, a família deixa de ser compreendida como um

⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: nº 1299.894** DF Proc.2011.0312255-6 Ministro Luis Felipe Salomão Disponível em <www. STJ.jus.br> Acesso em: 05 maio 2014.

⁴¹ CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5ª Ed. Editora Jus Podivm, 2013. P 47.

⁴² *Ibidem*, Pg.510.

núcleo econômico e reprodutivo, avançando para uma compreensão mais ampla, baseada na socioafetividade, surgindo, assim, novos arranjos familiares. O casamento deixa de ser um ponto referencial necessário na busca da proteção e no desenvolvimento da personalidade do homem. O que prevalece é a busca na dignidade humana.

A proteção se dá a todos os núcleos familiares, tutelando, assim, a pessoa do homem, portanto, desnivelar esse tratamento, sob o argumento da proteção à instituição familiar é uma violação frontal ao comando constitucional⁴³.

No *caput* do seu art. 226, operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento”, presente no art. 175 da Constituição de 1967-69, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família⁴⁴.

Por conseguinte, percebe que a cláusula de exclusão desapareceu do Texto Constitucional, pois, em seus parágrafos, ao referir-se a determinados tipos de unidades familiares, o fez apenas para lhes atribuir certas consequências jurídicas, não significando, portanto, a sua reinstituição como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos⁴⁵.

O objeto da norma suprema não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Assim acontecia anteriormente, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, como eram consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único através do casamento, em torno do qual o direito de família se organizou. No passado, a regulamentação legal da família voltava-se para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecido como instituição essencial. Hoje, a afetividade é o elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da

⁴³ *Ibidem*. P. 44.

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002.

⁴⁵ *Ibidem*/loc.cit.

autonomia privada e, conseqüentemente, geram efeitos jurídicos semelhantes, mas não discriminatórios na órbita do Direito.

Desse modo, o Princípio da Afetividade fundamenta o direito de família na estabilização das entidades socioafetivas e na comunhão da vida com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Ele está implícito na Constituição e especializa os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e se entrelaça com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressalvam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família⁴⁶.

Entretanto, há divergências doutrinárias em relação à equiparação da união estável ao casamento. Aqueles que discordam desse posicionamento afirmam que a Constituição Federal de 88 não equiparou a união estável ao casamento, apenas facilitou a sua conversão para essa instituição familiar, desse modo não se justifica o tratamento diferenciado dado pelo direito Código Civil⁴⁷.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Família**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 70-1.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 1º abril 2014.

3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO: BREVES COMENTÁRIOS

A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa a situação fática em que uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens⁴⁸.

No cerne do Direito das Sucessões está a ideia da morte, haja vista que não existe herança de pessoas vivas, conforme reza o artigo 426 do Código Civil de 2002. A sucessão se abre após a morte da pessoa natural, seja presumida ou real, ou com a sua ausência. A morte real deve ter sua autenticidade apurada, ou seja, deve ser provada sob o viés biológico, através da medicina legal e no âmbito jurídico, pela certidão de óbito, passada pelo Ofício de Registro Civil⁴⁹.

A morte presumida poderá ser decorrente das situações em que não foi possível encontrar o cadáver para exame, bem como inexistem testemunhas que presenciaram ou constataram o fato, embora seja extremamente provável o passamento de quem estava em perigo de vida ou tenha desaparecido em campanha de guerra ou tenha sido feito prisioneiro, exauridos dois anos do término do conflito.

Nessas hipóteses, não há certeza de morte, porém diante dessas evidências que induzem a certeza de maneira reflexa, a lei infraconstitucional autoriza o juiz declarar a morte presumida.

Na declaração de ausência, o legislador autoriza que a morte seja proclamada presumida diante do desaparecimento de indivíduo, quando já é possível por lei a abertura da sucessão definitiva.

O Direito das Sucessões é o segmento do Direito Civil que trata do regramento e estudo sobre a fundamentação e a transmissão da propriedade das pessoas

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro. Direito de sucessões**, 7º Ed. Saraiva, São Paulo, 2013 p. 19.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**, 20 ed. Rio de Janeiro. Forense 2013. P.13.

naturais após o advento da morte ou da ausência aos indivíduos indicados por lei ou por ato de disposição de vontade em vida, materializado pelo testamento⁵⁰.

3.1.1 Evolução Histórica

A sucessão *mortis causa* universal ou singular, objeto do Direito das Sucessões, tem a sua origem conexa com o direito de família, eis que representava o modo de perpetuação das próprias famílias em épocas pretéritas a um Estado Organizado como sociedade política de base territorial⁵¹.

Assim, desde que os homens deixaram de ser nômades e começaram a adquirir patrimônio, a sociedade começou a se organizar sob a forma de família com um núcleo constituído pelo patrimônio e religião⁵².

Verifica-se que as primeiras organizações familiares viviam isoladas e se mantinha unidas em torno de um único fundador, o pater famílias. Este era encarregado, em razão da religião, de manter vivos os cultos aos antepassados e realizar oferendas religiosas nos túmulos.

Nessa ambiência, os filhos, a esposa e demais agregados eram súditos, sujeitos ao poder absoluto desse fundador, com vínculo exclusivamente consanguíneo. Com o advento de sua morte, os seus poderes passavam ao sucessor varão, que assumia o poder do chefe falecido⁵³. A finalidade era manter os bens pessoais e patrimoniais no mesmo grupo familiar, ou seja, não havia a ideia de transmissão do patrimônio do falecido.

No direito Romano Clássico ainda não havia a diferenciação entre a sucessão universal e a sucessão singular; diante da morte do líder familiar, o herdeiro tornava-se titular de todo o patrimônio do falecido. Na ausência de sucessores legítimos e diante da morte do paterfamílias, a família romana poderia ser extinta.

Preocupados com essa situação e no intuito de evitar essa consequência, os líderes da sociedade começaram a designar um novo detentor da soberania doméstica,

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**. Direito de sucessões, 7º Ed. Saraiva, São Paulo, 2013 p. 21.

⁵¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direitos das Sucessões**. São Paulo: Atlas 2014. P.1-11.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3º Ed. São Paulo, 2013. P.29

⁵³ Ibidem, op.cit.

através do chamado testamento in procinctu; surgindo, assim, a sucessão voluntária, através de ato de disposição de última vontade. Após o advento de alguns institutos testamentários insipientes, surge a ideia do testamento como significado de doação que aos poucos passou a permitir a distribuição da fortuna de acordo com o grau de afeição do testador, com as pessoas próximas a ele, podendo ser parentes de sangue ou não⁵⁴.

Com o passar do tempo, esse costume começa a ser condenado, em Roma, em virtude da possibilidade de exclusão dos descendentes ou ascendentes, assim exsurge a ideia de garantir um percentual da herança aos parentes próximos. É na época pós-clássica que surge a distinção entre sucessão universal e singular, assim como a ideia da necessidade de instituir os herdeiros necessários aos descendentes e ascendentes, que seriam também herdeiros, independente da vontade do de *cujus*⁵⁵.

Na idade média, a concepção da igreja antiga era de que cabia ao varão da família a administração dos bens deixados pelo de *cujus*, pois entendiam que o descendente do sexo masculino era a maior autoridade competente para gerir patrimônio familiar deixado pelo falecido⁵⁶.

Na França, durante o século XIII, fixou-se o princípio de Saisine, fundamentado no direito germânico, máxima esta que preconizava que a propriedade, como também a posse, passa aos herdeiros automaticamente com a morte do hereditando⁵⁷.

Com a evolução da sociedade familiar, a propriedade passaria a ter um caráter de individualização em relação à entidade familiar, dessa maneira, a sucessão constituía uma forma de perpetuação do patrimônio naquela entidade familiar, ocorrendo, assim, uma maior valorização dos laços de sangue.

Por conseguinte, a transmissão dos bens perdeu o significado de, apenas, garantir o patrimônio no seio da família, mas também significou uma fonte de proteção, coesão e perpetuidade da família. Todavia, esse entendimento de família era pautado, exclusivamente, no vínculo de sangue, sendo os herdeiros apenas os descendentes

⁵⁴ *Ibidem*, p.6.

⁵⁵ *Ibidem*, p.10.

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Noves. **Direito das Sucessões**: Introdução In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Noves; Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**, Belo Horizonte, Del Rey, 2007. p.2.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro. Direito de sucessões**, 7º Ed. Saraiva, São Paulo, 2013 p 23.

e ascendentes. O cônjuge sobrevivente só era chamado à sucessão depois dos colaterais até o décimo grau, surgindo, portanto, uma ordem da vocação hereditária⁵⁸. Influenciado pela legislação europeia e pelo incremento na valorização da família, fulcrada no vínculo de afetividade, o cônjuge, ainda que não tenha concorrido ativamente na formação do patrimônio, além de não ser também herdeiro de sangue, foi jungido ao rol dos herdeiros necessários pela legislação brasileira, passando a ter uma representação diferenciada na sociedade familiar.

A congregação familiar deixa de ter a forma clássica da família patriarcal, na qual, pela adição de um núcleo menor, a mulher começou a contribuir para a formação do patrimônio familiar⁵⁹, incrementando a evolução da sucessão ao patamar de estruturação vigente nos códigos civis da atualidade, conforme será discutido com maiores detalhes nos próximos tópicos.

3.1.2 Conceitos básicos sobre o Direito Sucessório Brasileiro

É de bom alvitre perscrutar alguns conceitos sobre o Direito Sucessório, antes de iniciar uma abordagem a respeito da sucessão do companheiro, no Código Civil de 2002.

De acordo com Orlando Gomes⁶⁰, a expressão sucessão hereditária pode ser empregada nos sentidos objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, refere-se ao sinônimo da herança, a massa dos bens e dos encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio do defunto. No sentido subjetivo, equivale ao direito de suceder, ou seja, de recolher os bens da herança.

A sucessão pode ocorrer a título universal, quando se sucede a totalidade dos bens da herança ou a uma fração aritmética da universalidade, é o que ocorre no direito brasileiro decorrente da morte ou da ausência. Também pode haver sucessão a título singular, quando se recebe bens determinados. Nesta senda, o legado constitui o bem ou conjunto de bens que compõem a herança, deixado por

⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004. 179 p.21.

⁵⁹ CATEB, Salomão de Araujo; **Direito das Sucessões**, 7ª Ed. São Paulo, Atlas, 2012 pg. 149.

⁶⁰ GOMES, Orlando. 1909-1988. **Sucessões** 15 ed. rev. e atual. /por Mario Roberto de Farias. Rio de Janeiro. Forense.2012. p.5.

testamento do falecido para alguém, enquanto que a herança compõe todo o patrimônio do falecido.

Quanto à espécie, em conformidade com a legislação brasileira, a sucessão poderá ser decorrente de lei, é a chamada sucessão legítima que ocorre a título universal ou por ato de disposição de última vontade, constituindo a sucessão testamentária que poderá ocorrer a título universal ou singular⁶¹.

Há três sistemas que regem a sucessão hereditária, são eles: o sistema de concentração obrigatória, o da divisão necessária e o da liberdade testamentária. De acordo, com o sistema de concentração obrigatória, defere-se a determinada pessoa todo o patrimônio do de *cujus*, e, geralmente, essa pessoa será o primogênito da família o que excluirá os outros membros. Na liberdade testamentária não há a figura do herdeiro necessário, ou seja, o autor poderá dispor de todos os seus bens livremente a quem interessar, sem necessidade de reservar parte da herança. No entanto, na forma da sucessão por divisão necessária - que é a adotada pelo Direito Brasileiro - o espólio será partilhado por todos os sucessores legais, todavia, existindo o herdeiro necessário, metade deste é obrigatoriamente devida a eles⁶².

Assim, o falecido não poderá, por simples ato de disposição de vontade, excluir os seus herdeiros necessários da sua sucessão, salvo nos casos previamente previstos em lei.

Considera-se herdeiro necessário àquele que se apresenta em sentido amplo, como um sucessor universal privilegiado, por força da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança tenha com os seus familiares mais próximos.

De acordo com a legislação infraconstitucional brasileira, os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, sendo que este foi incluído por inovação do código civil de 2002, fundamentado pelo princípio da afetividade, já discutido no capítulo antecedente, enquanto que o companheiro permaneceu na categoria de herdeiro facultativo. Conforme o artigo 1845, da legislação civilista e a eles está garantido o direito à legítima, artigo 1846, da mesma lei.

Artigo 1845: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁶¹ BRASIL. **Código Civil, 2002**, Art. 1786 www.planalto.gov.br. Acesso 09 mar.2014.

⁶² GOMES, Orlando. 1909-1988. **Sucessões** 15 ed. rev. e atual. /por Mario Roberto de Farias. Rio de Janeiro. Forense. 2012. p.10.

Artigo 1846: Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.⁶³

Assim sendo, o herdeiro necessário é o sucessor universal, a quem a lei garante uma parte mínima da herança correspondente, na legislação pátria a metade dos bens líquidos, denominada de legítima. Desse modo, aberta a sucessão e havendo herdeiros necessários, a metade do patrimônio vai para estes, e a outra metade poderá ser encaminhada para quem o *de cuius* dispuser por ato de disposição de vontade, através do testamento.

A proteção da legítima ocorre também nos casos de doações em vida, que deverão respeitar essa limitação legal; por conseguinte, infere-se que existe um tratamento diferenciado entre os herdeiros legítimos necessários e os herdeiros facultativos, em que há o encaixe legal do companheiro.

Aos herdeiros facultativos, o legislador não reservou nenhuma porção mínima da herança, assim sendo, eles estarão sujeitos à literalidade dos termos legais, são eles os colaterais até quarto grau e o companheiro. O hereditando tem o condão de excluir um a um ou a todos da sua herança por força da renúncia do próprio herdeiro, como também poderá excluir o companheiro.

De acordo com o Código Civil de 2002, pode haver sucessão na presença simultânea ou não de herdeiros legítimos e testamentários. A sucessão testamentária é conhecida como ato de disposição de última vontade, através do testamento no qual o *de cuius* disporá de seu patrimônio em vida a quem lhe interessar. Todavia, por determinação legal, a sucessão testamentária apresenta limitações, tendo por escopo a proteção da legítima pertencente aos herdeiros necessários⁶⁴.

Uma vez preenchidos todos os requisitos para realizar um testamento, o indivíduo tem a prerrogativa de dispor apenas de cinquenta por cento do seu patrimônio a quem desejar privilegiar, caso possua herdeiros necessários. Essa reserva patrimonial é chamada de legítima. O valor restante é indisponível, imutável e pertence aos herdeiros necessários, conforme reza a tutela legal do artigo 1846, do Código Civil.

⁶⁴ BRASIL. Código Civil, 2002, **Art. 1786**, disponível em < www.planalto.gov.br>. Acesso 09 mar 2014.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro. Direito de sucessões**, 7º Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

O direito de testar é a garantia da autonomia da vontade da pessoa humana sobre a sua propriedade, todavia, como forma de proteção da unidade familiar, o Estado limitou esse direito através do instituto da legítima. A liberdade de testar pode variar de acordo com a legislação; no Brasil, ela está limitada pela existência de herdeiros necessários os quais têm garantido, por via legal, a metade da herança⁶⁵.

É antiga a polêmica entre essa reserva pela legítima e a liberdade do indivíduo em testar, de acordo com Carlos Gonçalves⁶⁶. Asseveram os que defendem a legítima, que a liberdade total em testar poderia representar uma exclusão dos familiares, traduzindo-se em uma falta de proteção à família. Há aqueles que tutelam a liberdade de dispor do seu patrimônio fundamentam no princípio da autonomia da vontade, também protegido no ordenamento constitucional. A jurisprudência brasileira ressalta a garantia da proteção à legítima, conforme entendimento abaixo:

Apelação Cível. Ação de Cumprimento de Testamento Público. Instituição de companheira como herdeira universal. Existência de outros herdeiros necessários. Necessidade de resguardo da legítima. Aplicação do art. 1.576 do CC/1916. Atribuição de toda a parte disponível da herança à legatária. Vontade do testador. Aplicação do art. 1.666 do CC/1916. Provimento do Recurso. I - Na existência de outros herdeiros necessários, o testador somente poderá legar metade de seu patrimônio, por aplicação do disposto no art. 1.576 do CC/1916, vigente à época da elaboração do testamento público. II - Atribui-se à legatária toda a parte disponível da herança, conforme previsto no art. 1.666 do CC/1916, no intuito de fazer prevalecer à interpretação que privilegia a vontade do testador. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime⁶⁷.

Ao avaliar a proteção da legítima, em confronto com a autonomia da vontade, percebe-se a existência da colisão entre dois princípios: de um lado, a proteção à família, representada pela garantia da legítima, e do outro, o princípio da autonomia da vontade individual.

Nessas hipóteses de colisão entre princípios, resolve-se o dilema através da ponderação, balizando os dois interesses, sem a necessidade de exclusão de um deles. Desde modo, a proteção de metade do patrimônio dos herdeiros necessários,

⁶⁵ CATEB, Salomão de Araujo; *Op. Cit.*, 2012 p.150 *et seq.*

⁶⁷ BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Civil**. Primeira Câmara Civil Relator: Des. Clara Leite de Rezende, Julgado em 09/07/2007. Disponível em < www.tjse.br > Acesso em 03 maio 2014.

representado pela legítima e o direito do indivíduo de dispor do cinquenta por cento restantes desse patrimônio, constitui um exemplo clássico dessa ponderação.

Pelo entendimento de Pablo Stolze e de Pamplona⁶⁸, a preservação da legítima pela legislação é foco de muitas desavenças familiares, e deixa dúvidas sobre a eficácia social e justiça dessa norma preservadora, pois tal proteção só faria sentido caso houvesse descendentes menores ou incapazes, e, se caso o *de cuius* quisesse beneficiar um dos descendentes seu ou o seu cônjuge que mais lhe dedicou afeto, o faria através do testamento.

Assim, para esses autores, essa restrição à autonomia da vontade do direito do testador configura uma afronta ao direito Constitucional de propriedade, o qual é composto pelas faculdades de usar, gozar/fluir, dispor e reivindicar a coisa.

A única forma prevista em lei, pela qual o *de cuius* poderá dispor da totalidade da legítima é através da exclusão do herdeiro necessário da herança, devido às situações determinadas na lei, nos casos da deserdação ou da indignidade. Situações estas que não serão objetos deste trabalho.

Em relação à sucessão legítima, ou seja, a decorrente da lei entende-se que ela seja supletiva à testamentária, salvo quando imposta de modo parcial pela presença de herdeiro necessário se dá de acordo com a vontade presumida do falecido, de acordo com a ordem preferencial da vocação hereditária, estabelecida na atualidade pelo artigo 1829 e 1790 do Código Civil.

De acordo com a ordem vocacional, os primeiros legitimados a suceder em linha reta são os descendentes do *de cuius*, obedecendo ao princípio de que os mais próximos excluem os mais remotos, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, em segundo lugar, os ascendentes, também concorrendo com o cônjuge sobrevivente, em terceiro lugar, o próprio cônjuge, e em quarto lugar estão os colaterais até o quarto grau. O Poder Público também é um sucessor legal, apesar de não ser mais herdeiro⁶⁹.

⁶⁸ GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de direito Civil: Direito de Sucessões**. V.7. São Paulo. Saraiva.2014. pg.189.

⁶⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direitos das Sucessões**. São Paulo: Altas 2014. P.313.

Assim, de acordo Stolze e Pamplona Filho⁷⁰, a sucessão legítima se configura no conjunto de regras que disciplina a transferência patrimonial *pos mortem*, sem a incidência de um testamento válido. A sucessão legítima está disciplinada no artigo 1829, do Código Civil de 2002.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

obs.dji.grau.1: [Art. 1.640, Parágrafo único, Regime de Bens entre os Cônjuges - CC](#)

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Enquanto o direito sucessório do companheiro sobrevivente está disciplinado na legislação como sucessor através do artigo 1790 da lei civil, que diz “no caso de o hereditando morrer na constância da união estável, admitindo também a concorrência sucessória com os demais parentes do falecido”. Esse tema será objeto de análise da próxima seção, na qual se discutirá tal tratamento desigual.

⁷⁰ GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de direito Civil: Direito de Sucessões**. V.7. São Paulo. Saraiva.2014. pg.189.

3.2. FORMAS DE SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, fez-se necessária a regulamentação desta pelas leis infraconstitucionais⁷¹. Primeiramente, o direito sucessório dos companheiros foi regulamentado pela lei 8.971/194, que reconheceu o esse direito aos conviventes, incluindo o usufruto. Após dois anos, surge a lei 9278/96, que conferiu o direito real de habitação aos companheiros sobrevivente⁷².

Contudo, o Código Civil de 2002, regulou sobre o direito sucessório dos companheiros, apenas no artigo 1790, não contemplando o direito real a habitação e nem o direito ao usufruto vidual do companheiro⁷³. Ao tratar da sucessão dos conviventes, não lhe promoveu a qualidade de herdeiro necessário, conforme fez com o cônjuge; não assegurou a este uma quota mínima do patrimônio do de cujus, ao concorrer com outros herdeiros; o inseriu em quinto lugar, após os herdeiros colaterais, como também só recebe a totalidade dos bens, se não existir nenhum outro herdeiro.⁷⁴

Para Aldemiro Resende⁷⁵, houve um grande retrocesso o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 à sucessão do companheiro. Primeiramente, o legislador dispôs a parte da sucessão do companheiro no capítulo das Disposições Gerais e não na Sucessão Legítima. Por outro lado, o artigo 1790, que se refere à sucessão da união estável, para o autor é flagrantemente inconstitucional. De acordo com esse artigo:

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

I - se concorrer com filhos comuns, terão 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;

⁷¹ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões. Comentários à parte Geral e a Sucessão Legítima.** 4ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012. P.173.

⁷³ Ibidem, 174-175.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro. Direito de sucessões**, 7º Ed. Saraiva, São Paulo, 2013. P 183.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3º Ed. São Paulo, 2013. P.72.

⁷⁵ DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família Sucessão no Casamento e na União Estável.** Lumen Juris Rio de Janeiro. 2004. P.538-9.

- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terão direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Dessa maneira, os conviventes foram flagrantemente preteridos em relação ao cônjuge, no Código Civil de 2002, haja vista que não integram a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1829, como também os seus direitos sucessórios, concedidos no artigo 1790, não são idênticos aos conferidos ao cônjuge.

Assim, percebe-se que as entidades familiares foram tratadas desigualmente na legislação em comento⁷⁶. Cotejando o texto do artigo 1.829, que se encontra insculpido na parte do Código com o título de Sucessão Legítima, no capítulo intitulado da Ordem de Vocação hereditária, encontra-se:

- Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 - II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
 - III - ao cônjuge sobrevivente;
 - IV - aos colaterais.

Assim sendo, ao companheiro coube para suceder, em concurso com os parentes do falecido ou sozinho, preencher certos requisitos, o mais relevante, viver em união estável à época do óbito, falecer um deles na vigência do código contemporâneo, adquirir a títulos onerosos bens durante a união estável e ter comprovação em juízo da sua qualidade de companheiro sobrevivente, nos casos de litígios entre os sucessores⁷⁷.

Em relação ao debate sobre a (in) constitucionalidade do artigo 1790 desse código, objeto de várias divergências doutrinárias e que já teve, inclusive, no campo jurisprudencial, decisões de reconhecimento da inconstitucionalidade de alguns dos seus incisos⁷⁸, este não será o foco de discussão deste trabalho monográfico, todavia, merece algumas considerações.

⁷⁶ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões. Comentários à parte Geral e a Sucessão Legítima**. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Lumes Juris, 2012. P.173.

⁷⁷ Ibidem, p.177.

⁷⁸ Ibidem, 177.

Conforme já mencionado, o legislador inadvertidamente inseriu esse artigo de regramento específico da sucessão legítima entre as regras gerais e os princípios do Direito Sucessório⁷⁹. O que se esperaria da nova codificação civil à época era a igualdade de tratamento entre os cônjuges e os companheiros, evitando qualquer tratamento discriminatório, mas não foi o que ocorreu. De acordo com esse artigo:

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

I - se concorrer com filhos comuns, terão 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.

Assim, o que se verifica, foi uma franca violação do princípio constitucional da vedação ao retrocesso, limitando o direito sucessório do companheiro aos bens adquiridos onerosamente no curso da relação, além de colocá-los em posição inferior aos colaterais do morto. Como também, não previu a situação da ocorrência de filhos híbridos do casal, diante dessa lacuna restou à doutrina a solução (deste) do problema que foi feita através de uma fórmula matemática, elaborada por Gabriele Tusa⁸⁰.

Fórmula matemática de Tusa⁸¹:

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F + S) + 2F + S} \times H$$

$$C = \frac{2F + S}{2(F + S)} \times X$$

⁷⁹ GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de direito Civil: Direito de Sucessões**. V.7. São Paulo. Saraiva.2014. pg.234-235.

⁸⁰ Ibidem,, pg.238-239.

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 1º abril 2014.

Legenda:

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos.

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

De acordo com Giselda Hironaka⁸², essa solução não foi engenhosa, pois as contas geraram números decimais que fracionavam a herança de maneira complexa, todavia não gera a lesão a igualdade estabelecida pela Constituição entre todos os filhos.

Em relação à concorrência do companheiro com os parentes sucessíveis, como refere o inciso III do referido artigo, dois terços da herança caberão aos parentes sucessíveis e um terço caberá ao companheiro sobrevivente, compreendendo a ideia de que parentes sucessíveis são os ascendentes e os colaterais do primeiro grau até o grau infinito e do 2º grau até o quarto, obedecendo à ordem da vocação do artigo 1829⁸³. Assim, o companheiro está equiparado ao patamar dos herdeiros colaterais até o quarto grau divergindo do tratamento dado ao cônjuge.

Em relação ao inciso IV desse artigo, o companheiro herdará todo o patrimônio diante da ausência de parentes sucessíveis, todavia, deve-se entender que esse quinhão se resume aos bens adquiridos na constância da relação, havendo, desse modo, uma incongruência nesse inciso com o *caput* da referente norma⁸⁴.

Em relação ao polêmico artigo 1845, que não conferiu ao companheiro à qualidade de herdeiro necessário, como o fez com o cônjuge, discussões sobre esse tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro serão analisadas nos próximos capítulos desta obra.

⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Noves. **Direito das Sucessões:** Introdução In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Noves; Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007. P 66-7

⁸³ MALUFF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito das Sucessões**. Ed. Saraiva São Paulo. 2013 p.220-1.

⁸⁴ *Ibidem*, p.220-1.

3.2.1 O Companheiro como Herdeiro Facultativo

Conforme já citado anteriormente, o companheiro restou esquecido pela legislação infraconstitucional, não sendo a qualidade de herdeiro necessário, como ocorreu com o cônjuge, sendo, então, incluído como herdeiro facultativo. Dessa forma, poderá ser excluído da sucessão sem a necessidade de preencher os critérios para deserdação definidos na lei, como também, no caso da ausência de herdeiros necessários, o de *cujus* poderá dispor de todo o seu patrimônio, sem a necessidade de proteção da metade do seu acervo adquirido fora da constância desta união.

Antes do novo código, os herdeiros necessários eram apenas os descendentes e ascendentes, devido à valorização da consanguinidade, todavia, diante da ampliação do conceito de família pela lei constitucional, da inclusão implícita do princípio da afetividade, da solidariedade e do companheirismo, o cônjuge foi incluído ao rol de herdeiros necessários e o companheiro não, demonstrando um tratamento cristalinamente discriminatório em relação às duas entidades familiares, sugerindo uma superioridade do amor, afetividade e do vínculo na união entre cônjuges, em relação à união entre companheiros.

Um dos argumentos de proteção do cônjuge, para incluí-lo no rol de herdeiros necessários do Código Civil de 2002 foi decorrente da modificação do regime supletivo do casamento quando da legalização do divórcio. O regime supletivo de partilha dos bens do casamento, no Código Civil de 1916, era o da comunhão total dos bens, assim, o cônjuge sobrevivente, mesmo não sendo herdeiro necessário, não ficaria desprotegido em relação ao patrimônio do outro cônjuge, visto que estaria assegurada a ele a meação, uma vez que o patrimônio era comum. Todavia, com o advento da lei do Divórcio em 1977, o regime supletivo foi modificado, passando a ser o da comunhão parcial de bens, perdendo o cônjuge o direito a metade do patrimônio do casal, sendo apenas limitado à meação dos bens adquiridos na constância do casamento, houve a sua inclusão do rol de herdeiros necessário como também um proteção⁸⁵.

⁸⁵ DANTAS JR. Aldemiro Rezende. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família Sucessão no Casamento e na União Estável**. Lumen Juris Rio de Janeiro. 2004. P.540-1.

Ademais, como o regime supletivo de partilha dos bens no Código Civil de 1916 era o da comunhão total dos bens, o cônjuge sobrevivente não ficaria desprotegido em relação ao patrimônio do outro cônjuge, pois àquele estaria assegurado da meação, uma vez que o patrimônio era comum.

Diante desse tratamento desigual dispensado pela legislação civilista, coube ao companheiro apenas a qualidade de herdeiro facultativo, não lhe reservando nenhuma cota ou porção da herança, conforme será visto no próximo tópico.

3.2.2 A (des) proteção da legítima na União Estável

A legítima compreende a metade do patrimônio do *de cuius*, que é legalmente protegida do ato de disposição de última vontade, haja vista a presença de herdeiros necessários. A legislação, ao determinar esse limite ao direito individual de testar, visou à proteção da unidade familiar, entendida como aquela formada pelos cônjuges, descendentes e ascendentes.

Não obstante, essa proteção não ocorre na União Estável, pois a legislação estabeleceu que o companheiro só fosse herdeiro do patrimônio adquirido onerosamente durante a vigência da relação, e na ausência de bens e de herdeiros necessários, o companheiro sobrevivente não terá garantida a metade do acervo do *de cuius*.

Desde modo, poderá o companheiro falecido deixar para outra pessoa a totalidade de sua herança, se não houver os herdeiros necessários e bens comuns, deixando o companheiro sobrevivente sem nenhuma proteção patrimonial.

Esse tratamento desigual dado à família proveniente da união estável viola o princípio da isonomia, garantia constitucional, haja vista a não distinção legal entre as famílias.

Assim sendo, o tratamento diferenciado da sucessão entre companheiros em relação aos cônjuges suscitou várias discussões doutrinárias, as quais asseveravam sobre a legitimidade da regulamentação dos institutos pelas normas infraconstitucionais, que violavam o princípio da isonomia, inferindo uma possível escala hierárquica entre as diversas apresentações da família contemporânea.

Consoante Cristiano Chaves⁸⁶, a interpretação da legislação que versa sobre o Direito de Sucessões na união estável, à luz da constitucionalização do Direito, indica que o tratamento diferenciado dado pela legislação a essa maneira de constituição da família, seja avaliado sob a ótica da inconstitucionalidade. Conforme expressa a jurisprudência sobre o assunto:

AGRAVO INOMINADO NA APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. REQUISITOS. PRESENÇA. PARTILHA DE BENS. AQUISIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. 1. A entidade familiar é constitucionalmente protegida pela Lei Fundamental, na exegese do artigo 226, § 3º, permitindo que se efetive o ideal de proteção estatal à família, seja a oriunda do casamento ou aquela que deriva de união estável e, até mesmo, a família monoparental. O que se visa proteger é a vida em comum, independentemente de sua origem. Para que se configure a união estável, nos moldes do mencionado dispositivo constitucional e no do artigo 1.723 do CCB, é preciso à manutenção de relacionamento entre duas pessoas, desimpedidas de casar, que vivem juntas, como se casadas fossem, de forma pública, contínua e duradoura e estabelecido com o objetivo de constituição de família. Doutrina. 2. O réu insurge-se contra a sentença que julgou procedente o pedido autoral sustentando ausência de *affectio maritalis* e, ainda, que a aquisição do imóvel se deu com recursos provenientes da venda de outro bem, recebido por direito sucessório, além de economias obtidas anteriormente ao convívio. 3. Incontroverso nos autos que as partes mantiveram relacionamento, presumindo-se que tenha se dado durante o período de agosto de 2007 a dezembro de 2010, conforme afirmado na exordial e não impugnado (CPC, art. 302). 4. Ademais, as provas carreadas aos autos, documental e testemunhal, demonstram que a autora residiu em companhia do demandado pelo período de aproximadamente três anos, como se casados fossem, de forma pública, contínua, duradoura e com intuito de formar uma família, até porque o casal era reconhecido no meio social como marido e mulher, advindo o nascimento de uma filha. 5. Assim, o conjunto probatório carreado aos autos leva à conclusão de que, ao contrário do que sustenta o réu, ora recorrente, patente o intuito *familiae*, também denominado *affectio maritalis*. Precedentes do TJRJ. 6. No que tange aos efeitos patrimoniais da união estável ora reconhecida, conforme dispõe o artigo 1.725 do Código Civil, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros. Já o artigo 1.660, inciso I, também do Código Civil, estabelece que integrem a comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de uns dos cônjuges. Doutrina. 7. No caso dos autos, incontroversa a aquisição do direito e ação sobre imóvel, a título oneroso, durante a união estável reconhecida. Assim, presume-se o esforço comum na aquisição do bem. 8. Por outro lado, incumbe ao réu à comprovação de que a aquisição é

⁸⁶ CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5ª Ed. Editora Jus Podivm, 2013. Pg.510.

proveniente de sucessão hereditária, doação ou em sub-rogação a eventual bem adquirido antes da convivência, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, ônus do qual não se desincumbiu. Doutrina e precedente do TJRJ. 9. Recurso não provido.⁸⁷

Sufragando esse entendimento, a jurisprudência também ressalta que esse tratamento desigual dispensado pelo direito sucessório à família formada pela união estável, ao oposto da formada pelo casamento, está em desacordo com a Carta Magna e, portanto, deve ser objeto de análise sob o prisma da sua (in) constitucionalidade.

Nessa ordem de ideias, o próximo capítulo discutirá com maior profundidade o tratamento desigual dado aos companheiros pelo artigo 1845, que o excluiu da qualidade de herdeiro necessário, como também debaterá sobre propostas legislativas para a correção dessa desigualdade.

⁸⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça. Agravo Inominado.** Proc.0026565-96.2011.8.19.0038. Décima Quarta Câmara cível: relator Des. José Carlos Paes. Rio de Janeiro. 11/04/2014 Disponível em.<www.tjrj.jus.br>Acesso em 04 maio 2014.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1845 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Após a análise da evolução histórica da união estável, como entidade familiar protegida pela Constituição Federal de 1988, feito no capítulo 2, como também o estudo do Direito Sucessório dessa entidade familiar, apreciado no capítulo 3, neste tópico, passar-se-á a discutir a possibilidade ou não da equiparação do companheiro ao cônjuge como herdeiro necessário, a existência ou não de uma hierarquia axiológica das entidades familiares, como também as propostas legislativas para sanar alguns dos deslizes cometidos pelo legislador na elaboração do Código Civil de 2002.

4.1 O COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO

A Constituição Federal de 1988 ampliou o rol das entidades familiares, que passou do padrão da família formal decorrente do casamento civil para um modelo de pluralidade de entidades familiares, como vínculo pautado exclusivamente na afetividade, gerando a proteção jurídica de todos os tipos de família, independente do modo que esta se estabeleça⁸⁸.

Todavia, para alguns doutrinadores, o Código Civil de 2002 não foi fiel ao reconhecimento dessa proteção constitucional, estabelecendo regras diferenciadas na sucessão do cônjuge em relação ao do companheiro, violando a proteção jurídica isonômica da família. Todavia, outros estudiosos afirmam que a união estável não foi equiparada ao casamento, mas sim, elevada à condição de entidade familiar por ocasião da promulgação da **Constituição Federal** de 1988, expressamente no art. 226, no parágrafo terceiro e, portanto, o tratamento diferenciado dado por esse código seguiu militarmente os preceitos da **Constituição Federal** que da mesma forma não equiparou. Assim, essas divergências doutrinárias serão analisadas sob o enfoque da interpretação extensiva ao companheiro como herdeiro necessário,

⁸⁸ AVELAR, Karen Hellen Esteves de. **A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

uma vez que este não foi incluído no rol do artigo 1845 da lei civil, como ocorreu com o cônjuge.

O conceito do casamento não foi estabelecido pelo Código Civil, havendo, assim, discussões sobre qual a sua natureza jurídica, se contratual, institucional ou mista. Para Camilo Colani⁸⁹, a natureza contratual do casamento é preponderantemente contratual nos aspectos da lei civil, como demonstrado, por exemplo, na autonomia da vontade dos nubentes, no que concerne, inclusive, a possibilidade da sua dissolução pela separação ou pelo divórcio. E, dentro desse aspecto de liberdade contratual, os nubentes poderão escolher até mesmo entre as opções do casamento ou da união estável, as quais sendo similares, embora não equiparadas, possuem a mesma finalidade-essência que será a constituição da família. Assim, como a finalidade essencial das duas entidades é a formação da família, e estas são protegidas de forma igualitária pela Carta Magna, não caberá tratamento diferenciado como o que ocorre no Direito de Sucessões⁹⁰.

Pela leitura do artigo 226 desta carta, infere-se a inexistência de elemento discriminatório entres essas duas instituições, estando os cônjuges e os companheiros na mesma situação, haja vista que como entidades familiares por eles formadas merecem proteção do Estado⁹¹. Deste modo, havendo a equiparação entre elas, às leis infraconstitucionais que tratam da sucessão deveriam dar tratamento idêntico entre a união estável e o casamento sob pena de serem consideradas inconstitucionais⁹². Todavia, o regramento sobre as disposições sucessórias da união estável estão em localização diversa da do cônjuge no código civil atual e os dispositivos legais apresentam desproporção de distribuição da herança, tendo conseqüentemente resultados diferentes⁹³. Em relação à ordem de vocação hereditária, como já previamente discutida, o cônjuge será herdeiro necessário e encontra-se em terceiro lugar na cadeia sucessória, o companheiro é

⁸⁹COLANI, Camilo. **Casamento: Conceito e Natureza Jurídica no Novo Código Civil**. In: Chaves Cristiano. Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro.Ed. Lumes Juris. 2004. P.309-319.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Sucessões**. 3º edição, Revistas dos Tribunais. 2013 Disponível em <www. soleis.adv.br> Acesso em 09 mar 2014.

⁹¹ SOUZA, Renato Felipe de. **Anotações sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1790,III, do Código Civil Brasileiro**. Revista IOB de Direito de família. Porto Alegre. V.1.n1.1999.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ DIAS, *op.cit.*

apenas herdeiro facultativo, e está em último lugar, depois dos parentes de quarto grau⁹⁴.

O fundamento para inclusão do cônjuge no rol do artigo 1845 decorreu, dentre outros argumentos e da necessidade da proteção deste indivíduo, uma vez que a lei do divórcio de 1977 modificou o regime supletivo do casamento para o da comunhão parcial de bens, deixando o cônjuge desprotegido, de tal modo por conta do princípio da afetividade, a legislação infraconstitucional de 2002 o incluiu como herdeiro necessário, no artigo 1845 do Código Civil⁹⁵.

Sendo a união estável uma entidade familiar fundada exclusivamente na afetividade e no desejo de constituir uma família, caberia a esse indivíduo sua inclusão no rol deste dispositivo, visto que a afetividade foi o argumento utilizado para incluir o cônjuge, contudo isto não ocorreu. Para Maria Berenice Dias,⁹⁶ esse tratamento desigual dado ao companheiro sobrevivente deveria ser revisto e feita uma reforma legislativa, incluindo-o como herdeiro necessário, haja vista que tanto ele quanto o cônjuge sobrevivente possuem com o *de cujus* um vínculo exclusivamente fundado na afetividade, não havendo hierarquia entre esses sentimentos.

Ao entender o companheiro sobrevivente como herdeiro facultativo significa desprezar este que compartilhava com o hereditando uma vida de afetos, na alegria e na tristeza, e que ele poderá ser excluído por mero capricho do *de cujus* através do testamento, beneficiando terceiros com todos os bens, levando ao desamparo este parceiro geralmente nos últimos dias de vida e desprotegendo desde modo a essa entidade familiar⁹⁷. Como também, deve-se lembrar que a permissão de a sua inclusão no rol de herdeiro necessário, ainda possibilitará que o *de cujus* possa dispor, por ato de vontade, da metade do seu patrimônio para quem deseja, preservando assim sua autonomia da vontade⁹⁸.

Luiz Paulo Carvalho⁹⁹ destaca, ainda, que o companheiro será herdeiro necessário, pois, de acordo com o *caput* do artigo 1790, caberá a este um quinhão hereditário ainda que só seja nos bens adquiridos na constância dessa relação. E que de

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3º Ed. São Paulo, 2013. P. 158-59

⁹⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Companheiros**. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Cidadania- o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte. IBDFAM. Del Rey.202. p.272

⁹⁶ DIAS, *ibidem*. *Op cit.* p. 158-159.

⁹⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito de Sucessões**. São Paulo. 2014. P.398.

⁹⁸ *Ibidem* p.398.

⁹⁹ *ibidem*. P.398.

acordo como o texto do Códex de 2002, no artigo 1850, afirma, taxativamente, que “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”. Assim sendo essa regra supressora de um direito constitucional, é do tipo fechado e, portanto, deverá ser interpretada de modo estrito. Desse modo, o legislador só permitirá a exclusão por testamento em relação aos colaterais e não ao companheiro do falecido. Não cabendo, por conseguinte, a aplicação analógica para a inclusão do companheiro, e nesse dispositivo legal, será o companheiro igualmente herdeiro necessário.

Aldemiro Resende Junior¹⁰⁰ partilha da opinião de que o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, visto que analisando o verbo do artigo 1790, que dispõem um quintão a ele; como também o fato de que o legislador só possibilitou a exclusão de herdeiros colaterais através do testamento e nada dizendo em relação aos companheiros; e que não faria sentido o legislador designar o companheiro a concorrência com os descendentes do *de cuius* para, em seguida, permitir a sua exclusão por ato de disposição de vontade. Assim, de acordo com a sua interpretação da lei civil, tanto o companheiro como o cônjuge foram elevados às primeiras classes de sucessão e a simetria dessa situação permite que o companheiro seja considerado como herdeiro necessário.

De acordo com Cristiano Chaves¹⁰¹, o companheiro não deveria ser equiparado à qualidade de herdeiro necessário, como também acredita que a inclusão do cônjuge pelo código civil não foi adequada. Para ele, os herdeiros necessários deveriam ser apenas os descendentes menores ou incapazes. Para Camilo Colani¹⁰², e conforme a sua entrevista, “o cônjuge não deveria ser herdeiro, salvo na ausência de descendentes e ascendentes, como na fórmula do Código de 1916. Por igual razão, penso que o companheiro também não deveria herdar. Não vejo inconstitucionalidade no fato de um ser herdeiro necessário e o outro não. São opções, como a escolha do regime de bens”.

Todavia, de acordo com Ermiro Ferreira Neto, não deveria haver diferenças na qualificação de herdeiros entre o cônjuge e o companheiro, como esclarece a seguir:

¹⁰⁰ DANTAS JR, Aldemiro Rezende. **Sucessão no Casamento e na União Estável**. In: Chaves Cristiano. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro. Ed. Lumes Juris. 2004. P.592-94.

¹⁰¹ CHAVES, Cristiano. **Entrevista dada no dia 3 de setembro de 2014** em anexo 2.

¹⁰² COLANI, Camilo. **Formulário dos professores sobre a Sucessão do Companheiro**. Anexo1.

“esta distinção não se justifica em razões de segurança jurídica, nem de proteção dos casais, filhos (enfim, da família...), nem de terceiros com eles se relacionam¹⁰³”, apesar de reconhecer como inconstitucional o dispositivo 1845, devido às divergências existentes entre os dois institutos.

Além disso, pode-se inferir que a não inclusão do companheiro no dispositivo do artigo 1845 do texto civil compõe uma falha legislativa. O cônjuge foi incluído nesse rol de herdeiros necessários por conta da lei do divórcio na década de setenta, momento em que a união estável ainda não era protegida como entidade familiar pela Carta Magna, como também era, inclusive, vista de forma preconceituosa, alguns anos depois foi que o projeto do código civil, que tramitando desde aquela década, o incluiu. Nesse ensejo, diante de vários argumentos ponderados, qualquer interpretação restritiva desse dispositivo poderá inferir um conflito entre o direito à proteção da familiar em colisão com norma infraconstitucional, conforme será debatido a seguir.

4.2 DIVERGÊNCIAS SOBRE A HIERARQUIA AXIOLÓGICA DA FAMÍLIA

Diante de tal panorama sucessório de desigualdade entre o companheiro e o cônjuge, observa-se uma violação do tratamento isonômico em relação ao tratamento dado à família formada pela união estável, que compõe uma das várias formas de constituição da família, em relação àquela formada pelo casamento, levando-se a questionar a existência de uma hierarquia do casamento em relação à união estável¹⁰⁴.

Destarte que a depender da forma de como se iniciará uma família, se através de um ato solene pelo casamento ou resultado do desejo de viver junto com interesse mútuo de constituir um lar, o tratamento dado pela legislação, no momento da aplicação do direito sucessório, será diferente, apesar da garantia constitucional de proteção igualitária às entidades familiares, levando a inferir se há uma hierarquia da família formada pelo casamento daquela formada através da união estável, ponto a ser discutido a seguir nos próximos parágrafos.

¹⁰³ NETO, Ermiro Ferreira. Formulário dos professores sobre a sucessão do companheiro. Anexo1.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões, 3º Ed. São Paulo, 2013. P. 158-59.

A Carta Magna, como já exaustivamente esclarecida, trouxe uma visão pluralista de família, exigências atuais diante das modificações sofridas nesta sociedade. Na época do Código Civil de 1916, o casamento era a única forma de constituir a família, e a essa era assegurada uma proteção a fim de afastar qualquer ameaça ao vínculo familiar indissolúvel, nem o desquite consensual era capaz de romper os laços matrimoniais¹⁰⁵. Assim, fica clara a superioridade proporcionada pela legislação infraconstitucional à família proveniente do casamento, considerada, inclusive, como a única legítima.

Contudo, modificações sociais surgiram principalmente na área de família, tais como o reconhecimento dos filhos adulterinos, a emancipação da mulher e a dissolubilidade do matrimônio, em 1977, pela lei do divórcio. A Constituição de 1988 veio como o ápice das transformações da família, como a valorização da dignidade da pessoa humana, a ótica individualista deixa o lugar para uma visão mais democrática e equitativa, na busca da construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária. A família tem um caráter mais social, e a sua proteção será dada a todos os seus membros¹⁰⁶. O constituinte, ao inserir no artigo 226, parágrafo terceiro, a categorização da união estável como entidade familiar, passou a determinar que a sua regulação e proteção seja tutelada pelo direito de família. E a sua facilitação para a conversão em casamento, leva divergências interpretativas sobre uma possível hierarquia desse instituto sobre a união estável, sendo o campo do direito de sucessões um dos que mais rende frutos sobre esse tema.

O único meio de se chegar a uma interpretação mais justa é pela ótica da constitucionalização do direito. A dignidade da pessoa humana, fundamento presente no artigo primeiro da Carta Magna, confere conteúdo à proteção da família, sendo a pessoa humana o resultado finalístico dessa tutela estatal. Assim, qualquer tratamento diferencial dado aos organismos sociais que compõem a família resultante do casamento seria priorizar umas pessoas em detrimento de outras, apenas em função da escolha da maneira pela qual formará uma família, violando o

¹⁰⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.187.

¹⁰⁶ *Ibidem* P.191.

princípio da igualdade constitucional¹⁰⁷. Conforme decisão jurisprudencial abaixo citada.

“Inventário. Companheira que concorre com filha do autor da herança. Aplicação do art. 1829, I do Código Civil. Decisão acertada. Inexistência de hierarquia entre casamento e união estável. Partilha mantida nos termos estabelecidos na decisão agravada. Prestação de contas que deve ser demandada em ação própria. Expedição de ofício ao Detran que deve ser requerida ao juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância. Recurso improvido.

(TJ-SP - AI: 20027981220148260000 SP 2002798-12.2014.8.26.0000, Relator: Maia da Cunha, Data de Julgamento: 24/04/2014, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/04/2014)”¹⁰⁸

A diversidade da regulamentação das entidades familiares deve-se considerar os aspectos em que se diferenciam, não podendo ser justificada pela superioridade de uma sobre a outra. No caso em questão, elas se diferenciam na maneira de constituição, o casamento, ato formal, solene e público, enquanto que a união estável é uma situação de fato, cujos requisitos para sua configuração serão verificados *a posteriori*. Contudo, possuem a mesma finalidade de construir um núcleo familiar com princípios comuns, como a solidariedade familiar da afetividade, sendo, portanto, semelhantes em sua essência. De modo às diferenciações legais devem decorrer, exclusivamente, dos atos relacionados à sua constituição, como a outorga uxória, presente entre os cônjuges, mas não exigidas entres os companheiros. Enquanto que a finalidade do direito sucessório sob a ótica constitucional é a proteção familiar, que nessas duas entidades são equivalentes e não há hierarquia entre elas¹⁰⁹.

Assim, o legislador infraconstitucional deverá interpretar a sucessão pelo companheiro com base na Carta Magna a fim de extrair o objetivo maior que é a proteção da família. A determinação da facilitação da conversão da união estável em casamento demonstra uma vantagem deste, mas isso não deve ser entendido como

¹⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.201.

¹⁰⁸ BRASIL TJ-SP - AI: 20027981220148260000 SP 2002798-12.2014.8.26.0000, Relator: Maia da Cunha, Data de Julgamento: 24/04/2014, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/04/2014 Disponível em < www.tjsp.br > Acesso em 20 set 2014

¹⁰⁹ NEVARES, *Op cit* p.208.

a obrigação de proteger mais uma família do que outra¹¹⁰. O que ocorreu com o tratamento desigual, diferenciado e privilegiado, dado pelo texto civil de 2002, as essas duas entidades familiares. Diante desse tratamento diferenciado, questiona-se a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que regulou de maneira distinta duas unidades familiares e levando a crer na possibilidade de uma hierarquia axiológica entre elas, o que não ocorre.¹¹¹

Destarte, de acordo com a Carta Magna, qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merecerá especial proteção, pois o que se busca é proclamar a proteção da vida em comum, ou seja, da família. A diferença entre o casamento e a união estável, como já anteriormente citado, está presente apenas na sua maneira de constituição desses institutos e, no entanto, não há divergência entre as famílias constituídas, sendo os seus efeitos protetivos iguais.

Todavia, o ordenamento infraconstitucional ao regulamentar o direito da sucessão de forma desigual em relação às frações destinadas ao cônjuge e ao companheiro, como também tratamento dispensado ao cônjuge como herdeiro necessário e ao companheiro como herdeiro facultativo violando o princípio da isonomia, que garante constitucionalmente as famílias.

Para Maria Berenice Dias¹¹², é preciso chamar o legislador à sua função de cumprimento do preceito constitucional de proteger e garantir idêntica proteção dispensada pelo Estado à entidade familiar seja qual for a sua origem e a gênese de suas relações. Dessa forma, eiva-se de inconstitucionalidade o artigo 1790 e discute a interpretação extensiva do artigo 1845. E algumas medidas doutrinárias e legislativas para discussões sobre esse tema, serão discutidas no próximo tópico.

¹¹⁰ DANTAS JR, Aldemiro Rezende. Sucessão no Casamento e na União Estável. In: Chaves Cristiano. Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro. Ed. Lumes Juris. 2004. P.592-594.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões, 3º Ed. São Paulo, 2013. P.72.

¹¹² *Ibidem* p80.

4.3 PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Diante da percepção pelo legislador brasileiro da falta de conexão a Carta Magna e a lei civil, algumas mudanças legislativas do Código Civil de 2002 vêm sendo proposta, mas estão nos trâmites legislativos¹¹³. Bem como, nos encontros realizados pelos estudiosos do Direito de Família e de Sucessões, busca se estabelecer decisões uniformes em relação aos pontos controversos já analisados, como a interpretação do artigo 1845 e do artigo 1790 do Código Civil, visando à segurança jurídica. Para tal verifica-se a aprovação de enunciados que servirão de base jurisprudências para as decisões judiciais. Esses enunciados e as propostas legislativas em tramitação serão os enfoques dos tópicos a seguir.

4.3.1 Divergências interpretativas do artigo 1845

Nesse sentido, a I Jornada Baiana de Direito de Família do Estado da Bahia, promovida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, em 2011, aprovou enunciados que serviram como marco para as interpretações jurisprudenciais, especialmente no âmbito desse tribunal. De acordo com esse texto, ao tratar da sucessão dos companheiros, o enunciado nº 14¹¹⁴ afirma a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil indicando, que se deve aplicar à (ao) companheira (o) viúva (o) às mesmas regras que disciplinam a sucessão do cônjuge, com exceção da norma que considerou este como herdeiro necessário (art. 1845), sob o argumento que, dada a natureza restritiva de direito desse artigo, uma vez que restringe a autonomia do autor da herança, não comportaria interpretação extensiva ou analógica.

Assim, o entendimento resultante desse encontro, onde estavam juízes, advogados, defensores que atual na área do Direito de Família Baiano, não contemplou a interpretação extensiva equiparando o companheiro à qualidade de herdeiro necessário. Todavia, essa interpretação já foi uma evolução no Direito das

¹¹³ Cordoil, Verônica Ribeiro da Silva. **Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil frente às Leis nºs 8971/1994 e 9278/1996**. Revista de IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. V.1n.1, 1999.

¹¹⁴ ENUNCIADO DE Nº 14 DA I JORNADA BAIANA DE DIREITO DE FAMÍLIA, **Direito das Sucessões**, Disponível em Jus Brasil. Acesso em 15 de jan 2014.

Sucessões relativos aos companheiros, no âmbito jurídico baiano, em que pese esse argumento de interpretação restritiva não seja apoiado por todos os doutrinadores, uma vez que ainda manteve um tratamento desigual às duas entidades. Não ocorreu a tutela da legítima nos casos da sucessão testamentária entre companheiros, como ocorre no casamento, que continua a ameaçar um dos membros da família formada por essa relação, que é o companheiro sobrevivente.

Contudo, entendimento mais revolucionário e justo para o fim que se pretende chegar neste trabalho, ocorreu no Encontro Paulista de Juizes do Interior que também aprovou vários Enunciados¹¹⁵ na área de Direito de Família e Sucessões. Nessa jornada, ao tratar do direito das sucessões entre companheiros, os doutrinadores mantiveram o mesmo posicionamento dos doutrinadores baianos em relação ao artigo 1790, todavia, ampliaram a sua interpretação.

O Enunciado 51, aprovado nessa jornada, conclui pela equiparação do companheiro ao cônjuge, na qualidade de herdeiro necessário, fazendo valer a proteção do companheiro sobrevivente através da proteção da legítima, conforme texto abaixo:

Enunciado 51: O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido¹¹⁶.

Tal posicionamento doutrinário reforça a ideia da proteção às entidades familiares de forma isonômica propagada na Carta Magna Brasileira. Sem o embargo da não aceitação da existência de uma hierarquia das entidades familiares.

Contudo há posicionamentos doutrinários divergentes em relação à equiparação da união estável ao casamento em relação ao direito sucessório. De acordo com Flávio Tartuce¹¹⁷, os que discordam da afirmativa de inconstitucionalidade no direito sucessório entendem que não houve uma equiparação entre a união estável ao casamento, e sim, uma facilitação dessa conversão ao casamento, dando uma primazia desse instituto em relação à união estável. Todavia, a interpretação

¹¹⁵ ENUNCIADOS DA JORNADA PAULISTA DE JUÍZES DE INTERIOR, **Direito das Sucessões**. 2006. Disponível em: < www.jus.br >. Acesso em 09 mar 2014.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 1º abril 2014.

hermenêutica mais indicada da Constituição Federal impõe uma harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere.

Aqueles que concordam com a tese da ausência de hierarquia entre as entidades familiares protegidas pela CF/88 se valem do princípio da Isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha do indivíduo na forma em que irá constituir sua família, entretanto, o resultado final é o mesmo e merece tratamento igualitário¹¹⁸.

O Código Civil promoveu o cônjuge ao rol de herdeiro necessário, e excluiu o companheiro, o excluindo da tutela da legítima. Desse modo, permitira ao *de cujus* dispor em manifestação de última vontade de todo seu patrimônio, quando seu único herdeiro for o seu companheiro. Não há, portanto, proteção à legítima como ocorre no casamento, e assim, o companheiro sobrevivente ficará desamparado depois de anos de dedicação de toda uma vida a uma relação familiar.

A exclusão do companheiro do rol de herdeiro necessário do artigo 1845 do Código Civil poderia indicar uma supremacia com maior valorização da família proveniente do casamento em relação à família decorrente da união estável, como a presunção de que há uma hierarquia legal entre as entidades familiares previstas na Constituição Federal de 1988.

De acordo com Cristiano Chaves e Luciano Figueiredo¹¹⁹, a não inserção do companheiro sobrevivente no rol do artigo 1845 do Código Civil é digna de crítica, visto que a Carta Magna não estabelece hierarquia axiológica entre o companheiro e o cônjuge. Apesar de (inclusive) Cristiano Chaves¹²⁰ não concordar com a existência da legítima por violação da autonomia da vontade.

¹¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. Revista da ESMape- Escola Superior da Magistratura de Pernambuco- Ano 1, n1, Recife: ESMape. 1996.p.306.

¹¹⁹ CHAVES, Cristiano; FIGUEREDO, Luciano; JUNIOR, Marcos Ehrhardt; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **Código Civil Para concursos**. 2ª Ed. Jus Podivm. 2014 P.1281.

¹²⁰ CHAVES, Cristiano. **Entrevista** dada no dia 3 de setembro de 2014 em anexo 2

4.3.2. Inclusão do companheiro no artigo 1845 do Código Civil de 2002

No I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo¹²¹, os magistrados paulistas reunidos resolveram formular enunciados, norteadores de sua atuação em questões sobre o Direito da Família e das Sucessões, como já referido anteriormente, e concluíram pela inclusão do companheiro como herdeiro necessário e não facultativo, conforme os pressupostos da ausência de hierarquia entre as duas entidades e pela aplicação dos princípios da afetividade e da isonomia. Todavia, esse não é um ponto pacificado, permanecendo a discussão entre os doutrinadores se “insere-se o companheiro no rol dos herdeiros necessários ou o mantém na condição de herdeiro facultativo, cuja vocação pode ser afastada por via testamentária.”¹²² Essa controvérsia faz-se pertinente diante da omissão do artigo 1845 do CC e, também, pelo entendimento da interpretação ao tratar-se de norma restritiva, uma vez que cerceia a liberdade de testar, não devendo ser interpretado extensivamente. Desse modo, o testador estaria sujeito a respeitar a legítima apenas quando tivesse perante a existência de herdeiros necessários, determinados pelo artigo 1845. Na inexistência desses herdeiros, o *de cuius* poderá excluir o companheiro sobrevivente, caso não haja bens comuns. Esse constitui o entendimento dado pela jurisprudência brasileira que vem aplicando o texto de lei conforme decisão ilustrada abaixo.

“Inventário - Decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.845, do CC, e determinou a inclusão da companheira, como herdeira necessária - Inconformismo - Acolhimento - O tratamento distinto entre cônjuge e companheiro não padece de inconstitucionalidade - Hígidez da restrição imposta no dispositivo legal (art. 1.845, do CC)- A companheira não ostenta a condição de herdeira necessária, fazendo jus apenas à meação, nos termos do art. 1.790, do CC - Decisão reformada - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 20522898520148260000 SP 2052289-85.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 31/07/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2014¹²³)”.

¹²¹ ENUNCIADOS DA JORNADA PAULISTA DE JUÍZES DE INTERIOR, **Direito das Sucessões**. 2006 Disponível em: < www.jus Brasil.br>. Acesso em 09 mar 2014

¹²² AVELAR, Karen Hellen Esteves de. **A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos>. Acesso em: 15 jan. 2014.

¹²³ BRASIL, **Tribunal de Justiça -SP** - AI: 20522898520148260000 SP 2052289-85.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brasil, Data de Julgamento: 31/07/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2014. Disponível em www.tjsp.br> Acesso em 20 set 2014

Karen Avelar¹²⁴ afirma, em sua dissertação de mestrado, a necessidade de ser feita uma interpretação teleológica, sistemática, equânime e constitucional desse dispositivo, na qual o companheiro deverá ser tratado como herdeiro necessário, assim como o cônjuge o é, visto os argumentos referidos a seguir:

“a) O artigo 1790 do CC, ao disciplinar o direito sucessório do companheiro estabelece que o "companheiro participará" e não que "poderá participar", impossibilitando, portanto, a exclusão do mesmo pelo autor da herança.

b) Separada a eventual meação do companheiro, o testador poderá suprimir por ato de última vontade, tão somente a metade disponível da totalidade de seus bens (art. 1789 do CC) e, sobre o remanescente incidirão, de maneira inevitável, as regras relativas à sucessão intestada (art. 1788 do CC). Como a lei chama simultaneamente descendentes e companheiro (art. 1790, incisos I e II do CC), ao último caberá *forçosamente* uma participação na legítima dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1790, *caput* do CC). Não se pode deixar de reconhecer, portanto, herança necessária do companheiro.

c) Quando o companheiro concorre com outros parentes sucessíveis, independentemente da base de cálculo incidir sobre toda a herança (interpretação literal desta palavra no inciso III) ou apenas sobre os bens adquiridos onerosamente (submissão do inciso III ao *caput*), não seria lícito permitir ao testador que, além de testar sobre sua parte disponível, ainda pudesse invadir a legítima e dispor do 1/3 destinado ao companheiro: se o fizesse, estaria certamente dispondo de *mais da metade* de seu patrimônio. A conclusão a que se chega é que, também no inciso III, o companheiro é herdeiro *necessário*.

d) No último inciso (inciso IV), se não for reconhecida a condição de herdeiro necessário do companheiro, ele poderá ser completamente excluído da herança e os efeitos de tal interpretação seriam catastróficos. Basta imaginar a situação em que não tenha sido constituído patrimônio comum para que incida o direito à meação, ou então, na hipótese de tê-lo constituído em um valor cuja meação seja inexpressiva, comprometendo a sobrevivência do *mais próximo de seus familiares*. Nesse caso, a proteção à família estaria sendo relegada a segundo plano por força de interpretação literal e exclusiva do artigo 1845 do CC, sendo esquecida a função da sucessão legítima, em particular, a necessária. Deve-se ter em mente que em caso de dúvida quanto a um dispositivo legal, tanto mais eficaz será a proteção à família quanto mais favorável for à interpretação dada a ela, devendo o intérprete preferir a interpretação que realize essa função. Na exegese de normas sobre sucessão, não se pode perder de vista o conceito de família, tal como resulta do ordenamento atual. E é por isso que na hipótese do inciso IV do art. 1790 do CC, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, uma vez que a união estável constitui modalidade de família à qual se estende a especial proteção do Estado prometida no artigo 226, *caput* c/c §3º da CF.

e) Ademais, não faria nenhum sentido reconhecer a participação do companheiro na legítima quando concorresse com outros sucessores, e negá-la no caso dele ser chamado na condição de herdeiro único.

Desse modo, a interpretação do artigo 1845 deverá ser feita no âmbito da finalidade

¹²⁴ AVELAR, Karen Hellen Esteves de. **A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 15 jan. 2014

de proteção à família, que no caso da união estável, será a proteção do companheiro sobrevivente, principalmente no caso em que não há bens onerosos adquiridos na constância da relação. Há, também, a ideia de que o *caput* do artigo 1790 traz o companheiro como herdeiro necessário, haja vista a reserva de parte dos bens comuns, adquiridos na constância dessa relação. Contudo, não há um consenso doutrinário e nem jurisprudencial, e o que se observa na prática jurídica é a opção da aplicação direta do texto de lei. Conforme se verifica a decisão citada a seguir:

“Inventário - Decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.845, do CC, e determinou a inclusão da companheira, como herdeira necessária - Inconformismo - Acolhimento - O tratamento distinto entre cônjuge e companheiro não padece de inconstitucionalidade - Hígidez da restrição imposta no dispositivo legal (art. 1.845, do CC)- A companheira não ostenta a condição de herdeira necessária, fazendo jus apenas à meação, nos termos do art. 1.790, do CC - Decisão reformada - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 20522898520148260000 SP 2052289-85.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 31/07/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2014)¹²⁵

Nesse ínterim, verifica-se a necessidade da normatização legal sobre o direito sucessório dos companheiros, buscando dirimir as controversas existentes. Há nas casas legislativas alguns projetos em análise para modificar o texto de lei do Código Civil que dispõem sobre a sucessão dos companheiros, que serão expostos a seguir:

4.3.3 Projetos de Lei relacionados ao Direito Sucessório.

Igualmente observando os anseios da sociedade brasileira, o legislador já propôs alguns projetos de lei que objetivam corrigir as controvérsias geradas pelo direito sucessório do companheiro, no Código Civil de 2002, dentre os quais estão comentados a seguir em ordem cronológica.¹²⁶

¹²⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo – **Agravo de Instrumento**: 20522898520148260000 SP 2052289-85.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brasil, Data de Julgamento: 31/07/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2014 <www.jusbrasil.com.br> Acesso em Brasil em 21 de outubro de 2014.

¹²⁶ AVELAR, Karen Hellen Esteves de. **A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 15 jan. 2014

O primeiro projeto de lei a ser discutido será o de número 6960/2002¹²⁷, proposto por Sérgio Fiúza, foi arquivado em 17 de março de 2008, objetivava a alteração do artigo 1790 do CC, mas também não tratou de forma igual à sucessão do cônjuge e do companheiro. Apresentou um novo conteúdo ao artigo 1790, que ficaria com a seguinte sugestão.

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Contudo, nada tratou sobre a inclusão do companheiro como herdeiro necessário, deixando ainda essa lacuna.

O Projeto de lei 4944/2005¹²⁸, também arquivado, em 22 de fevereiro de 2008, foi proposto por Antonio Carlos Biscaia, que sugeriu a alteração os dispositivos do Código Civil, referente aos artigos 1829, estabelecendo igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros e revogaria do artigo 1790 do CC.

Seguindo a mesma linha o projeto de lei 508/2007¹²⁹, que encontra aguardando a designação de um relator desde 17 de fevereiro de 2011, foi proposto pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro do partido dos trabalhadores da Bahia, busca a alteração nos dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, sugerido a seguinte redação ao artigo 1829, no qual incluiu no texto da lei o companheiro.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

¹²⁷ BRASIL. **Projeto de lei 6960/2002**. Dep Ricardo Fiúza < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004.

¹²⁸ BRASIL. **Projeto de lei 4944/2005**. Dep Antonio Carlos Biscaia < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004.

¹²⁹ BRASIL. **Projeto de lei 508/2007**. Dep Sérgio Barradas Carneiro < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004.

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;
- III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados.

Além dessa, outras modificações foram trazidas por esse projeto no campo sucessório, revogaria o artigo 1790 e alterou o artigo 1845, excluindo o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário, ficando apenas os ascendentes e os descendentes do *de cuius*.

O deputado Cândido Vaccarezza do PT de São Paulo propôs o projeto de lei 674/2007¹³⁰: Esse regulamentaria a união estável, uma vez já reconhecida como "entidade familiar" pela Constituição no artigo 226, parágrafo 3º, no novo Código Civil. Além de relacionar direitos e deveres dos integrantes de uma união estável, classificados pelo projeto de "consortes", inova ao incluir os casais homossexuais no conceito de união estável. Essa proposta criaria, também, o conceito jurídico do "divórcio de fato", que consiste na ruptura, por mais de cinco anos, da vida em comum dos integrantes de relação conjugal ou de união estável. O projeto estabelece, ainda, que no caso de morte de um dos consortes, o sobrevivente participará da sucessão, o companheiro como herdeiro necessário. Para efeito de direitos sucessórios, o consorte é equiparado à figura do cônjuge e terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto do imóvel destinado à residência da família. Contudo, aguardando a deliberação de recursos desde 15 de fevereiro de 2011.

Remetido para a Câmara dos Deputados onde aguarda parecer está o Projeto de lei do Senado 267/2009¹³¹: Na Câmara é conhecido como PL-7583/2010. E objetiva assegurar a ampliação dos direitos civis dos companheiros na união estável. Dispondo a uma modificação também o art.1845, incluindo o companheiro como herdeiro necessário, conforme redação do artigo, descrita abaixo.

Art. 1.829-A. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

¹³⁰ BRASIL. **Projeto de lei 674/2007**. Dep. Cândido Vaccarezza < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004.

¹³¹ BRASIL. **Projeto de Lei** do senado 267/2009. Senador ROBERTO CAVALCANTI <http://www.senado.gov.br>> acesso 21.10.2004.

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se havia:

a) comunhão de bens durante a união estável e inexistiam bens particulares do autor da herança ou

b) impedimento para o casamento, ou motivo para, se celebrado, rege-se pela separação obrigatória de bens (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Mais um projeto, encontra-se aguardando a designação do Relator, o Projeto de Lei 699/2011¹³², desde 27 de abril de 2011. Sugeri a alteração o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nos moldes abaixo.

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. "Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar".

Observa-se que a proposta do artigo acima tem a mesma redação da proposta do artigo 1829-A no projeto de lei do Senado 267/2009.

O ultimo projeto de Lei apresentando é o de número 4.908/12¹³³ pretende corrigir vários aspectos do Código Civil em matéria de sucessão do cônjuge e do companheiro, foi proposto pelo Deputado Federal pelo PSC do Paraná, Hidekazu Takayama. Note-se que nenhum dos Projetos citados pretendeu fazer a alteração que aqui se propõe. Embora o Projeto 6.960/02 tenha pretendido alterar esse artigo, fê-lo em termos bem distintos, acrescentando outros parágrafos para tratar de temas

¹³² BRASIL. **Projeto de Lei 699/2011**. Dep. Arnaldo Faria de Sá < <http://www.camara.gov.br> > acesso 21.10.2004.

¹³³ NETO, Inácio de Carvalho. NOVO PROJETO DE LEI PRETENDE CORRIGIR A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. R *VMD, Brasília*, V. 7, nº 2, p. 1-18, Jul-Dez, 2013

diferentes do que aqui se propõe, conforme a tabela a seguir, na qual estabelece uma comparação entre a redação atual disposta na lei civil e a proposta.

Redação atual	Redação projetada
Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.	Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 1.846.
Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.	Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro.
Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.	Art. 1.846. Parágrafo único. Deixando, porém, o falecido três ou mais filhos, ou quando concorrer à sucessão cônjuge ou companheiro e pelo menos dois filhos, a legítima se constituirá de setenta e cinco por cento da herança.
Inexistente	Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge e do companheiro: I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento ou da união estável, ou que determine a perda do poder familiar;

Diante dos projetos expostos desde o ano de 2002, percebe-se um desconforto entre os legisladores em relação à situação da sucessão do companheiro neste Código em vigor, ainda que haja posições contrárias relevantes. Todavia, deve-se analisar a situação explicitada acima sem a ótica do preconceito, e o que se pretende neste trabalho não é igualar institutos diferentes, pois não há dúvida sobre a distinção entre o casamento e a união estável, mas oferecer aos seus frutos, as famílias, a perspectiva de um tratamento constitucionalizado, igualitário e solidário, visto que o afeto que une a família pelo matrimônio não deve ser elevado pelos legisladores como mais soberano do que aquele que une uma família na união estável. Portanto, após todas as ponderações discutidas acreditamos na condição diferenciada do companheiro, como herdeiro necessário, conforme a análise na próxima seção.

4.4 SUCESSÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS: UM ESTUDO ACERCA DA CONDIÇÃO DIFERENCIADA DO COMPANHEIRO.

A Constituição Federal admitiu a união estável como entidade familiar, posta sobre a proteção do Estado, inserindo essa matéria no direito de Família. A partir daí o casamento deixou de gozar a aptidão exclusiva para a formação das entidades familiares. Para regulamentar a sucessão dos companheiros, de acordo com a Carta Magna foi promulgada duas leis, a Lei de nº 8971 de 1994 e a Lei 9278 de 1996. Elas elevaram o panorama do direito sucessório dos companheiros, semelhantes aos do cônjuge¹³⁴.

Stolze¹³⁵ discorre que a nova codificação civil deveria igualar o tratamento sucessório entre o cônjuge e o companheiro, evitando um tratamento discriminatório, todavia o texto original do projeto desta lei nada previa sobre o tema. Para uma adequação com o texto constitucional, foi acrescido o artigo 1790, no capítulo das disposições gerais, por força da emenda 358 proposta pelo senador Nelson Carneiro, inicialmente como o número do artigo 1802, todavia essa modificação não almejou o seu objetivo inicial e tornou essa norma uma deformidade no sistema.

De tal modo, na análise desse dispositivo legal, verifica-se que esse artigo está mal localizado, deveria estar no capítulo pertinente à ordem de vocação hereditária, no Título II da sucessão legítima, visto que o companheiro não poderia deixar de compor a lista dos herdeiros legítimos. Neste panorama atual, o consorte encontra-se em situação de extrema inferioridade em relação ao cônjuge, visto a sua limitação à quota hereditária referente aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação, representando um retrocesso em relação às Leis anteriores, que detinham a intenção de equiparar o companheiro ao cônjuge¹³⁶.

Nessa direção, não se observa a proteção do Estado ao companheiro supérstite, uma vez que não o incluindo na categoria de herdeiro necessário, significa não protegê-lo contra a lesão da legítima. Contudo, cabe ao Estado estabelecer

¹³⁴ SOUZA, Renato Felipe de. **Anotações sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1790,III, do Código Civil Brasileiro**. Revista IOB de Direito de família. Porto Alegre. V.1.n1.1999.

¹³⁵ GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Curso de direito Civil: **Direito de Sucessões**. V.7. São Paulo. Saraiva. 2014. P.79

¹³⁶ MALUFF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito das sucessões**. Ed. Saraiva São Paulo. 2013 p.213

preceitos mínimos para a proteção dessa entidade, a fim de evitar violações dos direitos da parte mais fraca, sempre que a relação esteja chegando ao fim. Entende Glauber Leite¹³⁷ que as relações da família não podem ser regidas pela autonomia privada, mas sim por meio de normas de ordem pública, a fim de ser consagrada a igualdade entre os partícipes. Ao excluir o companheiro do rol de herdeiro necessário o legislador deixa para o *de cujus*, na ausência de bens comuns, a decisão de por ato de disposição de a vontade privilegiar ou não o seu parceiro sobrevivente da sua herança, o que não ocorre com o cônjuge.

O melhor seria para a satisfação social, reconhecer ao companheiro a sua condição de herdeiro necessário, que deixa claro a ausência de hierarquia entre as famílias. Deste modo, conforme a proposta de Giselda Hironaka¹³⁸ que concatena com o objetivo desse texto, caberá ao legislador alterações normativas no texto no Código Civil de 2002, e com as seguintes alterações: “supressão do artigo 1790, alocando-se o companheiro ao lado do cônjuge, na ordem de vocação hereditária apresentada pelo artigo 1829, que passaria a ter no seu inciso III a seguinte redação”:

“Art. 1829 A sucessão legítima defere na seguinte ordem:
[...]
III- ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente.

Continua a autora afirmando que:

“A alteração dos I e II do artigo 1829, para coadunar-se com a inserção do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem legal de vocação hereditária, conforme texto abaixo”:

Art. 1829 A sucessão legítima defere na seguinte ordem:
I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, desde que o regime de bens do casamento fosse o da comunhão parcial de bens, e desde que houvesse bens particulares do falecido, sobre os quais incidirá a referida concorrência; ou em concorrência com o companheiro sobrevivente, acerca dos bens que fossem exclusivos do falecido, não pertencentes ao acervo comum onerosamente adquirido na constância da união estável.
II- Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro”.

¹³⁷ LEITE, Glauber Salomão. **A autonomia da vontade no Direito de Família. O problema da regulamentação da União Estável.** In: NERY, Rosa Maria de Andrade. Função do Direito Privado no atual manto histórico. Ed. Revista dos Tribunais. SP. 2006, vol 1. P.49

¹³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes.** Revista da ESMape- Escola Superior da Magistratura de Pernambuco- Ano 1, n1, Recife: Esmape. 1996.p.335

Hironaka¹³⁹ indica também a alteração do artigo 1831, acrescentando-o o companheiro à previsão do direito real de habitação, como também a alteração do artigo 1832 a fim de coadunar com a inserção do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem legal de vocação hereditária. E por fim a inclusão do companheiro na classe dos herdeiros necessários, harmonizando-se este dispositivo com todos os demais supracitados. Desse modo, o artigo 1845, passaria a seguinte redação: “Art.1845: são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou o companheiro”

Da pesquisa percebeu-se a insatisfação dos profissionais atuantes nas áreas do Direito de família e sucessões diante do tratamento desigual dado aos membros de duas entidades familiares pelo código civil, desde o seu período de vacância, assim urge de mudanças nesta lei, com a inclusão, dentre outras, do companheiro à classe de herdeiro necessário, harmonizando-se esse dispositivo com a essência da proteção isonômica dada à família pela Carta Magna.

¹³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. Revista da ESMape- Escola Superior da Magistratura de Pernambuco- Ano 1, n1, Recife: Esmape. 1996.p.336-337

CONCLUSÃO

A sociedade evoluiu, trazendo consigo a valorização das relações afetivas e, conseqüentemente, da pessoa humana, de modo que a família perdeu a função meramente reprodutora e a mulher se emancipou, buscando um lugar na sociedade, trazendo uma concepção de família, na atualidade, muito mais abrangente e igualitária.

Nesse cenário de inovações e adaptações é que novos modelos familiares já existentes foram incluídos na proteção do direito de família pela Carta Magna de 1988, que retirou do casamento a exclusividade de modelo familiar, possibilitando que a união estável, antigo concubinato puro, fosse reconhecida como entidade familiar e merecedora da proteção estatal.

Diante dessa inclusão no texto constitucional, surgiu um debate dentro da doutrina, se união estável foi ou não equipada ao, ou apenas trata-se de uma inclusão da união estável como entidade familiar. Todavia, alguns doutrinadores entendem que a união marital permanece como modelo preferencial de constituição de família, em detrimento de todas as demais, na medida em que, o legislador afirmou a facilitação da conversão dessa união em casamento, como amplamente discutido neste trabalho. Haveria, então, para eles, uma hierarquia axiológica entre as entidades familiares prescritas na Carta Magna.

Além disso, o Direito Sucessório no Código Civil, por equívoco legislativo, realizou verdadeiras aberrações no que se refere à sucessão do companheiro, desde a sua localização temática, que ficou restrita a um único artigo disposto no capítulo das disposições gerais, como também no seu conteúdo, ofertando uma situação de inferioridade em relação ao cônjuge, uma vez que esse concorreria, inclusive, com colaterais, que muitas vezes nunca mantiveram vínculo de proximidade e de afeto com o *de cuius*, expressando uma violação clara ao princípio da afetividade, um dos alicerces do Direito de Família.

Não bastando, o companheiro, ainda que por um esquecimento legislativo, não foi incluído no rol do artigo 1845, logo não é herdeiro necessário. A consequência jurídica desse ato é que este poderá ser excluído da sucessão através do

testamento, levando ao desamparo aquele que dividiu ao longo de uma vida as experiências em comuns.

A referência a esse fato como uma amnésia do legislador decorreu na análise dos argumentos que motivaram a inclusão do cônjuge neste rol, que estavam fundamentados no princípio da afetividade e na proteção da família, uma vez que a lei do divórcio, em 1977, modificou o regime supletivo do casamento para o regime de comunhão parcial de bens, deixando, assim, o cônjuge desprotegido. Nessa época já jazia em curso o projeto do novo código, e a inclusão veio como medida saneadora. Por outro lado, a união estável, que naquele mesmo contexto temporal, era intitulada de concubinato, e vista com preconceito pela sociedade, só sendo reconhecida como entidade familiar, pela CF em 1988. Assim, quatorze anos após essa norma maior, entra em vigor a lei civilista, dita atualizada, todavia, apresentando esse viés ainda preconceituoso.

Desse modo, conclui-se que os dois institutos são diferentes no seu modo de formação, e disso não há questionamento, pois o casamento é um ato jurídico solene, capaz de produzir efeitos que decorrem diretamente dele, enquanto que a união estável se configura como uma relação jurídica fática, cujos efeitos se reconhecem ao longo de uma análise do curso da vida em comum. Contudo, ambos possuem a mesma finalidade que é a constituição de uma entidade familiar e os mesmos princípios balizadores do Direito de Família, sendo indispensável, portanto, para uma avaliação justa do problema, a distinção da família do ato que a constituiu, uma vez que a Constituição Federal estendeu o conceito de família privilegiando o seu conteúdo em detrimento da forma de constituição.

Consoante à prescrição constitucional, sabendo que a união estável também gera família, não se poderia, portanto, dispensar tratamentos legais diversos às duas figuras homogêneas, visto que o direito de família tem como regra geral a solidariedade recíproca dos partícipes de suas entidades, estendendo, assim, as regras aplicadas no âmbito do matrimônio e da união de fato. Caberá, então, um tratamento diferenciado exclusivamente nas regras referentes ao ato constitutivo dessa relação, visto tratar-se de figuras heterogêneas. O cerne da questão consistiu em identificar qual a *ratio* que tem no seu substrato a tutela familiar, e a partir daí, aplicar uma interpretação teleológica. Nessa visão, não caberia aplicação de regras

divergentes no tratamento às famílias provenientes do casamento e da união estável.

O Direito Sucessório, ao longo de sua história, modificou a sua essência, deixando de proteger o patrimônio da família para tutelar dos seus entes mais próximos, pautada na presunção pelo legislador da existência do vínculo de solidariedade e da afetividade. Isso ocorreu por conta da evolução social das entidades familiares ao longo do tempo, que passou da família patriarcal rígida para um modelo de pluralidade familiar, nas quais esses princípios são a máxima. E nesses moldes caberia uma interpretação à luz da constitucionalização do direito.

Averiguou-se, neste estudo, um tratamento dissonante dado pela legislação infraconstitucional a essas entidades familiares, principalmente no âmbito do direito sucessório, inferindo-se a persistência de um viés preconceituoso em relação à união. Observou-se, também, um inconformismo social e dos doutrinadores, levando sua a mobilização, que iniciaram desde a vacância da lei civil, algumas tentativas de mudanças legislativas, através de projetos de lei afins, propondo alteração nesse Código Civil vigente, todavia, elas ainda estão arquivadas ou em análise.

Enquanto isso constou que alguns tribunais aplicam a interpretação teleológica das regras sucessórias na união estável equiparando-a ao casamento, a fim de cumprir a sua finalidade de tutela familiar, mas outros ainda seguem o texto da lei.

Diante desse panorama da sucessão do companheiro, essa pesquisa adotou o posicionamento no sentido da aplicação das leis de forma isonômica às duas entidades, haja vista a inexistência da superioridade do casamento sobre a união estável, desse modo concatenou com aqueles que propuseram nos projetos legislativos, a inclusão do companheiro no artigo 1829, equiparando-o ao cônjuge, como também a sua inclusão como herdeiro necessário, no artigo 1845, e a exclusão do artigo 1790 do Código Civil vigente, pois só assim ter-se-ia a aplicação da lei infraconstitucional sob a ótica da Carta Magna.

Todavia, como as modificações legislativas carecem de tempo a serem efetuadas, pontuou-se ser mais coerente com a Constituição Federal a posição doutrinária que equipara o cônjuge ao companheiro no rol de herdeiros necessários, pois assim haveria um tratamento semelhante os dois entes dessas famílias, refletindo uma postura equânime.

Por fim, concluí-se que, diante dessa controvérsia legislativa, ter o companheiro uma condição especial de herdeiro necessário, por conta da sua condição de membro de uma família tutelada pelo Estado e incluída pela norma maior brasileira.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Karen Hellen Esteves de. **A análise sistemática da sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva civil-constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Civil. Primeira Câmara Civil.** Relator: Des. Clara Leite de Rezende, julgado em 09/07/2007. Disponível em< www.tjse.br> Acesso em 03 maio 2014

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: nº 1299.894 DF** Proc.2011.0312255-6 Ministro Luis Felipe Salomão Disponível em <www.STJ.jus.br> Acesso em 05 maio 2014

BRASIL,Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento: 20522898520148260000 SP 2052289-85.2014.8.26.0000, Relator: Grava Brasil, Data de Julgamento: 31/07/2014, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/08/2014 <www.jusbrasil.com.br>Acesso em Brasil em 21 de outubro de 2014

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>_Acesso em 09 mar 2014.

BRASIL. **Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>_Acesso em 28 agos 2014

BRASIL. **Lei de nº 3.071/1916,** Código Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.

BRASIL. **Lei de nº 4121/1962** Estatuto da Mulher casada. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>Acesso em 09 mar 2014.

BRASIL. **Lei de nº 8971/194.** Lei que regula o direito do companheiro a alimento e a sucessão. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>_Acesso em 09 mar 2014.

BRASIL. **Lei de nº 9278/96** Lei da união estável. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>Acesso em 09 mar 2014.

BRASIL. Projeto de lei 4944/2005. Dep Antonio Carlos Biscaia < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004.

BRASIL. Projeto de lei 508/2007. Dep Sérgio Barradas Carneiro < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004

BRASIL. Projeto de lei 674/2007. Dep Cândido Vaccarezza < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004

BRASIL. Projeto de lei 6960/2002. Dep Ricardo Fiuza < <http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004

BRASIL. Projeto de lei 699/2011. Dep Arnaldo Faria de Sá <<http://www.camara.gov.br>> acesso 21.10.2004

BRASIL. Projeto de lei do senado 267/2009. Senador ROBERTO CAVALCANTI <http://www.senado.gov.br>> acesso 21.10.2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 4277 e ADPF 132**, rel. Min. Ayres Britto. Acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br.portal.autenticacao> sob o número 1319706 em 27/08/14

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Agravo Inominado. Proc.0026565-96.2011.8.19.0038**. Décima Quarta Câmara cível: relator Des. José Carlos Paes. Rio de Janeiro. 11/04/2014 Disponível em.< www.tjrj.jus.br>Acesso em 04 maio 2014.

CAMPOS, Patrícia Eleutério. **A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 89, 30 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4342>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de Carvalho. **Direito de Sucessões**. São Paulo. 2014. P.398-400.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas 2014. P.1-11

CATEB, Salomão de Araujo; **Direito das Sucessões**, 7ª Ed. São Paulo, Atlas, 2012.

CHAVES, Cristiano, **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 5ª Ed. Podivm, 2013, pg. 39-174; 505-599.

CHAVES, Cristiano; FIGUEREDO, Luciano; JUNIOR, Marcos Ehrhardt; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **Código Civil Para concursos**. 2ª Ed. Jus Podivm. 2014.

COLANI, Camilo. **Casamento: Conceito e Natureza Jurídica no Novo Código Civil**. In: Chaves Cristiano. Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro.Ed. Lumes Juris. 2004. P.309-19

Concubinato-União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade**. Belo horizonte: Del Rey, 1997, p.513-546.

Cordoil, Verônica Ribeiro da Silva. **Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil frente às Leis n°s 8971/1994 e 9278/1996**. Revista de IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. V.1n.1, 1999

DANTAS JR, Aldemiro Rezende. **Sucessão no Casamento e na União Estável**. In: Chaves Cristiano. Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro. Ed. Lumes Juris. 2004. P.592-594.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Sucessões. 3º edição, **Revistas dos Tribunais**. 2013. p.25-38; 171-204.

ENUNCIADO DE Nº 13 DA I JORNADA BAIANA DE DIREITO DE FAMÍLIA, **Direito das Sucessões**, Disponível em Jus Brasil. Acesso em 15 de jan 2014.

ENUNCIADO DE Nº 14 DA I JORNADA BAIANA DE DIREITO DE FAMÍLIA, **Direito das Sucessões**, Disponível em Jus Brasil. Acesso em 15 de jan 2014.

ENUNCIADOS DA JORNADA PAULISTA DE JUÍZES DE INTERIORES, **Direito das Sucessões**. Disponível em: Jus Brasil. Acesso em 09 mar 2014.

GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Curso de direito Civil: **Direito de Sucessões**. V.7. São Paulo. Saraiva. 2014. pg.189

GOMES, Orlando. 1909-1988. **Sucessões 15 ed. rev. E atual.** /por Mario Roberto de Farias. Rio de Janeiro. Forense.2012. p.5.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**. Direito de sucessões, 7º Ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. Revista da ESMape- Escola Superior da Magistratura de Pernambuco- Ano 1, n1, Recife: Esmape. 1996.p.306.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Noves. **Direito das Sucessões: Introdução**, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Noves; Pereira, Rodrigo da Cunha. Direito das Sucessões, Belo Horizonte, Del Rey, 2007. p.2

LEITE, Glauber Salomão. **A autonomia da vontade no Direito de Família. O problema da regulamentação da União Estável**. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. Função do Direito Privado no atual manto histórico. Ed. Revista dos Tribunais. SP. 2006, vol 1. P.43.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan./mar., 2002.

LOBÔ, Paulo. **Direito civil: Família**, 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. p.17-36; 168-188.

MALUFF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito das sucessões**. Ed. Saraiva São Paulo. 2013 p.220-1

NETO, Inácio de Carvalho. **NOVO PROJETO DE LEI PRETENDE CORRIGIR A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO**. RVMD, Brasília, V. 7, nº 2, p. 1-18, Jul-Dez, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004. 179 p; 21cm.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**. Comentários à parte Geral e a Sucessão Legítima. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Lumes Juris, 2012. P.173

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4º Ed. Rio de Janeiro: Forense 2012. pg.48

SOUZA, Renato Felipe de. **Anotações sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1790,III, do Código Civil Brasileiro**. Revista IOB de Direito de família. Porto Alegre. V.1.n1.1999.

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 1º abril 2014.

VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Companheiros**. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Cidadania- o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte. IBDFAM. Del Rey.202. p.272

ANEXOS

Monografia: SUCESSÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS: UM ESTUDO ACERCA DA CONDIÇÃO DIFERENCIADA DO COMPANHEIRO.

Orientadora: Lara Soares

Aluna Rita Benigno turma: 10 A

Nome do Professor: Camilo Colani

Formulário dos Professores.

1. Em sua opinião, qual a interpretação dada pela Constituição às diversas formas de famílias? Por quê?

Resposta: Numa análise histórica, pode-se dizer que, no momento da discussão e votação do capítulo pertinente à Família, não havia a interpretação que é dada hoje. De fato, pretendia-se o reconhecimento das uniões estáveis, da família monoparental e da igualdade entre os filhos. Esses três aspectos foram o foco principal, na minha opinião. Mas, a hermenêutica não é estática, por isso, nos anos seguintes, houve a ampliação para outras formas de família, notadamente, a homoafetiva.

2. Há uma hierarquia entre elas? Por quê?

Resposta: Não creio haver hierarquia. Penso que existam diferentes efeitos pessoais e/ou patrimoniais, como por exemplo, entre o casamento, a união estável e o concubinato.

3. O casamento é diferente da união estável? Essa diferença é só na sua formação? Por quê?

Resposta: Sim, é diferente, principalmente quanto aos seus efeitos. Não é possível, logicamente, igualar os dois institutos, especialmente em função do registro civil, que há no casamento e não existe na união estável.

4. Há diferenças entre a família formada pelo casamento da família formada pela união estável? Por quê?

Resposta: Há, principalmente, com relação aos efeitos e ao reconhecimento social. As próprias pessoas, que estão em uma ou outra forma, reconhecem essas diferenças.

5. Você concorda com o cônjuge ser herdeiro necessário e o companheiro ser herdeiro facultativo? Por quê?

Resposta: Não concordo. Acho mesmo que o cônjuge não deveria ser herdeiro, salvo na ausência de descendentes e ascendentes, como na fórmula do Código de 1916. Por igual razão, penso que o companheiro também não deveria herdar. Não vejo inconstitucionalidade no fato de um ser herdeiro necessário e o outro não. São opções, como a escolha do regime de bens.

6. Você concorda com a proteção a legítima? Por quê?

Resposta: Não concordo com a legítima. É indústria de ociosos. Fomenta a não circulação de riquezas e o imobilismo social

7. Você acha justo que o cônjuge tenha a legítima protegida e o companheiro não? Por quê?

Resposta: é questão de opção. “eu quis me casar” “eu quis estabelecer união estável”. Ninguém é obrigado a se unir ou a se casar.

8. Você concorda que o legislador deva incluir o companheiro como herdeiro necessário? Por quê?

Resposta: Não concordo. Ver respostas anteriores.

Monografia: SUCESSÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS: UM ESTUDO ACERCA DA CONDIÇÃO DIFERENCIADA DO COMPANHEIRO.

Orientadora: Lara Soares

Aluna Rita Benigno turma: 10 A

Nome do Professor: **Ermiro Ferreira Neto**

Formulário dos professores.

1. Em sua opinião, qual a interpretação dada pela Constituição às diversas formas de famílias? Por quê?

Penso que uma Constituição que expressamente garante a igualdade, proíbe toda forma de discriminação e garante a proteção especial do Estado à família somente pode ser interpretada de modo a não se exigir um modelo específico de núcleo familiar para fins de tutela. A família que é protegida pelo Estado, penso, não é aquela exclusivamente formada em torno do matrimônio, nem necessariamente aquela formada por pessoas de sexo diferente. Há espaço, no texto constitucional, para a pluralidade no campo familiar, de modo que o problema real se encontra nos limites do que se entende por “família”.

2. Há uma hierarquia entre elas? Por quê?

Penso que não. Falar em hierarquia entre modelos familiares violaria, de algum modo, o postulado da igualdade e da não discriminação. É importante registrar mais uma vez: a proteção especial do Estado a que se refere o art. 226 da Constituição é garantida à família de modo geral, e não a um tipo específico.

3. O casamento é diferente da união estável? Essa diferença é só na sua formação? Por quê?

Existem diferenças e todas elas, me parecem, giram em torno da formalização exigida no matrimônio, e facultada no caso da união estável. Assim, não diria que a diferença existiria somente na “formação”; a distinção no modo de constituição das duas relações jurídicas atrai distinções com relação ao regime jurídico de cada qual, com o objetivo particular de se resguardar a segurança jurídica entre os casais, junto aos filhos e demais futuros herdeiros, e de

terceiros que com eles (casais) possam se relacionar. Digo: a distinção entre os institutos, em si, não é ilegítima (do ponto de vista ético...), nem inconstitucional (do ponto de vista jurídico...) porque as diferenças a que aludi acima justificam um tratamento também distinto, o que, sem dúvida, é autorizado pelo princípio da igualdade. Quando, no entanto, as diferenças de regime jurídico não se justificam nas razões de segurança às quais também me referi, existirá aí espaços para debate quanto a atuação do Legislador.

4. Há diferenças entre a família formada pelo casamento da família formada pela união estável? Por quê?

Ver resposta anterior.

5. Você concorda com o cônjuge ser herdeiro necessário e o companheiro ser herdeiro facultativo? Por quê?

Não. Esta distinção, conforme expressei acima, não se justifica em razões de segurança jurídica, nem de proteção dos casais, filhos (enfim, da família...), nem de terceiros com eles se relacionam.

6. Você concorda com a proteção a legítima? Por quê?

Sim. Apesar das críticas sob o ponto de vista da intervenção na autonomia privada e independente de uma opinião pessoal minha, penso que o texto constitucional admite que a “vontade” e a “propriedade” possam ser funcionalizadas, o que permitiria a intervenção do Estado em relações particulares, com o objetivo de resguardar interesses públicos. Sendo a herança um direito fundamental (art. 5º, XXX, Constituição) e tendo a família proteção especial do Estado (art. 226, Constituição), acho que resguardar 50% do patrimônio aos herdeiros necessários, os quais presumivelmente encontram-se mais ligados afetivamente e em relação de dependência com o de cujus, é razoável e atinge os objetivos da Constituição. A legislação ordinária, por outro lado, dá instrumentos para romper com esta “intervenção”, quando a presunção à qual aludi acima, não se encontra presente: são os casos de indignidade e deserdação.

7. Você acha justo que o cônjuge tenha a legítima protegida e o companheiro não? Por quê?

Não é justo (do ponto de vista ético...), como também é inconstitucional, pelas mesmas razões da resposta ao item 3.

8. Você concorda que o legislador deva incluir o companheiro como herdeiro necessário? Por quê?

Sim, pelas mesmas razões do item 3 e item 6.

ENTREVISTA COM CRISTIANO CHAVES

1 Em sua opinião, qual a interpretação dada pela Constituição às diversas formas de famílias? Por quê?

Resposta: Não tenho dúvidas que a Constituição não estabeleceu níveis hierárquicos, tenho a certeza que ela protege núcleos familiares sem equipara-los, são núcleos diferentes, mas todos merecedores de especial proteção do Estado, que é a expressão que consta no *caput* do art.226. Então, convicto que não é hierarquia e que podem ter exercícios de direitos diferentes, mas não ter proteção diferenciada.

2 Há uma hierarquia entre elas? Por quê?

Resposta: não haveria hierarquia, por que se hierarquia houvesse e estivéssemos colocando o casamento no ápice de uma estrutura familiar, cometeria um sacrilégio constitucional de estabelecer que as pessoas perdessem a liberdade e a igualdade nos outros núcleos familiares. Portanto, a liberdade e a igualdade são fundamentos muito claros para afastar qualquer duvida sobre a hierarquia.

3 O casamento é diferente da união estável? Essa diferença é só na sua formação? Por quê?

Resposta: não tenho dúvida de que sim, equiparar o casamento à união estável levaria a uma grande depreciação da união estável, nós estaríamos diminuindo a união estável, estaríamos asfixiando a união estável fazendo com que ela tivesse que seguir as mesmas diretrizes do casamento. Assim quem vive em união estável não quis formalidade, apostou em uma maior importância da convivência e do afeto, quem vive em casamento quis da publicidade, entendeu que seria mais importante na sua relação ter um nível de publicidade maior. São coisas diferentes sim, mas essa diferença sem dá na sua formação e no exercício do direito, mas nunca no desnível da proteção, explico se no casamento tem a possibilidade de pensão alimentícia na união estável também, se no casamento tem direito real de habilitação na união estável também, se no casamento tem direitos sucessórios na união estável também, embora todos esses e outros direitos possam ser exercido de forma diferente.

4 Há diferenças entre a família formada pelo casamento da família formada pela união estável? Por quê?

Resposta: acho que sim, diferenças no que diz respeito à formação e ao exercício de direito, mas se você me pergunta se há diferenças protetivas digo que não. A proteção há de serem as mesmas, é o *caput* do 226.

5 Você concorda com o cônjuge ser herdeiro necessário e o companheiro ser herdeiro facultativo? Por quê?

Resposta: não pessoalmente acho que nenhum dos dois possam ser herdeiros necessários, contudo para exercer uma coerência metodológica e legislativa eu acho que se o cônjuge é herdeiro necessário o companheiro também o é, é uma interpretação simétrica. Não me prenderiam nunca a interpretação literal e tenho acompanhado que a grande maioria dos autores aponta neste sentido, como Maria Berenice e Paulo Lobo.

6 Você concorda com a proteção a legítima? Por quê?

Resposta: eu sou contra a legítima se não existir incapaz, se há incapaz a legítima está justificada, o que não consigo conceber é a limitação da legítima com a inexistência de incapaz, o que retira do titular a própria disponibilidade do seu patrimônio.

7. Você acha justo que o cônjuge tenha a legítima protegida e o companheiro não? Por quê?

Resposta: absurdo se o cônjuge tem o direito à legítima como o companheiro não vai ter, é um tratamento assimétrico no que diz respeito ao tratamento as entidades familiares.

8. Você concorda que o legislador deva incluir o companheiro como herdeiro necessário? Por quê?

Resposta: não acho que devia incluir o companheiro, acho que devia excluir o cônjuge. É um movimento legislativo que hoje encontra primazia na Europa.