



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

EFEITOS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

Salvador
2013

MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

EFEITOS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

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

Orientador: Camilo de Lelis Colani Barbosa

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

EFEITOS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

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, ____/____/ 2013

A Valdemar Lopes de Cerqueira (*in memoriam*), que foi meu grande pai. Homem, que a mim dedicou o maior de todos os amores, ternura, carinho e afago durante todos os anos em que juntos vivemos. A ele, que foi meu porto seguro, ponto de equilíbrio e fonte de inspiração para todas as buscas e realizações. Obrigada, meu eterno e inesquecível amor! Te amo, hoje e sempre.

AGRADECIMENTOS

Ao ilustre Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa, meu nobre orientador pela confiança em mim depositada e por todos os conselhos, pela dedicação, pelos incentivos, pela paciência e por compartilhar da sua grande sabedoria durante essa caminhada.

À Dra. Ana Thereza, minha adorável professora de projeto de monografia, que fez brotar o presente trabalho monográfico, dando apoio sobre toda sua estrutura de forma grandiosa.

Aos professores Cristiano Chaves de Farias, Luciano Lima Figueiredo, e ao Dr. Alberto Raimundo Gomes dos Santos, Juiz de Direito, que concederam entrevista para o engrandecimento do trabalho monográfico.

A todos os professores que direta ou indiretamente ofereceram material de pesquisa para o presente trabalho, deram sugestões e idéias para o seu aprimoramento.

Aos meus colegas, que partilharam comigo de todas as etapas de desenvolvimento do referido trabalho, dando grandes incentivos.

À coordenação acadêmica da faculdade, bem como seus colaboradores, inclusive os efetivos da biblioteca, que partilharam de todo processo de evolução da citada monografia.

Antecipadamente, agradeço aos docentes membros da banca examinadora, que atentos às exigências que a titulação pede, analisarão o trabalho de maneira crítica, com acuidade e espírito aberto.

"O amor é a força mais sutil do mundo."

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

O presente trabalho pretende mostrar que há um tratamento desigual entre os companheiros e os cônjuges para fins de efeitos jurídicos sucessórios. Tal desigualdade configura um desrespeito à Constituição Federal de 1988, a qual reconhece a convivência entre duas pessoas como entidade familiar, devendo, sobretudo, facilitar a sua conversão em casamento. A Lei Civil é anacrônica em seus dispositivos quando não proporciona ao companheiro, os mesmos direitos sucessórios que aos cônjuges são ofertados. Mesmo diante da edição de leis sobre o tema, observa-se que, os direitos sucessórios alcançados pelos companheiros ainda não são iguais aos dos cônjuges, principalmente quando se faz referência ao herdeiro necessário e ao direito real de habitação. Frente às transformações sociais, faz-se necessário uma análise do problema para tornar mais explícito os direitos inerentes àqueles que vivem nesse estado, dando-lhes a possibilidade de requerer aquilo que fazem *jus*, já que, atualmente, o número de uniões estáveis existentes é crescente demasiadamente, além de despertar a consciência do legislador, elevando seu interesse em fazer valer o tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges, que são relações protegidas pelo Estado.

Palavras-chave: Família, Casamento, União Estável, Direito Sucessório.

ABSTRACT

This paper intends to show that there is unequal treatment between couples and spouses in terms of legal inheritance effects . This inequality indicates a disrespect to the Federal Constitution of 1988 , which recognizes the coexistence between two people as a family unit , primarily to facilitate its conversion into marriage. The Civil Law is anachronistic in their means when a partner does not provide the same inheritance rights as a spouse is offered. Even with the clarification of laws on the subject, it can be observed that the successive rights of couples are still not equal to those of spouses , especially when refer ring to the heir to the real need and direct right to housing . Faced with social transformations , an analysis is necessary of the problem to make more explicit the rights of those who live in this state , giving them the opportunity to apply for what they are entitled, being that currently, the number of stable marriages is increasing drastically too , besides the raising awareness of the legislation , raising the interest in enforcing the equal treatment of partners and spouses , which are relationships protected by the state.

Keywords: Family ,Marriage ,Domestic Partnership ,Succession Law.

RÉSUMÉ

Cet article se propose de montrer qu'il existe une inégalité de traitement entre les compagnons et les conjoints aux fins de l'héritage pour effet juridique. Cette inégalité définit un manque de respect de la Constitution de 1988, qui reconnaît la coexistence entre deux personnes comme une unité de la famille, est principalement de faciliter sa conversion en mariage. Le droit civil est anachronique dans leurs appareils lorsque le partenaire ne fournit pas les mêmes droits successoraux que les conjoints sont offerts. Même avant l'adoption de lois sur le sujet, il est observé que les droits de succession obtenus par les pairs ne sont pas encore égaux à ceux des conjoints, surtout lorsqu'il s'agit de l'héritier du besoin réel et droit au logement. Face aux transformations sociales, il est nécessaire une analyse du problème de rendre plus explicite les droits attachés à ceux qui vivent dans cet état, leur donnant la possibilité d'appliquer ce qu'ils ont le droit, car actuellement, le nombre de mariages est stable de plus en plus aussi, en plus de la sensibilisation de la législature, portant sa participation dans l'application de l'égalité de traitement des partenaires et conjoints, qui sont protégés par les relations de l'État.

Mots-clés: Famille, Mariage, Union Stable, Droit de Successions.

ABSTRACTO

El trabajo tiene la intención de mostrar que existe desigualdad de trato entre los compañeros y cónyuges acerca de los efectos jurídicos de sucesiones. Esta desigualdad fija una falta de respeto a la Constitución de 1988, que reconoce la coexistencia entre dos personas como una unidad familiar y que debería especialmente facilitar su conversión en matrimonio. El Derecho Civil es anacrónico en sus dispositivos cuando no da a la pareja los mismos derechos de herencia que se ofrecen a los cónyuges. Aunque exista leyes sobre la materia, se observa que los derechos de sucesión alcanzados por sus compañeros aún no son iguales a los de los cónyuges, sobre todo cuando se refiere al heredero necesario y al derecho a la vivienda. Frente a las transformaciones sociales , es necesario un análisis del problema para hacer más explícitos los derechos inherentes a las personas que viven en ese estado, dándoles la oportunidad de pedir lo que les corresponde, ya que, en la actualidad, el número de matrimonios aumenta demasiado; más allá de despertar la conciencia del legislador, elevando su interés en la aplicación de la igualdad de trato de los compañeros y cónyuges, relaciones protegidas por el Estado.

Palabras clave: Familia, Matrimonio, Unión Estable, Derecho de Sucesiones.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Inc.	Inciso
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 FAMÍLIA.....	15
2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....	17
2.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	20
2.3 CONCEPÇÃO MODERNA DE FAMÍLIA.....	21
3 CASAMENTO.....	23
3.1 NATUREZA JURÍDICA.....	25
3.2 CARACTERÍSTICAS E FINALIDADES DO CASAMENTO.....	26
3.3 REGIMES DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES.....	29
3.3.1 Regime de Comunhão parcial de bens.....	30
3.3.2 Regime de Comunhão universal de bens.....	31
3.3.3 Regime de participação final nos aquestos.....	32
3.3.4 Regime de separação de bens.....	32
4 UNIÃO ESTÁVEL.....	34
4.1 DA FAMÍLIA DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL (Art. 226, § 3º, CF/88).....	35
4.2 DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA UNIÃO ESTÁVEL.....	37
4.3 DOS IMPEDIMENTOS.....	39
4.4. DIREITOS E DEVERES DOS COMPANHEIROS.....	40
4.5 REGIME DE BENS.....	41
4.6 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.....	42
4.7 CONCUBINATO.....	44
5 DIREITO DAS SUCESSÕES.....	46
5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	48
5.2 ABERTURA DA SUCESSÃO.....	51
5.3 LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER.....	55
5.3.1 Indignidade.....	58
5.4 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	61
5.4.1 Herdeiro necessário.....	62
5.4.2 Da Ordem de vocação hereditária.....	64
5.4.3 Da aceitação e da renúncia da herança	68

5.4 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	73
6 DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL.....	76
6.1 LEI N. 8.971/94.....	85
6.2 LEI N. 9.278/96.....	87
6.3 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	90
6.4 USUFRUTO.....	92
6.5 SEPARAÇÃO DE FATO CULMINADA COM UNIÃO ESTÁVEL.....	94
6.6 CRÍTICA AO CC/ART. 1.790.....	97
7 CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS.....	108
ANEXO A ENTREVISTA - CRISTIANO CHAVES FARIAS.....	115
ANEXO B ENTREVISTA - CAMILO DE LELIS COLANI BARBOSA.....	118
ANEXO C ENTREVISTA - LUCIANO LIMA FIGUEIREDO.....	120
ANEXO D ENTREVISTA - ALBERTO RAIMUNDO GOMES DOS SANTOS.....	123
ANEXO E – JURISPRUDÊNCIA.....	126
ANEXO E.1 – UNIÃO ESTÁVEL / BENS ONEROSOS NA CONSTÂNCIA.....	126
ANEXO E.2 – COMPANHEIRA / FILHOS EXCLUSIVOS AUTO DA HERANÇA.....	127
ANEXO E.3 – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO / COMPANHEIRO.....	128
ANEXO E.4 – UNIÃO ESTÁVEL / USUFRUTO.....	129
ANEXO E.5 - UNIÃO ESTÁVEL / SEPARAÇÃO DE FATO.....	130
ANEXO E.6 - ART. 1.790 DO CC/02.....	131

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico pretende analisar os efeitos do direito sucessório na união estável.

Sua finalidade consiste em indagar os efeitos jurídicos do Direito Sucessório na União Estável e o tratamento dispensado aos companheiros, fazendo-se breves comparações em relação ao cônjuge.

Busca-se investigar, se os dispositivos constitucionais são respeitados, sobretudo, quanto ao reconhecimento da união estável entre duas pessoas como entidade familiar, consagrada pelos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Explora-se os dispositivos legais que versam sobre os direitos sucessórios dentro Código Civil de 2002, inclusive, sob a recepção ou não de leis anteriores à sua entrada em vigor, quais sejam, Lei n. 8.971/94, e Lei n. 9.278/96, que regulam sobre a união estável, assim como o direito real de habitação e usufruto vital.

Ainda sobre a Lei Civil Maior, pesquisa-se sobre a (in) constitucionalidade do art. 1.790, no que tange ao seu conteúdo e sua localização.

Diante das transformações sociais, faz-se necessário averiguar o tema para torná-lo mais transparente quanto aos direitos inerentes àqueles que vivem sob a condição de companheiros, dando-lhes a possibilidade de requerer aquilo que fazem *jus*, já que, atualmente, o número de uniões estáveis existentes é crescente demasiadamente, além de despertar a consciência do legislador, elevando seu interesse em fazer valer o tratamento equânime entre a união estável e o casamento, que são relações protegidas pelo Estado.

Para se alcançar o objetivo almejado, há inicialmente, uma abordagem sobre o que é o instituto família, sua importância para a construção da sociedade, bem como um traço de sua origem e evolução, consignando a natureza jurídica do Direito de Família, bem como a concepção moderna do que seja a família para o ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, no terceiro capítulo, buscou-se compreender o casamento enquanto norma jurídica, esboçando sua natureza jurídica, características e finalidades, descrevendo os regimes de bens aplicáveis entre os cônjuges, quais sejam: regime de comunhão parcial de bens, regime de comunhão universal de bens, regime de participação final nos aquestos e o regime de separação de bens.

Por conseguinte, chegam-se ao quarto capítulo, esmiuçando a regulamentação denominada de união estável, tratando da família que dele decorre, dos seus elementos constitutivos, impedimentos para tal, dos direitos e deveres atribuídos aos companheiros, do regime de bens atribuído, da sua conversão em casamento e tratando do que venha a ser o concubinato, sem se olvidar da formação da união estável por pessoas do mesmo sexo.

Já no quinto capítulo, faz-se a compreensão do que é o Direito das Sucessões, sua evolução histórica, seu processo de abertura e legitimação para suceder. Identifica-se o que venha a ser a indignidade, partindo-se para a compreensão da sucessão legítima, descrevendo os herdeiros necessários, a ordem de vocação hereditária, a aceitação e a renúncia, além da sucessão testamentária.

No sexto capítulo, adentra-se nos Direitos Sucessórios na união estável, enfatizando-se as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, abordando sobre o direito real de habitação, o usufruto vital, separação de fato culminada com união estável e tecendo inúmeras e relevantes críticas ao artigo 1.790 do Código Civil de 2002, trazendo-se posicionamentos doutrinários divergentes quanto ao tema, principalmente, quanto a permanência ou não do dispositivo dentro do sistema jurídico.

Por fim, agregou-se valor especial à dissertação com a realização de entrevistas aos doutrinadores e jurista, conhecendo a visão de cada um sobre o tema em evidência, tocando nos itens que geram mais polêmica para, enfim, chegar-se à conclusão do trabalho acadêmico.

2 FAMÍLIA

A família, considerada base da sociedade, tem proteção especial do Estado, consagrada na Constituição Federal de 1988 (art. 226).

Entende-se, todavia, por entidade familiar a relação formada entre os pais e seus ascendentes. Para Caio Mário da Silva Pereira (2010, p.23), família é:

o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).

Partindo do conceito supramencionado, compreende-se que a composição familiar vai além da relação entre pais e filhos, abrangendo a relação das pessoas ligadas por consanguinidade, afinidade ou afetividade, além dos cônjuges e conviventes. Desse modo, salienta-se que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nada obstante, assentar conceito único sobre a família não é possível, já que se trata de uma ideia generalizada, na qual, podem-se estabelecer diversos significados. Desse modo, traz-se que a família é uma “instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferentes com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a que possam transmitir o seu nome e seu patrimônio” (GONÇALVES, 2013, p.18).

Contemporaneamente, não se pode vincular a família como uma relação puramente advinda do casamento, de acordo com a abordagem dada pela legislação de 1916, vez que existe uma pluralidade das entidades familiares, consagrada pela *Lex Fundamentalís*. Assim, pode-se dizer que o Direito das Famílias não se encontra restringido pelo casamento, união estável, podendo se concretizar também na família monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes), bem como por outros balizamentos, tais como o afeto, as uniões homoafetivas e a solidariedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.49-50).

Nessa esteira de pensamentos, tem-se que a transformação da entidade familiar deu-se pela consagração da igualdade, havendo, então, o reconhecimento de diversas formas de convívio, permitindo-se a liberdade em reconhecer filhos havidos fora do casamento.

Hoje, um elemento caracterizador da família é o vínculo afetivo capaz de unir pessoas com projetos de vida semelhantes, havendo cumplicidade e mútuo comprometimento na relação.

Diz-se, portanto, que não há mais condicionamento dos paradigmas originários, uma vez estabelecidos e entendidos como: casamento, sexo e procriação. Isso, contudo, deu-se em um alto grau de avanço da mulher frente ao mercado de trabalho, desvinculando sua figura de mulher do lar e deixando consideravelmente de lado a figura do homem como o provedor exclusivo da família.

Há, entretanto, um novo modelo de família, fundado na responsabilização, afetividade, pluralidade. O cerne da questão, atualmente, envolve o indivíduo, e não mais os bens ou coisas que guarnecem a entidade familiar, assim, têm-se a substituição da família como uma instituição, pela família como instrumento. A tradução dessas palavras enseja que a família quando existente favorece ao desenvolvimento de seus próprios integrantes, bem como para evolução da sociedade, encontrando para tanto, a sua proteção pelo Estado (DIAS, 2011, p.41-43).

Para tanto, alargando o conhecimento sobre o instituto em discurso, observa-se que é dever tanto da família quanto da sociedade e do Estado, garantir à criança e ao adolescente, em alto grau de prioridade, direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao Estado, entretanto, cabe o dever de garantir a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de

suas relações, propiciando recursos educacionais e científicos para o exercício do planejamento familiar, não olvidando, que este é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, uma vez que, é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão e vida instituída pela família (CC/ art. 1.513).

Assim, diante dos fatos expostos, sabe-se que os aspectos mais relevantes no instituto família, é que as pessoas possam compartilhar entre si, sejam entre o homem e a mulher, entre pais e filhos, consanguíneos ou afetivos, homossexuais ou não, da felicidade, do amor e do respeito, buscando haver uma vida harmoniosa, pautada na integridade, segurança, educação e desenvolvimento de todos os presentes e envolvidos, descartando elementos que desabonem a conduta moral e social.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família, na história dos agrupamentos humanos, precede a todos os outros, seja enquanto fenômeno biológico ou social.

Atina-se, que através do seio familiar, que é a estrutura básica de toda sociedade, o indivíduo é moldado e desenvolve suas potencialidades de acordo com as características que o envolvem, e através disso, busca seus desejos e realizações ao longo de sua vida, englobando suas escolhas profissionais e afetivas, além de estabelecer uma estrutura emocional capaz de fazer com que o sujeito seja capaz de superar e enfrentar todas as barreiras existentes ao longo de sua trajetória.

Desse modo, diz-se que a família é um ambiente seguro e através de sua solidez, seus integrantes desenvolvem suas capacidades. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.38).

É cediço que a família natural precede a família juridicamente regulada, já que a família, nada mais é que uma construção cultural, onde os vínculos afetivos sempre

existiram, sejam eles em busca da perpetuação da espécie ou simplesmente pela busca do companheirismo e pelo distanciamento da solidão. (DIAS, 2011, p.27).

A autoridade era o princípio sob o qual a família era regida à luz do direito romano. Partindo dessa premissa, o *pater famílias*, possuía direitos de vida e de morte sobre seus filhos (*ius vitae ac necis*), podendo fazer com eles tudo que desejasse, inclusive aplicar-lhes castigos até que ceifasse suas vidas ou, até mesmo, vendê-los, enquanto emancipados não fossem. Sob a mesma égide, estava a mulher, que se encontra totalmente subordinada ao marido, podendo ser repudiada ao seu bem prazer. Assim, pode-se dizer que o ascendente mais velho desenvolvia o papel de chefe político, sacerdote e juiz, pois, além de comandar, oficiava os cultos domésticos e distribuía justiça. Salienta-se, então, que tais medidas apenas foram restringidas, oferecendo maior autonomia à mulher e aos filhos, a partir do século IV, através do Imperador Constantino, que instalou no direito romano a concepção de família cristã, na qual deveriam predominar as preocupações de ordem moral. (GONÇALVES, 2013, p.31).

Tomando, por base, o modelo patriarcal, a felicidade pessoal do membro da família era sobreposta em nome da manutenção do vínculo do casamento. Notava-se, ainda, o realce dos laços patrimoniais, em que a família era vista como uma unidade de produção para, posteriormente, transmitir o patrimônio aos herdeiros, não havendo, desse modo, a dissolução do vínculo matrimonial, pois este era considerado como a desagregação da própria sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.40).

No que tange ao casamento, para que este fosse possível, segundo o entendimento dos romanos, era imprescindível que houvesse a *affectio*, não apenas no momento de sua celebração, mas enquanto este durasse. A ausência da afeição constituía elemento essencial para a dissolução do casamento através do divórcio, sendo que esse ato não tinha a aprovação dos canonistas, que viam o casamento como um sacramento em que o homem não tinha poderes para desconstituí-lo, já que este fora realizado por Deus.

Entretanto, na Idade Média, já se observava a crescente importância das regras germânicas em relação ao casamento. Confirma-se, desta forma, que a influência romana, canônica e germânica, foi evidente no desenvolvimento da família brasileira,

e esta, só recentemente, devido às transformações sociais, históricas e culturais, passou a seguir caminhos próprios. (GONÇALVES, 2013, p.32).

Têm-se, atualmente, novos elementos que compõem as relações familiares, principalmente sob o enfoque da Constituição Federal brasileira de 1988, que adotou nova ordem de valores, dando verdadeiro enfoque à dignidade da pessoa humana. Esta trouxe, em seu art. 226, a entidade familiar não mais como singular, mas plural, encontrando-se, sobretudo, em seu § 6º do art. 227, a alteração do sistema de filiação, no qual não é permitida a prática discriminatória entre os filhos, mesmo que estes tenham sido havidos fora do casamento. Trata-se, além disso, da igualdade entre o homem e a mulher, pautada nos arts. 5º, I, e 226 § 5º. Ainda, vale ressaltar que a Carta Magna trouxe em seu bojo o art. 226, §§ 7º e 8º, uma anotação referente ao planejamento familiar e à assistência direta à família.

O Código Civil de 2002, por sua vez, traz um título descrevendo o direito pessoal, e outro, versando sobre o direito patrimonial da família. Regula-se, desta forma, no direito pessoal: o casamento e suas disposições gerais, determinando, desde logo, que este instituto estabelece comunhão de vida com base na igualdade de direitos e deveres conjugais (art. 1.511); esboça sobre a capacidade para o casamento; especifica os tipos de impedimentos e as causas suspensivas; traça o processo de habilitação e celebração; as provas do casamento; bem como se configura sua invalidade e eficácia.

Quanto ao direito patrimonial, o Código referido trata sobre os regimes de bens entre os cônjuges; do usufruto e da administração dos bens de filhos menores; dos alimentos e dos bens de família. E, não se pode olvidar, que de maneira sábia, o diploma legal, notadamente citado, também dispôs sobre a união estável, reconhecendo-a como entidade familiar, com referência no art. 1.723.

Percebe-se, então, que a concepção de família saiu da égide puramente patrimonialista, passando a ser colocado em evidência o seu aspecto emocional, em que se busca a satisfação pessoal.

Família não mais tem relação íntima com casamento, homem e mulher, reprodução,

convívio por toda a vida. Família deve ser sinônima de prazer, felicidade, união, harmonia, respeito e amor. Não estando presentes tais elementos, não há motivos suficientes para que esta se sustente ou se mantenha por toda uma vida.

Concebe-se, portanto, que o instituto família, ao longo da história, passou por diversas transformações, saindo do poder “*pater familia*” e havendo uma a igual participação entre homem e mulher, tanto na gestão do lar quanto na educação dos filhos.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito das famílias tem caráter privado, constituído também por normas de caráter imperativo, naturalmente, aquelas que denominadas de normas cogentes. Há, contudo, o predomínio de normas de ordem públicas, em que não há autonomia da vontade privada, não ficando a cargo das partes determinarem certos aspectos como: alterar a forma de celebração do casamento, o ato de registro dos filhos, divórcio, dentre outros, porque existe uma regulamentação legal que deve ser posta em prática pelo Estado face o cidadão, uma vez que o ordenamento deseja oferecer certeza e estabilidade nas relações de família.

Esta maior intervenção estatal significa proteção e condições de vida melhores para as gerações vindouras. Entretanto, no plano da vontade privada, encontra-se a exceção quanto ao regime de bens, na qual cabe aos nubentes escolher aquele que lhes for mais favorável. (GONÇALVES, 2013, p.26).

Embora o direito das famílias seja permeado por normas de ordem pública, não se pode afirmar que houve a migração deste para o direito público, pois o fato do indivíduo nascer, crescer, ser educado e morrer no seio familiar, traz uma concepção eminentemente privada. Entretanto, são notórias as características peculiares e a proximidade com o direito público, uma vez que o Estado tem a função de amparar as relações de família. (DIAS, 2011, p.34-35).

Cabe salientar que a disciplina do direito das famílias encontra-se em um dos mais importantes setores do direito civil, e não envolvendo, desta maneira, diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão.

2.3 CONCEPÇÃO MODERNA DE FAMÍLIA

Originariamente a família tinha uma conotação patrimonial, dizendo respeito exclusivamente à propriedade.

A expressão família encontra sua linha etimológica ao norte da península italiana, junto ao povo Osco, trazendo como significado servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo padrão. Já na visão contemporânea, o conceito de família, após inúmeras transformações, apresenta uma conotação plural, igualitária e democrática, formada por indivíduos ligados por traços consanguíneos, afetivos ou psicossociais, com objetivo de desenvolver a personalidade de cada um. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.45).

A família era tida, historicamente, como uma instituição sacralizada e indissolúvel.

O patriarcalismo reconhecia, apenas, a família constituída através do matrimônio, hierarquizada, patrimonializada, heterossexual, atendendo à moral e aos bons costumes.

O Estado, por sua vez, passou a invadir a esfera da liberdade individual impondo condições para afastar as relações de afeto, não as reconhecendo no Código. Atribuiu-se, desta forma, um modelo de família e o consagrou como única forma cabível de convivência.

Através de comandos intimidatórios e punitivos, elegeu-se paradigmas comportamentais através de normas imperativas, negando-se os direitos e a existência dos fatos. Em nome da moral e dos bons costumes, muita exclusão e injustiça foram feitas na história do direito das famílias, como exemplo, a negativa de

reconhecer filhos havidos fora do casamento, o mesmo aplica-se quando se tangencia em rejeitar efeitos às famílias paralelas. (DIAS, 2011, p.74-76).

A família, ao passar do tempo, vem se adequando às necessidades humanas, rompendo com o modelo heteroparental, baseado na figura do *peter famílias* e encontrando novos grupos como as famílias monoparentais (grupos de ascendentes com descendentes), bem como estruturas familiares homoparentais. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.47-49).

Tal modernização foi marcada notadamente pelo advento da Constituição Federal brasileira de 1988, que trouxe em seu bojo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social e a erradicação da pobreza (art. 3º). Dessa forma, entende-se que se busca a valorização e segurança não só da família pela família, mas da pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade, servindo como alcance para a felicidade, merecendo proteção especial do Estado.

Houve, sobretudo, uma preocupação quanto às alterações legislativas trazidas pelo Código Civil de 2002, que buscou se adaptar à evolução social e aos bons costumes atuais. Isso, contudo, procura preservar a coesão familiar e os valores culturais, atribuindo à família um tratamento mais consonante com a realidade social a qual o indivíduo se insere.

Para tanto, observou-se, com ênfase, princípios norteadores, tais como: dignidade da pessoa humana; igualdade jurídica entre os cônjuges e os companheiros; igualdade jurídica de todos os filhos; paternidade responsável e planejamento familiar; comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes e a liberdade de construir uma comunhão de vida familiar. (GONÇALVES, 2013, p.21-23).

Chega-se, contudo, ao momento de abraçar as relações afetivas como entidade familiar. De visualizar as uniões que estão fora do modelo convencional, como entidade familiar. Faz-se necessário, neste momento, recorrer à prevalência da ética sobre a moral para se aproximar de um ideal de justiça (DIAS, 2011, p.77-78).

É preciso, todavia, atentar-se para o fato de que a noção de família, nem hoje, nem nunca, pode ser tida apartada dos verdadeiros ideais, que são os valores a ela

inerentes, respaldados na lealdade, assistência mútua, respeito, cumplicidade, amizade e amor. O afeto deve ser sempre o instrumento condutor da família.

3 CASAMENTO

O casamento é um dos institutos mais discutidos dentro do direito privado.

Observando-se seu contexto histórico e remetendo-se a Roma, o casamento estava intrinsecamente ligado ao dote e ao nascimento de filhos com legitimidade para sucessão.

A Igreja Católica, por sua vez, foi a maior responsável pelo atual molde dado ao casamento, estabelecendo-o, durante a Idade Média, como um sacramento, sendo consagrado pela vontade divina e estabelecendo-o como indissolúvel. Após a Revolução Francesa, houve a separação do casamento em religioso e civil. O primeiro admitido pela igreja, com efeitos meramente religiosos e o segundo recepcionado pelo Estado com normas próprias codificadas pelo direito civil. (BARBOSA, 2006, p.11-15).

O conceito de casamento sofre inúmeras variações. Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p.9) traz a concepção de que

a gênese da família e do casamento, portanto, encontra-se nas relações de vínculo biológico. O conceito primário e comum a todas as acepções, se é que se pode usar tal expressão, está ligado à noção de transmissão de características genéticas, que fazem com que os familiares possuam semelhanças fenotípicas e genotípicas. Assim, teriam “família”, “homens” e outros animais ligados entre si geneticamente.

Compreende-se do entendimento do autor, que, para haver família e casamento basta haver algum tipo de vínculo biológico.

Quando analisado o ponto de vista biológico/reprodutivo, o casamento traz a noção de esteio da existência do grupo étnico. O seu regramento de convivência é norteado pelos interesses sociais em detrimento dos privados. São atingidos, então, os mesmos desejos de reprodução.

Assim, dentro dessa perspectiva, o casamento é tido como a união entre pessoas de

distintos sexos entrelaçadas pela prática de atos reprodutivos. Entretanto, enquanto relação social, é a união entre duas ou mais pessoas com interesse de haverem o estado de casados, reconhecidos por outras organizações sociais.

Na sua conotação como relação jurídica, o casamento se dá quando o Estado reconhece essa qualidade, que é comum as demais pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, atribuindo prerrogativas e obrigações inerentes a cada um que compõe a relação interna, estendendo tais deveres, também, para relações externas. (BARBOSA, 2006, p.24-36).

Carlos Roberto Gonçalves, (2013, p.40), adere ao conceito de José Lamartine Côrrea de Oliveira, que considera o casamento “o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial”.

O casamento, por sua vez, já não é composto necessariamente pela união entre homem e mulher, já que é possível a formação de família através de pessoas de mesmo sexo, ou seja, através das relações homo afetivas, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 2011:

Em decisão inédita, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, proveu recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil. Seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Turma concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.

Extrai-se, dessa interpretação, que o conceito do casamento tornou-se mais amplo, abrangendo, agora, a união entre duas pessoas.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através do provimento 12/2012, publica normas que regulamentam o casamento civil, tornando os efeitos equivalentes para o casamento de pessoas do mesmo sexo, a saber:

O provimento determina que os Tabelionatos de Notas do Estado da Bahia estão autorizados a realizar os procedimentos de escrituras públicas de

inventário e partilha de bens, divórcio consensual, com ou sem partilha de bens, e de restabelecimento da sociedade conjugal, para casais homoafetivos assim como os cartórios de registro civil passam a habilitar o casamento também entre pessoas do mesmo sexo. A decisão das Corregedorias do TJBA garante o direito de igualdade para todos.

Depreende-se, portanto, que o casamento não mais pode ser denominado como a união entre um homem e uma mulher, mas a união entre duas pessoas com o objetivo de constituir família, não havendo necessariamente o desenvolvimento da prole para que haja sua efetivação.

O casamento gera o vínculo conjugal e o vínculo de parentesco por afinidade. O primeiro se perfaz pelo vínculo entre os cônjuges, enquanto que o segundo se dá pela ligação de um dos cônjuges aos parentes do outro. Os parentes colaterais até segundo grau se tornam cunhados. (DIAS, 2011, p.149).

Uma vez excluído o casamento, o parentesco em linha reta, consagrado como sogro, sogra, genro e nora, não se dissolve, sendo motivo de impedimento para casar, conforme dispõe o art. 1.521, I, do Código Civil de 2002. Com o casamento, há alteração do estado civil do indivíduo, passando da condição de solteiro para casado, assumindo, desde então, direitos e deveres recíprocos.

3.1 NATUREZA JURÍDICA

A natureza matrimonial pode ser justificada a partir de uma característica negocial, institucional, mista ou eclética.

Quando se trata da natureza negocial, entende-se o casamento como negócio jurídico decorrente da vontade das partes. Elencando a natureza como institucional, vê-se o casamento como uma situação jurídica com parâmetros estabelecidos por lei e constituído através de regras cogentes, impostas unilateralmente pelo Estado. A natureza eclética ou mista caracteriza-se por elementos tanto contratuais como institucionais. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.194).

É importante mencionar a concepção clássica, que apresenta o casamento como um

contrato que advém da vontade das partes, abrangendo o plano da validade e da eficácia, podendo ser resolvido por um distrato, necessitando para tal, apenas do consentimento dos cônjuges.

Em contraposição, a concepção institucionalista, vê o casamento como um instituto social, no qual todos os seus ditames são rigorosamente estabelecidos em lei, como sua forma, seus efeitos, sua desconstituição, dentre diversos outros aspectos, embora, sua vontade em fazê-lo surgir e deixar de existir depende exclusivamente dos contraentes. Desse modo, Maria Berenice Dias (2011, p.150), diz que

com o casamento, os nubentes aderem a uma estrutura jurídica cogente. Em face do elevado número de regras e imposições, que surgem a partir da sua celebração – por determinação legal e não por livre manifestação do par -, o casamento é considerado por muitos, uma instituição.

Em meio a essas duas concepções, existe a teoria mista ou eclética, que considera o casamento como sendo um ato complexo, marcado por um tipo de contrato, que se distingue do contrato exclusivamente patrimonial. O contrato de casamento para essa teoria é de proveito pessoal e moral, produzindo efeitos imediatos.

3.2 CARACTERÍSTICAS E FINALIDADES DO CASAMENTO

O casamento é ato de livre escolha dos nubentes, apresentando, para tanto, caráter eminentemente personalíssimo.

Seu ato é formal, principiando com o processo de habilitação e publicação dos editais, procede com a cerimônia e efetiva-se com o registro. Ocorrendo a inobservância dos atos, isto ocasionará a inexistência do mesmo.

Mediante a concepção moderna, o casamento já pode ser efetivado entre pessoas do mesmo sexo, não sendo este realizado necessariamente apenas entre um homem e uma mulher. É, sobretudo, um ato puro e simples que não se sujeita a termo ou condição ,não necessariamente, apenas entre um homem e uma mulher.

As normas que dispõem sobre o casamento são, contudo, de ordem pública, e não

pode, em nenhuma hipótese, ser afastada por interesse das partes. Há que se abordar a estrutura monogâmica que envolve o casamento, já que a Lei Civil brasileira, em seu art. 1.512, proíbe o casamento de pessoas que já possuem vínculo matrimonial.

Por fim, tem-se como item caracterizador do casamento a sua dissolubilidade de acordo com a vontade das partes, sendo a separação de fato suficiente para promover sua extinção. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.197).

Nesse sentido, de acordo com o Código Civil de 2002, tem-se o casamento como comunhão plena de vida (CC/ art. 1.511) com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, salientando-se, desde então, o dever de fidelidade recíproco. Lembra-se, por oportuno, que

a doutrina e a legislação contemporâneas inclinavam-se em estabelecer, entre os cônjuges, uma igualdade na colaboração que prestam à família, muito embora reconhecessem a necessidade de existir a soberania de uma das vontades no caso de divergência entre os cônjuges. A unidade e a conservação da família faziam com que se preferisse entregar a chefia ao marido, só se autorizando o recurso ao Poder Judiciário em casos especialíssimos, para evitar que a interferência contínua do juiz na vida familiar viesse a prejudicar o livre desenvolvimento daquela. (WALD, 2013, p.152).

Percebe-se, contudo, que as lembranças ofertadas não condizem mais com a realidade atual hoje existente, pois a participação efetiva da mulher no seio da família é algo crescente, pondo em destaque, a tomada de decisões junto ao marido, tanto no que tange a administração do patrimônio e renda familiar, como a educação dos filhos, e outras situações familiares.

Ainda, fazendo referência à atual Lei Civil, no art.1.514, o dispositivo legal aponta que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

Seguindo o supedâneo legal em seu art. 1.517, encontra-se a capacidade para o casamento, no qual diz que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

Olhando sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento consistia na constituição da família legítima. Hoje, enaltece-se como finalidade do casamento, a comunhão de vida, não se podendo atribuir, para tanto, a procriação, vez que a Constituição Federal de 1988 consagra o direito ao planejamento familiar em seu art. 226, §7º.

Também, não há que se falar em relações sexuais fora do casamento, já que a Carta Magna proíbe a discriminação entre filhos, art. 226, §6. A educação da prole, por sua vez, não constitui finalidade do casamento, pois para educar os filhos não se faz necessário a existência do vínculo matrimonial. Além disso, a atribuição do nome do cônjuge também não compõe como finalidade do casamento, observado que não há obrigatoriedade em acrescentar o patronímico e, podendo-se, a depender da vontade, fazer tal uso, independente de ser casado, havendo apenas uma união estável. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.191-193).

Diz-se, contudo, que um fator que engloba a finalidade do casamento, sobremaneira, é a comunhão do afeto conjugal. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.191-193).

Contudo, a finalidade do casamento pode ser vista sob diversos ângulos, englobando então, a visão sociológica, filosófica, política, religiosa e jurídica. Desse modo, faz-se evidente que o fim principal do matrimônio está voltado para a procriação e educação dos filhos, além da assistência mútua e satisfação sexual, impulsionada pela afeição e amor existente entre o casal, baseando-se também nos direitos e deveres existentes entre os cônjuges. (GONÇALVES, 2013, p.43-46).

Diante de tal exposição, conclui-se que não há um posicionamento único ao que tange a finalidade do casamento, podendo esta ser compreendida na procriação e educação dos filhos, satisfação sexual, como na comunhão de vida. O que faz importante saber é que a família é a base da sociedade. Dentro dela são cultivados valores éticos e morais que regem a conduta do ser humano durante toda sua vida.

3.3 REGIMES DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

No que tange aos regimes de bens entre os cônjuges, o código Civil brasileiro de 2002, os disciplina em: comunhão parcial, em seus arts. 1.658 a 1.666; comunhão universal, nos arts. 1.667 a 1.671; da participação final dos aquestos, conforme arts. 1.672 a 1.686, e o da separação de bens, disposto nos arts. 1.687 e 1.688.

Por conseguinte, entende Maria Helena Diniz (2011a, p.169), que “o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento”.

Já para Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.440), o conceito de regime de bens é

o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

Depreende-se, do conceito do autor, que o tipo de regime é a forma escolhida pelos nubentes para reger os bens, sejam aqueles adquiridos antes do ato matrimonial, como durante, a fim de protegê-los e administrarem conjuntamente. Tal convenção é celebrada através do pacto antenupcial, por escritura pública, todavia, não podem os nubentes estipular cláusulas que venham de encontro às normas de ordem pública ou finalidade do casamento.

O art. 1.640 do Código Civil de 2002 traz, em seu texto legal, que uma vez não se manifestando as partes quanto à opção pelo regime de bens do casamento ou a convenção seja nula ou ineficaz, vigorará o regime de comunhão parcial.

O regime de bens apresenta como um de seus princípios a imutabilidade. Seu objetivo é proteger os próprios cônjuges, assim como os terceiros envolvidos. Todavia, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, § 2º, admite a alteração do regime de bens quando os cônjuges fizerem pedido de forma motivada e obtiverem autorização judicial, através da procedência do pleito e resguardados os direitos de terceiros.

O princípio da variedade de regimes se dá no ordenamento jurídico quando dispõe sobre os quatro tipos, colocando-os à disposição dos nubentes para sua escolha,

conforme o princípio da livre estipulação.

O Código Civil de 2002, através do art. 1.639, diz que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Contudo, há situações em que o regime de bens já é determinado pelo dispositivo legal, tornando este obrigatório, como o de separação de bens, nos casos em que o casal contraia o casamento sem observar as causas de suspensão; quando a pessoa tiver mais de 70 anos de idade e se aquele que vai casar depende de suprimento judicial.

3.3.1 Regime de Comunhão parcial de bens

No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes (CC/ art. 1.658).

Entram, portanto, na comunhão, os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior; os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge e os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (CC/ art. 1.660).

O art. 1.659 do referido diploma legal, traz o rol de exclusão da comunhão, a saber: os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas

semelhantes.

Cabe, contudo salientar que, são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (CC/ art. 1.661).

Quanto aos bens móveis, presumem-se estes no regime de comunhão parcial adquiridos na constância do casamento, quando não se provar que foram em data anterior (CC/ art. 1.662).

É, ainda, pertinente enunciar que os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal. (CC/ art. 1.664).

3.3.2 Regime de Comunhão universal de bens

O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte. (CC/ art. 1.667).

Desse modo, são excluídos da comunhão: bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (CC/ art. 1.668).

Resta esclarecer que a incomunicabilidade desses bens enumerados não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento (CC/ art. 1.669).

Conquanto, extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo dos bens, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro. (CC/ art. 1.671).

3.3.3 Regime de participação final nos aquestos

No regimento em comento, cada cônjuge possui patrimônio próprio, e lhe cabe à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (CC/ art. 1.672).

Cabe, portanto, esclarecer o que integra o patrimônio próprio de cada cônjuge. São os bens que cada um possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. (CC/ art. 1.673).

Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, deverá ser apurado o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogarem; os que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a esses bens.

Presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, salvo prova em contrário. (CC/ art. 1.674). Com relação aos bens imóveis, esses são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro (CC/ art. 1.681).

No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, cada um dos cônjuges terá cota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido (CC/ art. 1.679).

Por fim, cabe mencionar que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro ou a seus herdeiros (CC/ art. 1.686).

3.3.4 Regime de separação de bens

Dentro do regime abordado, os bens permanecerão sob a administração de cada um dos cônjuges, que os poderá alienar ou gravar de ônus rela, de forma livre (CC/ art. 1.687).

Com relação às despesas do casal, ambos são obrigados a contribuir na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no

pacto antenupcial (CC/ art. 1.688).

Uma vez dissolvida a sociedade conjugal, cabe a cada um dos cônjuges o seu patrimônio em separado. Se a dissolução se der pela morte de um deles, caberá ao sobrevivente, de imediato, entregar o que pertencia ao *de cuius* aos seus herdeiros, sendo que a administração de tais bens cabe ao cônjuge supérstite, até que se dê o ato de partilha. (PEREIRA, 2010, p.243)

O regime de separação convencional ou absoluta de bens é “o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais, por não apresentar pontos de comunhão, afastando as controvérsias naturais de uma liquidação de bens comuns”. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.397)

É importante efetuar a distinção entre esse sistema de regime de bens e a separação obrigatória ou legal diplomada através do art. 1.641 do Código Civil de 2002, já que por conta da Súmula 377 do (Supremo Tribunal Federal) STF, haverá comunhão dos aquestos, ou seja, os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, não sendo, desse jeito, uma separação total.

Compreende-se do quanto exposto, que o Regime de Bens, com toda sua regulamentação, é de extrema importância para o casamento, essencialmente por não haver casamento sem o regime de bens e é o que coordena as relações patrimoniais entre os cônjuges e destes com terceiros. O atual Código Civil possibilita a liberdade de escolha, salvo nos casos previstos em lei, ao oferecer aos nubentes quatro modalidades de Regime de Bens, assim, os nubentes decidem o que melhor se adapta às suas necessidades ou interesses, podendo ainda fazer combinações com os regimes, acrescentando cláusulas ao pacto antenupcial, desde que respeitem os princípios norteadores.

4 UNIÃO ESTÁVEL

Antes do Código Civil de 2002, a Lei 8.971/94 trouxe regulamentação no que diz

respeito à união estável. Através de seu art. 1º, define o conceito de ou companheirismo como sendo a união entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que convivam há mais de 05 anos, ou dele tenha prole, enquanto não constituir nova união e desde que prove essa necessidade.

Entretanto, esse conceito, foi alterado pela Lei n. 9.278/96, que através de seu art. 1º, considerava como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem com uma mulher, desde que estabelecidos com o intuito de constituir família.

Nada obstante, de acordo com a regulamentação da referida lei, não era possível haver casamento e união estável ao mesmo tempo, bem como mais de uma união estável simultaneamente. (GONÇALVES, 2013, p.609-610).

O Código Civil de 2002 traz positivava no Livro de Direito de Família, no Título III, a união estável, através dos arts. 1.723 a 1.727.

É, de prontidão, reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher configurada pela convivência pública, contínua e duradoura e constituída com o objetivo de formar família. (CC/ art. 1.723).

Entretanto, este conceito encontra-se ultrapassado e inconstitucional devido ao julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o qual reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. (STF, 2011)

O diploma legal fez referência aos aspectos pessoais e patrimoniais, sendo que os efeitos patrimoniais sucessórios foram disponibilizados no direito das sucessões. Em seu art. 1.724, o dispositivo dentro do campo das relações pessoais, dita como norma que os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, de respeito e de assistência, de guarda, de sustento e de educação dos filhos.

Diante disso, tem-se que a união estável não é mais formada pela união entre um homem e uma mulher, mas, por duas pessoas, não importando, para tal, que sejam pessoas de sexos iguais ou diferentes.

A união estável distingue-se do casamento pela inexistência de formalidades legais,

mas a ela são cabíveis todas as proteções constitucionais garantidas ao cônjuge, sem que haja nenhum tipo de distinção ou discriminação, respeitando-se os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e se, por ventura, o contrário ocorrer, consiste de imediato inconstitucionalidade.

4.1 DA FAMÍLIA DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL (Art. 226, § 3º, CF/88)

A CF/88, art. 226, § 3º, para efeito de proteção do Estado, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Vem, no mesmo sentido, o art. 1.723, do Código Civil de 2002.

Assim, pode-se enfatizar que a união estável possui a mesma proteção que o casamento, pois a família é o esteio da sociedade que merece todo zelo por parte do Estado, embora não sejam institutos idênticos.

Salienta-se, por oportuno, que a Lei n. 9.278/96, em seu art. 1º reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Contudo, a lei referida teve sua vigência cessada após o advento da Lei Civil de 2002. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.508-509).

Isso quer dizer que a atual Legislação Civil foi silente quantos aos dispositivos constantes à mencionada lei.

Desse modo, a união estável se perfaz através do desejo das pessoas viverem juntas sem promover nenhum ato solene, havendo, desde logo, a constituição de família de fato, ou seja, é a evidência do concubinato puro. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.508-509).

Vale por ora ressaltar, que ao integrante da união estável, dá-se o nome de companheiro ou companheira.

Nessa esteira de pensamentos, atualmente, discute-se a possibilidade do reconhecimento da união estável putativa, que nada mais é do que a pessoa que se

encontra no concubinato de boa-fé, ignorado o fato de seu parceiro possuir o matrimônio ou outra relação concomitante, ou seja, aquilo que se denomina de concubinato puro.

Não obstante, não há um posicionamento doutrinário firmado quanto ao assunto, surgindo, então, três correntes, a saber: a primeira corrente tem seu posicionamento voltado para o não reconhecimento de relações paralelas como entidade familiar; a segunda corrente, admite a união estável paralela putativa, quando se faz presente o elemento boa-fé, devendo, então, ser equiparada à entidade familiar. Caso haja a má-fé, deve ser equiparada à sociedade de fato, devendo ser tutelada pelo Direito das Obrigações, quando houver constrição de patrimônio comum para que seja evitado o enriquecimento ilícito; a terceira corrente, por sua vez, reconhece todo tipo de relação através do Direito das Famílias, já que os princípios da dignidade da pessoa humana e pluralidade das famílias devem se sobrepor ao da monogamia. (GOECKS; OLTRAMARI, 2008, p.124-125).

Em decisão recente, e para alguns, de forma correta, ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O posicionamento do Ministro Ayres Britto, foi no sentido de:

[...] dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Da visão acima mencionada, conclui-se que pessoas do mesmo sexo, de acordo com os princípios constitucionais, são iguais perante a lei, não lhes devendo negar o direito de juntos viverem e terem seus direitos legalmente constituídos e resguardados.

Diante de tais evidências, sustenta-se, ainda, que a união entre pessoas do mesmo sexo existe desde os primórdios, e a decisão da Suprema Corte de regulamentar a família homoafetiva, com a produção de efeitos *erga omnes*, foi acertada, já que a Carta Magna tutela a dignidade da pessoa humana, devendo-se respeitar, além

desse, outros princípios como a liberdade de orientação sexual, da igualdade, vedando a discriminação e preconceitos por motivos de sexo, dentre outros, ganhando reforço também de tratados e convenções internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, merecendo como destaque a Organização das Nações Unidas (ONU). (RABELO; VIEGAS; POLI, 2012, p.74-84).

Pode-se, de logo, perceber que os efeitos da decisão se dão para além do exercício da nomenclatura união estável, estendendo-se para o recebimento de pensão, herança, partilha de bens, adoção e mudança de nome, ou seja, produzindo efeitos pessoais, patrimoniais e sucessórios, sendo cabível, também, a conversão dessa união estável em casamento, aplicando-se, para tanto, o dispositivo do Código Civil, art. 1.726. (STRECK; LIMA, 2011, p.103-106).

Isso, para os casais do mesmo sexo, oferece maior segurança jurídica, sobretudo, considerando que a partir de então, lhes é concedido, também, o direito à adoção. (SILVA JUNIOR, 2011, p.124-125).

Diante da esteira de pensamentos, pode-se concluir que, o constituinte pôs a entidade familiar sob a tutela do Estado, sem mencionar qual tipo de família que dispõe de tal proteção.

Frente ao panorama atual, em que diversos países do mundo reconhecem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, vislumbra-se a proximidade de tal fato ser deferido pelo poder judiciário brasileiro, já que há uma notória resistência, não apenas, por parte do legislativo em fazê-lo, como da sociedade em aceitá-lo, uma vez que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático, e que a Constituição Federal invoca a dignidade humana e a cidadania.

4.2 DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Para que a união estável se torne configurada, não existe nenhum ato formal, como ocorre no casamento.

Esta se instaura a partir do momento em que as partes decidem iniciar a convivência e passam a viver como se casados fossem. (GONÇALVES, 2013, p.614).

Os requisitos para a configuração da união estável são determinados como: objetivos (notoriedade, duração prolongada, continuidade, estabilidade inexistência de impedimentos matrimoniais, relação monogâmica) e subjetivos (convivência “*more uxorio*”, *affectio maritalis*: ânimo de constituir família).

A convivência “*more uxorio*” engloba a mútua assistência material, moral e espiritual, interesse da vida em conjunto e afeto. Dentro desse contexto, aparece uma das características mais importantes da união estável, como sendo a coabitação ou vida em comum, mesmo sem referência expressa no art. 1.723 do Código Civil.

Todavia, pode acontecer dos companheiros, por excepcionalidade, não possam conviver sob o mesmo teto, de modo justificável, mas apresentando a *affectio societatis*, a convivência efetiva, mútua assistência e vida social em comum, demonstrando a existência de entidade familiar.

Quanto ao *affectio maritalis*, é indispensável além do afeto, o ânimo de constituir família.

Em relação à diversidade de sexos entendia-se que ela era fundamental para caracterizar a união estável, não sendo mais por conta dos julgados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, pelo STF em 2011, reconhecendo a união estável entre casais homossexuais.

A notoriedade é fator necessário para a configuração da união estável, uma vez que o art. 1.723 da Lei Civil menciona que ela deve ser pública.

Alongamento o estudo em comento, para a configuração união estável deve haver a duração prolongada, não se estabelecendo, portanto, prazo mínimo determinado, mas um prazo implícito a ser analisado diante do caso concreto, não se aplicando para tanto o prazo de 5 anos que fora estabelecido pela Lei n. 8.971/94.

Também, deve-se considerar o elemento continuidade para poder elevar a relação à categoria de união estável, conforme disposto art. 1.723 do Código Civil.

A inexistência de impedimentos matrimoniais é fator essencial para a configuração da união estável, não podendo ocorrer entre ascendentes e descendentes, seja por parentesco natural ou civil, entre afins em linha reta, entre irmãos, colaterais até o terceiro grau e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

É imprescindível, também, a relação monogâmica, ou seja, não pode haver união estável entre pessoas casadas, não separadas de fato, nem entre aquelas que convivem com companheiro.

Admite-se, porém, a existência de uniões estáveis sucessíveis, o que quer dizer, que são convivências distintas em períodos distintos. Pode acontecer, também, a união estável putativa, em que um dos companheiros está de boa-fé e no desconhecimento de que o outro está na condição de casado ou mantém outra união estável. (GONÇALVES, 2013, p.615-628).

Por fim, pode-se dizer que, com a mesma facilidade em que se inicia, a união estável pode findar-se, havendo apenas a extinção do convívio sem nenhuma interferência da esfera judicial, sem sanções ou aplicação de culpa. O que torna difícil, entretanto, é constituir a prova de seu início quando esta se torna indispensável.

4.3 DOS IMPEDIMENTOS

Existem elementos que devem ser observados para que a união estável seja validada, como as causas impeditivas apresentadas no art. 1.521, da Lei Civil, excepcionando-se o inciso VI.

Assim, é proibida a união estável sob a mesma ótica do óbice legal referente ao casamento. Contudo, se mesmo assim ela persiste, não há que se dizer que ela não existe e não se podem ignorar seus efeitos. (DIAS, 2011, p.176).

Com referência as causas suspensivas, estas não constituem nenhum óbice para a formação da união estável.

Por conseguinte, é preciso lembrar que para a configuração da união estável não há nenhum condicionante. Ela desponta através do vínculo afetivo e se constitui a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, sendo reconhecida e aceita pela sociedade. Não há qualquer interferência estatal para sua formação, sendo incabível tentar impor restrições ou impedimentos. É verdade que, as provas da existência da união estável são circunstanciais e dependem de testemunhas que conheçam o relacionamento ou de documentos que tragam indícios de sua vigência.

4.4. DIREITOS E DEVERES DOS COMPANHEIROS

Cotejando deveres atribuídos à união estável, vê-se uma clara relação com o casamento.

Observa-se que aos companheiros são estabelecidos os deveres de lealdade, respeito, assistência mútua, e de guarda, sustento e educação dos filhos (CC/ 1.724), enquanto que no casamento são impostos os deveres de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento e guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos (CC/ 1.566).

Entende-se, então, que a vida sob o mesmo teto não é elemento para que a união estável se concretize. (DIAS, 2011, p.177).

É importante ressaltar que tanto a lealdade, quanto o respeito e assistência são direitos e deveres recíprocos. Sobre a lealdade, esta é gênero da qual a fidelidade é espécie. (GONÇALVES, 2013, p.628).

Seguindo essa linha de pensamentos, compreendem-se como direitos dos companheiros, aqueles relacionados à natureza pessoal (lealdade, respeito e assistência) e à natureza patrimonial, como as consequências econômicas da união estável, o regime de bens e meação, o contrato de convivência e seus efeitos, dentre outros.

Coloca-se, todavia, como direito fundamental de plano material, os alimentos, a

meação e a herança. (GONÇALVES, 2013, p.630).

Cumprir enfatizar, que respeito e consideração são fatores indispensáveis em qualquer tipo de relação para que ela se efetue de modo saudável e harmonioso, propiciando uma vida longa e produzindo os feitos desejáveis a todos envolvidos que, sem dúvida, é de ter uma vida afetiva e feliz, não cabendo tão somente ao casamento, sendo, inclusive fatores que nem precisariam ser mencionados dentro de uma legislação.

4.5 REGIME DE BENS

O regime de bens, na união estável, a ser seguido pelos conviventes, assim como no casamento, vai dispor sobre a comunicação do patrimônio durante a relação, bem como no término dela, no caso de dissolução do vínculo pela separação ou pela morte de um dos parceiros. Desse modo, há influência na partilha e na sucessão dos bens.

O direito de meação entre os companheiros, em nosso ordenamento jurídico, foi reconhecido através das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Desta forma, criou-se uma presunção de colaboração na constituição do patrimônio dos companheiros, havendo, para tanto, o esforço comum entre eles. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.560).

O regime de bens estabelecido, salvo contrato escrito entre os companheiros é o regime da comunhão parcial de bens, (CC/ 1.725). Nesse sentido, todos os bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável, pertencem a ambos os companheiros não sendo necessária comprovação do esforço comum.

Sobre esse prisma, forma-se um condomínio e uma composses entre os companheiros de todos os bens adquiridos de forma onerosa ou eventual. Em caso de dissolução, deve ser feita a partilha observando as normas que regem o instituto. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.560).

A jurisprudência vem entendendo que o FGTS, bem como as verbas de indenização

trabalhistas, integra a comunhão de bens, desde que não haja nenhuma disposição contratual em sentido antagônico. Já com relação aos direitos autorais, estes não se incluem na comunhão, se não houver pacto em sentido contrário. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.562).

A administração do patrimônio comum pertence a qualquer um dos companheiros, ao contrário do que se refere aos bens particulares.

É oportuno esclarecer que na união estável não há necessidade da outorga do companheiro para os casos de alienação ou oneração de bens imóveis, assim como para fiança e aval.

Além disso, cumpre salientar que as regras atinentes a Lei Civil incidem para as aquisições feitas após sua vigência, ficando os bens adquiridos antes vinculados ao regime legal prevalecente. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.565-566).

Diante disso, conclui-se que, frente à inércia dos nubentes quanto a um pacto escrito estabelecendo um regime de bens, aplica-se de forma automática o regime de comunhão parcial, no qual os companheiros terão o direito à meação e à herança quanto aos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável.

É também através da escritura pública que deverá constar os demais aspectos que o casal julgue importantes, sobretudo pensão alimentícia, guarda e visitação de filhos, partilha do patrimônio etc., da maneira que lhes for mais conveniente, desde que não contrarie os mandamentos legais.

4.6 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) dispõe em seu art. 226, § 3º, que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento.

O Código Civil de 2002 estabelece através do art. 1.726, que a união estável poderá se converter em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Existe, entretanto, uma disparidade entre a Lei Civil e a Constituição, já que esta diz que deve haver facilitação da conversão e, o Código, por sua vez, a dificulta impondo requerimento dirigido ao juiz, demanda, assim, presença de advogado, custas processuais e honorários advocatícios.

Desse modo, pode-se afirmar que o casamento é mais fácil do que a união estável, pois este exige os procedimentos da habilitação frente ao Cartório de Registro Civil, não sendo necessário para tanto, advogado. (DIAS, 2011, p.188-189).

A Lei n. 9.278/96 dispõe que os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. A crítica que se faz à lei é que ela não explica o procedimento a ser seguido. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.582-583).

Cabe, antes de tudo, salientar que a presença do Ministério Público, atuando na forma de *custos legis*, é imprescindível para fazer a conversão da união estável em casamento, sob pena de acarretar nulidade absoluta do processo, conforme dissertam os arts. 84 e 246 do Código de Processo Civil (CPC).

Além disso, exige-se a comprovação de inexistência de impedimentos matrimoniais, (CC/ 1.521). Todavia, não é indispensável a cerimônia de celebração do casamento, pois já foi demonstrada a vontade das partes, sendo fundamental, para tanto, que o pedido de conversão seja elaborado por ambos os companheiros, não podendo ser feito de modo unilateral.

Nesse sentido, a transformação produzirá seus efeitos desde o início da convivência, contudo, com relação aos efeitos patrimoniais, estes são *ex nunc*, não retroagindo. Os efeitos serão retro-operantes, apenas, se o regime de bens adotado for o da comunhão universal. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.583-585).

Diante das informações, compreende-se que o Novo Código Civil não estabelece um prazo mínimo de duração de convivência para que seja considerada união estável. Ademais, não é necessário que as pessoas morem juntos. Assim, havendo o desejo de converter a união estável em casamento, os requerentes devem se dirigir ao

cartório de Registro Civil do seu domicílio e dar entrada nos papéis de casamento.

Da mesma forma que o casamento convencional, os noivos, sejam eles, brasileiros ou estrangeiros, podem optar pelo regime de bens e alterar o nome.

É necessário, contudo, levar os documentos habituais e duas testemunhas para dar entrada ao processo de habilitação. A diferença existente da conversão para o casamento é a inexistência da Celebração, isto é, não há a presença do Juiz de paz para realizar a cerimônia. Passando-se o prazo de 16 dias, os noivos poderão retirar a certidão de casamento civil no respectivo Cartório.

O casamento começa, então, a ter efeito nessa data.

4.7 CONCUBINATO

O concubinato caracterizou-se durante determinado período na história pela união livre entre o homem e a mulher, ou seja, aquela que aparenta com o casamento, mas não vem dele.

Esta denominação também é dada para aquelas pessoas que possuem vida em comum através do casamento religioso, sem haver realizado o casamento civil, as que casam no exterior e não regularizam a situação matrimonial no Brasil, e as que possuem casamento nulo e permanecem vivendo juntos. (GONÇALVES, 2013, p.605-606).

Como até 1977 não existia divórcio, havendo apenas o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento, isso facilitava o que fora denominado de concubinato.

O atual Código Civil conceitua o concubinato como “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. (CC/ art. 1.727).

Sabe-se, contudo, que vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram, todavia, o Código Civil de 1916 visando dar proteção ao instituto do casamento não

regulamentou as relações extraconjugais. No referido dispositivo legal, não eram admitidas as doações em favor da concubina, assim como, nenhum tipo de benefício testamentário do homem casado para com a concubina ou benefício de seguro de vida, igualmente como ocorre no atual Código Civil. (GONÇALVES, 2013, p.606)

Entretanto, atualmente, alguns direitos começam a ser designados à concubina, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum durante a relação, segundo a legislação previdenciária.

Nota-se, para tanto, que não há uma forma estabelecida para fazer constar o concubinato, sendo necessária, apenas, a vontade dos conviventes para dar seu início ou fim. Para que reste demonstrada a sua efetivação, pode-se fazer, por exemplo, através da data no contrato de convivência. (JORGE JUNIOR, 2008, p.93).

No concubinato não há imposição de cumprimento de deveres, podendo ser interrompido a qualquer momento, independente do tempo de duração, sem que haja obrigação de indenização ao concubino abandonado.

Existe, entretanto, uma proteção aplicada ao concubinato, que é a indenização pela prestação de serviços, uma vez reconhecido o relacionamento através de um tempo razoável para caracterizá-lo, bem como a evidência do auxílio e dedicação para tal constituição, sobretudo através da prestação dos serviços domésticos. (JORGE JUNIOR, 2008, p.97-98).

É importante fazer menção ao que em determinado período da história foi chamado de concubinato puro e impuro. O primeiro era caracterizado pelas pessoas que podiam casar e assim não o fazia. Já o segundo correspondia àqueles que não podiam se unir pelo vínculo matrimonial. Hoje, a união estável está no plano do concubinato puro, sendo efetivamente, o concubinato aquele denotado como impuro. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.521).

Faz-se necessário registrar que com o advento da Constituição Federal, alargou-se o conceito de família, sendo a palavra concubinato substituída pela expressão união estável. Não obstante, ao invés de cair em desuso, a expressão concubinato abraçou alguns adjetivos, tais como: adúltero, impuro, de má-fé, passando a significar as

relações paralelas simultâneas.

É oportuno dizer que, se o componente do concubinato não tem ciência de que seu parceiro está sob a condição de casado ou em outra relação concomitante, ou seja, age de boa-fé, tem-se para ele uma forma de concubinato puro. Já para aquele que atua através da má-fé, há uma configuração de concubinato impuro. Desse modo, cabe esclarecer que à este segundo tipo de concubinato, não existe proteção quanto do Direito de das Famílias. (GOECKS; OLTRAMARI, 2008, p.124).

Assim, diante da conotação dada ao concubinato impuro, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.727, explicita que a pessoa nesse estado não pode receber alimentos, herdar, nem ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum. Terá, somente em seu prol, a sociedade de fato e a indenização por serviços domésticos prestados.

Vê-se que a expressão concubinato retomada pelo Código Civil atual, por meio do art. 1.727, e não mencionada pela Carta Magna é inadequada, pois é permitido o reconhecimento da união entre pessoas separadas de fato ou separadas judicialmente, e em ambas as situações, há o impedimento de casar. Dito isso, não existe, de fato, uma relação de concubinato, ou seja, duas relações ocorrendo ao mesmo tempo, de modo inapropriado e ilegal.

Foi por causa desta expressão usada pela Lei Civil, que a doutrina percebeu a necessidade de moldar uma divisão do concubinato em puro e impuro. Assim, de modo correto, pode-se esclarecer o que venha a ser a união estável e o que realmente é o concubinato.

5 DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito das Sucessões é disciplinado pela seleção de normas que instruem a transferência do patrimônio ativo e passivo, ou seja, créditos e débitos do autor da herança, após sua morte, em virtude de lei ou testamento.

Sua regulamentação está disposta no Código Civil de 2002, entre os arts. 1.784 a 2.027. Na Constituição Federal de 1988, o direito de herança está assegurado no art. 5º, XXX.

A sucessão é uma sequência de fatos e fenômenos jurídicos. Esta pode se dar, segundo o pensamento de Cláudia de Almeida Nogueira (2009. p.1), “por ato entre vivos ou em decorrência da morte de uma pessoa. Esta última é o objeto do direito sucessório”. Já, para Clivis Beviláqua (2000, p.52), é:

o Direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e quem o recebe se diz herdeiro.

A sucessão implica na passagem da titularidade de direitos em razão da morte de determinado sujeito.

Conforme a interpretação jurídica, a sucessão é a capacidade de um indivíduo se colocar na posição de uma dada relação jurídica que vem de outro ser, ou seja, é a transferência de direitos de determinado sujeito para outro a título universal (que recolhe a totalidade dos bens da herança ou fração aritmética da universalidade) ou singular (quando é deixada para alguém uma coisa ou quantia certa, o que se chama de legado). (PEREIRA, 2013, p.1-2)

É preciso fazer a transferência do patrimônio aos herdeiros para que ele não fique sem dono, aplicando-se, para tanto, o princípio da *saisine*, conforme dispõe o art. 1.784 do Código Civil.

Nesse sentido, tem-se que a ligação direta e imediata que existe entre o direito da pessoa titular, que realiza a transferência, e o da pessoa a quem esta é feita, permite que o direito continue o mesmo, embora haja a alteração de sujeitos. (BEVILÁQUA, 2000, p.55)

O Direito das Sucessões disciplina os efeitos da morte de uma pessoa natural, no que tange ao direito privado, não abraçando, desse modo, a pessoa jurídica quando de sua extinção. (GOMES, 2012, p.1-2)

Todavia, para a compreensão da disciplina, faz-se indispensável o conhecimento de

outras partes do direito civil, como o direito de família, direitos reais, direitos obrigacionais, aquisição de propriedade, negócio jurídico, dentre outros, o que não retira o seu caráter de autonomia, visto que encerra princípios e figuras próprias.

Sua divisão é feita em quatro partes: sucessão legítima, sucessão testamentária e inventário e partilha. (GOMES, 2012, p.1-2)

A sucessão, no entanto, é uma terminologia que tem sua compreensão tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Quando o indivíduo ocupa o lugar do outro na titularidade dos bens, isto reverencia a sucessão em sentido amplo.

A sucessão em sentido estrito traz em seu bojo temas voltados para o direito das sucessões, conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.19-20), afirmando que:

o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores.

Do posicionamento citado, compreende-se que a sucessão em sentido estrito é a regulação do patrimônio que foi destinado a outrem através da morte do autor da herança.

A sucessão é complexa por sua natureza. Com exceção da alteração do sujeito, os demais elementos continuam na relação jurídica sem sofrer nenhum tipo de alteração, quais sejam: o título, conteúdo e o objeto.

A expressão sucessão é empregada tanto no sentido de herdar, agregando-se desde então o conjunto de bens, encargos, direitos e obrigações que constituem o acervo patrimonial do falecido, quanto no sentido do direito de suceder, quer dizer, receber os bens da herança. Essa transferência, por sua vez, é feita de modo definitivo.

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Primeiramente, não se falava em sucessão *causa mortis*, pois o falecimento de um sujeito não alterava o status jurídico dos bens, pertencendo, estes, não ao indivíduo,

mas ao grupo.

Foi de acordo com o caráter *familiae*, que surgiu a ideia de continuação do novo chefe de família, com relação aos bens deixados pelo *de cuius*. A sucessão passa, então, a ganhar formatação com a propriedade individual, entrelaçada aos fundamentos dos cultos religiosos, onde o falecido teria que ter uma pessoa para dar continuidade aos mesmos. Assim, a transferência patrimonial envolvia condições de chefia e de autoridade. (PEREIRA, 2013, p.4-5)

No Direito Romano era concedido ao *pater familias* liberdade absoluta para dispor de seus bens até depois da morte, todavia, se houvesse o falecimento sem testamento, a sucessão se devolvia a três classes, na seguinte ordem:

- a) *sui* (filhos, mulher e outros parentes do falecido);
- b) *agnati* (pessoas sujeitas ao mesmo pátrio poder);
- c) *gentiles* (membros da mesma *gens*).

Este sistema, entretanto, foi substituído pelo direito pretoriano que adotava quatro ordens de sucessíveis:

- a) *liberi* (compreendia os *sui*);
- b) *legitimi* (englobava os *agnati*);
- c) *cognati* (abraçando todos os parentes até o sexto grau) e cônjuge sobrevivente (marido ou mulher).

Embora fosse feita inclusão dos parentes cognados, foi apenas no Direito *Justinianeu*, que a sucessão legítima passou a se fundar verdadeiramente no parentesco natural, oferecendo a ordem seguinte: descendentes; ascendentes, juntamente com irmãos bilaterais; irmãos consanguíneos ou uterinos; outros parentes colaterais. (GOMES, 2012, p.3-4)

Durante séculos, quem dispunha do poder de herdar era apenas o primogênito, o varão, havendo completa exclusão da mulher, pois esta, ao se casar novamente, passava a pertencer e a respeitar aos deuses de sua nova família. Isso só foi banido com a Revolução Francesa.

Constava-se, em Roma, que o direito sucessório era materializado no testamento; já na Grécia, trabalhou-se com a ideia da legítima, havendo um direcionamento patrimonial feito pela lei. A França, por sua vez, estabeleceu o *droit de saisine*, onde a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do autor da herança, sendo introduzido também ao direito português. (GONÇALVES, 2012, p.22)

Alinhar o direito de família ao direito de propriedade é uma forma de justificar o direito das sucessões. Nesse sentido, a transmissão *causa mortis* não estaria, simplesmente, na continuação do patrimônio, na manutenção dos bens de família, dentre outros aspectos, mas na proteção, unidade e perpetuidade da família. (HIRONAKA, 2007, p.5)

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5, XXX, inclui o direito de herança entre as garantias fundamentais, assegurando, sobretudo, a paridade de direitos, inclusive os sucessórios entre todos os filhos, conforme ressalta o art. 227, § 6º da referida Lei Maior.

A Lei n. 8.971/94, art. 2º, III¹, tratou do direito das sucessões entre os companheiros, sendo em favor daquele sobrevivente, na totalidade de sua herança, caso faltem os descendentes e ascendentes. Logo em seguida, a Lei n. 9.278/96, através do art. 7º, Parágrafo único², fixou, também com relação aos companheiros, regulamentando, assim, o art. 226, § 3º da CF/88, o direito real de habitação sobre o imóvel que se destina à residência da família, enquanto o companheiro viver e não constituir nova união estável ou casamento.

Na sequência de valores, o legislador privilegiou aquele que está ao lado do falecido, e, de certo modo, faz isso sem questionar se este que sobreviveu contribuiu ou não para aquisição dos bens dispostos na sucessão. (HIRONAKA, 2007, p.5)

Finalmente, o novo Código Civil trouxe como grande inovação a inserção do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes, mas se

¹ Lei n. 8.971/94, art. 2º, III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

² Lei n. 9.278/96, art. 7º, Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

esqueceu de incluir o companheiro, o que foi considerado um ato falho. Isso será discutido com clamor no capítulo seguinte.

5.2 ABERTURA DA SUCESSÃO

A Abertura da Sucessão se dá no momento em que se faz a constatação da morte comprovada do *de cuius*. De acordo com o princípio básico do Direito das Sucessões, *Droit de Saisine*, isto é, direito de posse imediata, transmite-se de forma automática e imediata, o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários do falecido, sem haver nenhum tipo de interrupção, mesmo que os herdeiros desconsiderem o fato (art. 1.784 CC).

Dá-se a abertura da sucessão com a morte do autor da herança, não havendo confusão com a sua causa. Este é o ponto de partida do Direito Sucessório. (GOMES, 2012, p.14)

O termo abertura da sucessão aborda o instante em que emergem os direitos sucessórios, sem mencionar, no entanto, os titulares desse direito. A garantia dos direitos sucessórios é elucidada pela devolução ou delação, que representam o mesmo fenômeno visto sob o parâmetro da sucessibilidade. (HIRONAKA, 2007, p.7)

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, (2007, p.6), “a morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é consequente, é efeito da morte”. Assim, por determinação da lei ocorre coincidência dos termos cronológicos, onde o falecido depositou esforços em seus herdeiros no domínio e posse de seu patrimônio. (HIRONAKA, 2007, p.6)

Para que ocorra a transmissão dos bens deixados pelo morto aos seus herdeiros, não se faz necessário a prática de nenhum ato. No entanto, deve-se proceder a um inventário para verificar o que foi deixado e o que foi transmitido.

No instante em que é cessada a personalidade jurídica, é dela, destacado, todo seu patrimônio, devendo passar à propriedade de outro que tenha qualidade para ocupar

o lugar vago. (BEVILÁQUA, 2000, p.58-59)

Assim, com a morte, os bens do autor da herança são passados aos seus sucessores vivos, naquele exato momento, não importando, para tanto, que estes estejam presentes e independente de qualquer ato. (PEREIRA, 2013, p. 14)

Todavia, para que haja a transferência do patrimônio de uma pessoa para outra, é indispensável que ocorra a morte natural do *de cuius*, vez que, o direito civil não permite a sucessão de pessoa viva. (BEVILÁQUA, 2000, p.59)

De acordo com o Pacto de Corvina ou Pacto Sucessório, é proibida no Direito brasileiro, segundo o art. 426, do Código Civil, que seja objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Desse modo, o Código Civil disciplina em seu art. 1784, que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. A lei não traz em seu novo texto a menção do “domínio e da posse da herança”, conforme asseverava o antigo Código Civil de 1916. Entretanto, continua sendo o conceito aplicado ao princípio *droit de saisine*. (GONÇALVES, 2012, p.32)

O princípio referido exala alguns efeitos, dentre os quais: 1) existe a alteração do sujeito em relação ao domínio do patrimônio, não alterando, todavia, os direitos; 2) é a sucessão que garante a posse e a propriedade dos bens e não o conhecimento ou proximidade; 3) o herdeiro possui *legitimidade ad causam* para continuar ou ir de encontro com ações que causem prejuízo à sua posse, mesmo que ele tenha apenas uma fração da herança, podendo, assim defender o todo do acervo, salvo, se os bens de cada quinhão forem estabelecidos por meio de testamento, sendo, então, a defesa executada pelo herdeiro com relação ao bem que lhe foi atribuído; 4) em caso de falecimento do herdeiro, mesmo que não tenha ocorrido a aceitação da herança, esta, transmite-se aos seus sucessores vivos; 5) a herança pode ser transmitida *inter vivos*, seja a mesma feita de modo gratuito ou oneroso. (PEREIRA, 2013, p. 16-17)

É fundamental definir quais são os direitos transferidos com a abertura da sucessão. Se apenas aqueles de cunho patrimonial, ou também, os direitos inerentes à personalidade.

Quanto aos direitos patrimoniais, não resta de quais são esses direitos, mas quando se direciona para a questão dos direitos de personalidade, por exemplo, o direito à imagem que apresenta como principal característica a sua não transmissão, por exemplo, abre-se uma interrogação. Nada obstante, quem morre não deixa de merecer proteção à sua honra, uma vez que, as lembranças permanecem vivas em na memória dos parentes e dos próximos. Partindo-se desse ponto, não existem motivos para impedir que os herdeiros defendam a imagem daquele que faleceu para que não haja nenhuma mácula.

Além disso, a imagem de pessoa famosa lança efeitos econômicos mesmo após sua morte, motivo pelo qual os sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, por dano moral ou por dano material.

Frente ao exposto, acredita-se que a transferência do acervo compreende os aspectos patrimoniais e não patrimoniais.

A morte, por sua vez, devido à importância da determinação do exato momento da abertura da sucessão, deve ser provada por modo a se afastarem dúvidas quanto a sua ocorrência.

A provação da morte deve ser feita tanto no plano biológico, através dos meios utilizados pela Medicina Legal, quanto pela certidão de óbito no plano jurídico. (PEREIRA, 2013, p.13)

Há situações, em que não é possível provar a morte real através do atestado de óbito, quando, por exemplo, o corpo não é encontrado, devido a uma catástrofe, inundação, incêndio, terremoto etc. Para esses tipos de casos relatados, a Lei de Registros Públicos, n. 6.015/73, prevê o processo de justificação.

Entretanto, o Código Civil de 2002, em seu art. 7º, I e II, traz hipóteses de que pode ser declarada a morte presumida, sem a decretação de ausência, ou seja, se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida e se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. (GONÇALVES, 2012, p.34)

Como não há que se falar em herança de pessoa viva, mas apenas a expectativa.

Entretanto, a lei (CC/ art. 6), em caráter excepcional, reconhece a sucessão nos bens do ausente, sendo esta feita de modo provisório e posteriormente definitivo. Entretanto, essa sucessão não é considerada uma sucessão *mortis causa*, e os bens do ausente não são tidos como herança. Assim, os herdeiros são chamados para tocar os bens do ausente como se *de cujus* fosse.

O registro do óbito deve conter informações importantes como o dia, a hora e o lugar do ocorrido, pois podem acontecer de morrerem ao mesmo tempo pessoas que reciprocamente são sucessoras umas das outras, o que se chama de comoriência, não importando, para tanto, que as mortes aconteçam em locais diferentes, mas exatamente no mesmo instante.

Entretanto, a presunção de comoriência não é absoluta, podendo ser desfeita conforme prova em contrário seja de forma escrita, por testemunhas idôneas (aqueles que sobreviveram ao desastre, foram espectadoras dele, ou atuaram para socorrer as vítimas) ou presunções que terão sua veracidade determinadas pelo juiz, para então, gerar seu convencimento. (COLTRO, 2007, p.31)

Na morte simultânea, não tendo havido tempo hábil para a transferência dos bens entre os comorientes, não haverá herança de um por parte do outro, sendo a transmissão feita àquele que herdaria de cada qual. (GONÇALVES, 2012, p.36-37)

Faz-se importante determinar o momento da abertura da sucessão porque esta é regida pela lei vigente neste período, e porque o valor que deve ser atribuído aos bens, também, é o do momento da morte do autor da herança.

A abertura da sucessão é dada no último domicílio do *de cujus* (CC/ art. 1.785). Tal importância é devida, vez que, por meio dela, é determinada a competência para processar o inventário do patrimônio deixado pelo falecido, como também, o foro das ações dos co-herdeiros, legatários, credores que dizem respeito às heranças e ao legado.

Utiliza-se a competência do Juiz do último domicílio do falecido para haver a boa administração da justiça, embora, em determinadas situações bens móveis e imóveis se encontrem situados em outros lugares. Contudo, é um meio de entrelaçar, como

um todo, os diversos elementos da sucessão. (BEVILÁQUA, 2000, p.62)

Quando houver elemento estrangeiro na situação sucessória, a questão é atribuída a jurisdição competente a tomar conhecimento do inventário e proceder a partilha dos bens. Desse modo, faz-se importante conhecer alguns aspectos, tais como: a nacionalidade do autor da herança e potenciais herdeiros, o domicílio, a situação de bens no estrangeiro, ou no local onde ocorreu o óbito, para verificar qual foro e qual lei competente deve reger a problemática. (HIRONAKA, 2007, p.11)

Caso o falecido deixar testamento elaborado no estrangeiro, haverá, nesse caso, a aplicação da lei estrangeira, onde o juiz fará aplicação da lei do local da elaboração do instrumento, apurando sua validade formal. (HIRONAKA, 2007, p.13)

Diante do exposto, compreende-se que a transmissão da herança é feita de modo imediato ao falecimento do autor da herança, de modo que os herdeiros não respondem por encargos superiores à força da herança. Isso quer dizer que o herdeiro não arcará, através de seu patrimônio, com dívidas deixadas pelo morto, mas, tão somente, com aquilo que o patrimônio transmitido for suficiente.

5.3 LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER

A legitimação para suceder é a capacidade que a pessoa tem de receber a herança deixada pelo *de cuius*, não se confundindo, portanto, com a capacidade civil.

Nesse sentido, faz-se importante perceber que o sujeito pode ser incapaz para exercer atos da vida civil, mas plenamente habilitado para suceder e vice-versa. O indigno (pessoa excluída da sucessão), por exemplo, tem capacidade civil, mas não possui legitimação para suceder. (PEREIRA, 2013, p.24)

A verificação da pessoa indicada para suceder ao falecido é realizada na abertura da sucessão.

Nesse tocante, por exemplo, é importante saber se o herdeiro legítimo não é pré-morto ao *de cuius*, situação em que a sucessão é feita de modo diverso àquela,

em que, caso o sucessor tivesse vindo à óbito instantes depois. (CAHALI, 2007, p.21-22)

De acordo com o Código Civil de 2002, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (CC/ art. 1.798).

Faz-se entender do referido dispositivo legal, que apenas as pessoas já nascidas podem suceder. Exclui-se desse rol os animais, as coisas inanimadas e entidades místicas.

A exceção que abraça a regra geral de que a legitimação para suceder será conferida as pessoas já nascidas à época da abertura da sucessão é o caso do nascituro (ser concebido que se encontra no ventre materno), desde que haja o nascimento com vida. Assim acontecendo, todos os seus interesses retroagirão ao momento da concepção. Se houver o nascimento com morte, não há que se falar em transmissão e recebimento de herança, sendo, então, a quota hereditária devolvida ao *monte mort*. (GONÇALVES, 2012, p.68-70)

Os embriões excedentários havidos a qualquer tempo, decorrentes de concepção artificial homóloga, também são considerados concebidos. A problemática que envolve o assunto ocorre quando há possibilidade de inseminação após a morte do doador do material embrionário.

Estando ele em vida, para haver a inseminação é necessária sua autorização, sendo que esta não se perfaz válida após sua morte, a não ser que venha constar em testamento. Todavia, a atribuição de herança ao embrião inseminado após a morte do doador depende de regulamentação através de lei complementar (GOMES, 2012, p.30)

Portanto, podem ser beneficiadas as pessoas naturais e as jurídicas de direito público ou privado, ou seja, todas as pessoas têm legitimidade para suceder, exceto quando a lei as afasta.

Todavia, é imprescindível que no momento da abertura da sucessão, a pessoa a que se beneficiaria desta, esteja viva, pois a herança não se transmite ao nada. (GONÇALVES, 2012, p.68-70)

Na sucessão testamentária, ou seja, por disposição de última vontade (CC/ art. 1.799), podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador (referência à prole eventual do anterior código), desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Essa transmissão é condicional, subordinando a herança a evento futuro e incerto; as pessoas jurídicas; as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Faz-se necessária a existência da pessoa jurídica ao tempo da abertura da sucessão, salvo o caso da fundação. (GONÇALVES, 2012, p.71-79)

Com relação aos filhos ainda não concebidos, o curador tem como obrigação prestar contas de todas as suas atribuições pelo período máximo de dois anos contados da abertura da sucessão. Se, nesse período, o herdeiro esperado não for conhecido, os bens a ele reservados, serão destinados à legítima, a não ser que o testador tenha fixado substituição de herdeiro ou legatário.

Por último, são legitimados a receber a herança os filhos do concubino, quando também forem filhos do testador que, na realidade, são herdeiros legítimos. (CAHALI, 2007, p.26)

Diante do que foi exposto, conclui-se que a legitimação sucessória baseia-se na inclinação ou qualidade atribuída às pessoas, físicas e jurídicas, designadas em lei ou em testamento para receber a herança ou legado à elas destinado. Desse modo, são legitimados a suceder os nascidos até a abertura da sucessão; os nascituros; prole eventual; pessoas jurídicas e as fundações.

Assim, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido, conforme a orientação do art. 1.597 da atual Lei Civil Maior.

5.3.1 Indignidade

A indignidade é a supressão do direito, imposta por lei, a quem executou atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando, ou seja, o legislador aplica uma sanção que consistente na perda da herança, aplicável ao sucessor legítimo ou testamentário que houver praticado atos de ingratidão contra o falecido.

São consideradas pessoas indignas a suceder (CC/ art. 1.814) aquelas que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes. Nesse ponto, é notória a ingratidão, pois o herdeiro vai privar o hereditando do direito à vida. O fundamento moral da exclusão é, por si só, explicativa, não importando a motivação do crime. Da mesma forma, de nada interessa o modo de participação do herdeiro no crime, seja como coautor, seja como partícipe, pois qualquer forma é suficiente para comprometê-lo.

Aplica-se a indignidade também para aqueles que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.

Do mesmo modo aquelas pessoas que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A indignidade resulta na exclusão do herdeiro na sucessão. A pessoa passa a ser considerada como se morta fosse, desse modo, na sucessão legítima, haverá o direito de representação, onde seus descendentes são chamados a lhe suceder. Na sucessão testamentária, o substituto irá se apresentar em seu lugar, caso não haja substituto, o seu quinhão vai para os outros herdeiros. (GOMES, 2012, p.35)

Uma vez excluído da sucessão, o indigno não tem direito ao usufruto nem a administração dos bens.

A declaração da indignidade deve ser feita por sentença judicial de caráter

declaratório, pelo interessado em obter tal declaração dentro do prazo de quatro anos, contados da abertura da sucessão. Entretanto, os fatos determinantes da indignidade devem acontecer antes da morte do autor da herança, admitindo-se, portando, fatos posteriores, como exemplo a ofensa à memória do falecido. (GOMES, 2012, p.36-37)

A legislação, ao assentir o afastamento do indigno, faz um juízo de reprovação em razão da seriedade dos atos praticados.

A exclusão do herdeiro é feita por ação ordinária (CC/ art. 1.815), através de sentença proferida, já que se trata de matéria de alta indagação. Em regra, a propositura da ação se dá contra o herdeiro que praticou o ato passível de tal exclusão, por quem tenha interesse legítimo na sucessão. (DINIZ, 2011b, p.69)

A indignidade pressupõe capacidade para suceder e se estabelece em causas pessoais do indigno, desse modo, ele adquire a herança e a mantém até que transite em julgado a sentença que o exclui da sucessão.

Enquanto pendente a ação, o herdeiro poderá ficar na posse dos bens da herança. Mas, quando do passe em julgado, sendo a ação procedente, a sentença produzirá efeito retro-operante à data da abertura da sucessão. Assim, o herdeiro será excluído e considerado como se nunca tivesse existido, havendo de restituir os frutos e rendimentos percebidos, conforme o parágrafo único do art. 1.817 da Lei Civil. (PEREIRA, 2013, p.36)

A lei estabelece que é necessário haver a prova do fato, sendo esta, ônus de quem acusa. Não é satisfatória a alegação dos fatos no processo de inventário, sendo indispensável ação própria, conforme já dito e o pronunciamento do juiz. (CATEB, 2012, p.94-95)

O fato de haver extinção da pena no juízo criminal não impede o afastamento por indignidade. No entanto, na hipótese de crime preterintencional e de *aberratio ictus*, em que não existe a intenção de matar, motivo pelo qual não deve o herdeiro ser excetuado. O mesmo é aplicado nos casos de legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de um direito.

A indignidade possui efeitos jurídicos, tais como: o excluído é sucedido por seus

descendentes, através da representação, como se o indigno já fosse morto no momento da abertura da sucessão (CC/ art. 1.816). É uma situação excepcional ao princípio do direito sucessório de que não é cabível a sucessão de pessoa viva. (DINIZ, 2011b, p.71)

Sendo resolúvel *ex tunc*, a indignidade não alcança os filhos do indigno porque a pena não pode ir além do criminoso. (CATEB, 2012, p.95)

Outro feito aplicável à indignidade é a retroatividade dos efeitos de sua sentença declaratória. Sendo retroativa à abertura da sucessão. (DINIZ, 2011b, p.72)

Também, o excluído perderá o direito ao usufruto e à administração dos bens que couberem aos sucessores. Além de responder por perdas e danos, se ele for excluído da sucessão por obstrução, ocultação ou destruição do testamento por culpa e dolo. (DINIZ, 2011b, p.74)

Contudo, é possível haver a reabilitação do indigno, vez que, este seja perdoado pelo autor da sucessão, através de ato escrito e autêntico (escritura pública) ou de testamento. (GOMES, 2012, p.37-38)

Vale ressaltar que a reabilitação é irretroatável, mesmo que o testamento tenha sido revogado ou inexecutível, porém, esta pode ser impugnada por vício de vontade, qual sejam dolo, erro e coação. (GOMES, 2012, p.37-38)

Percebe-se que a intenção do legislador foi proteger o autor da herança contra atos do herdeiro que venham interferir na sua esfera de liberdade, quanto sua disposição de última vontade.

Para isso, foram impostas sanções aplicáveis através de sentença transitada em julgado, movida por ação ordinária de exclusão com efeito declaratório. Não importando, contudo, se o sujeito foi ou não condenado no campo civil ou penal.

Tal ação torna-se desnecessária, vez que, o indivíduo já passara por um processo para apurar seu nível de participação no fato típico, na esfera penal, o que torna suficiente para excluir o indigno da sucessão.

5.4 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima ou sucessão legal tem como fonte imediata a lei. É aquela em que o autor da herança morreu sem deixar testamento (*ou ab intestato*) ou o testamento deixado caducou ou é ineficaz.

Ela ocorre quando não há a disposição da herança, no todo ou em parte, através de testamento válido ou quando o *de cujos* possui herdeiros necessários. (GOMES, 2012, p.39)

Isso, entretanto, não impossibilita que o autor da herança disponha da outra metade de seu patrimônio através de testamento, podendo nomeá-lo a qualquer pessoa não impedida para recebê-lo. (HIRONAKA, 2007, p.116)

Pode, sobretudo, deixar a herança para herdeiros necessários, conforme dispõe o art. 1.849 do Código Civil de 2002.

Havendo testamento que não seja nulo ou caduco e que não componha toda a herança, ocorrerá a sucessão legítima e testamentária concorrentemente, já que o direito brasileiro não torna incompatíveis as duas espécies de sucessões vigorando ao mesmo tempo. (PEREIRA, 2013, p.71)

Assim, comprova-se que a sucessão é legítima quando, defere-se o acervo patrimonial do falecido a seus herdeiros necessários e facultativos, quando não há testamento.

As pessoas são convocadas a suceder conforme relação preferencial estabelecida em lei, ou seja, através da ordem da vocação hereditária: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até o 4º grau, além do companheiro. Se houver testamento, mas não abranger todos os bens, a sucessão legítima também será aplicada.

5.4.1 Herdeiro necessário

A Lei Civil de 2002, em seu artigo 1.845, traz como herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge. A complementação do cônjuge ao rol dos herdeiros necessários figura como uma inovação do referido dispositivo legal.

Ao herdeiro necessário cabe uma quota parte da herança que lhe é reservada, ao qual, é chamada de legítima. Esta é constituída por metade dos bens do *de cujos* (CC/ art. 1.846).

Há, entretanto, diferença entre a expressão herdeiro necessário e herdeiro legítimo (CC/ art. 1.829), pois todo herdeiro necessário é herdeiro legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário.

O herdeiro necessário jamais poderá ser retirado da sucessão pela disposição de vontade do sucedido, exceto por motivo de ingratitude devidamente comprovado, sendo deserddado, caso o ato praticado esteja estabelecido em lei. (GONÇALVES, 2012, p.206)

Desse modo, existindo herdeiros necessários, não poderá haver a disposição de última vontade sobre os bens que constituem a legítima ou reserva. O que pode haver é a disposição da outra parte que será calculada sobre todos os bens existentes no momento do falecimento do autor da herança, devendo ser abatidas todas as suas dívidas e despesas com seu funeral (CC/ art. 1.847).

O atual Código Civil (CC/ art. 1.849), ainda explicita que o herdeiro necessário a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.

Assim, o herdeiro necessário pode ser beneficiado tanto através da legítima quanto da quota disponível do autor da herança ao mesmo tempo. (GONÇALVES, 2012, p.208)

Sobre os bens da legítima, não pode ser declarada em testamento cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, salvo se houver justa causa (CC/ art. 1.848). Não é permitido, portanto, ao testador estabelecer a conversão dos

bens da legítima em outros de espécie diversa.

Não obstante, mediante autorização judicial e com a justa causa, pode haver alienação de bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão, neste caso, sub-rogados nos ônus daqueles.

Vale ressaltar, que a cláusula de inalienabilidade não terá mais que a duração da vida do herdeiro, podendo ser absoluta, prevalecendo em relação a qualquer caso ou qualquer pessoa; ou relativa, sendo facilitada em determinado caso ou em relação a suposta pessoa. (GONÇALVES, 2012, p.213)

A legislação vigente, em seu art. 1.847, faz referência ao valor da herança, não mencionando, portanto, o valor do patrimônio do morto, já que, este pode não ser igual ao valor da herança por forças de dívidas, que deverão ser abatidas, assim como outras despesas, como as de funeral, conforme exista bens sujeitos a colação, cujo valor respectivo venha crescer ao patrimônio do autor da herança.

A aferição do valor dos bens que compõem o patrimônio do falecido será feita de acordo com os preços vigentes no mercado à época da abertura da sucessão, fazendo-se os devidos abatimentos ou acréscimos de acordo com a necessidade diante do caso concreto. (HIRONAKA, 2007, p.117)

Nessa esteira de pensamentos, salienta-se que são raros os casos em que o cálculo da legítima será dispensado. Uma hipótese se perfaz quando o autor da herança tiver morrido *ab intestato* e, de modo cumulativo, não houver feito doações a seus herdeiros, por ato *inter vivos*. Outra situação é dada quando há sucessão por herdeiros facultativos e a formação de herança jacente ou vacante a ser disponibilizada ao ente público. (HIRONAKA, 2007, p.117)

Arremata-se o texto, com a compreensão de que a Legislação Civil utilizou o princípio da liberdade reduzida para testar, pois os herdeiros necessários não podem ser retirados da sucessão, tendo sempre direitos na sucessão aberta, exceto nas situações de indignidade e deserção.

Desse modo, o testador só pode dispor de metade de sua parte disponível, quando houver os herdeiros necessários, não existindo, poderá, de forma livre, abrir mão de

seus bens, impondo-lhe cláusulas ou gravames sem nenhum impedimento legal.

Dentro da ordem estabelecida pelo legislador, os descendentes aparecem em primeiro lugar, pois, pela juventude e inexperiência de vida, são os que mais precisam do auxílio financeiro para se manter. São considerados herdeiros distintos, por motivo obrigatório, imposto a todos de cuidar da prole e (de) favorecer os meios de sobrevivência.

Já que existe o rol de herdeiros necessários no ordenamento jurídico brasileiro, o atual Código Civil, de modo certado, incluiu o cônjuge nesse contexto, olvidando-se, contudo, de ao lado deste, colocar o companheiro, havendo, então, um tratamento desigual e uma ofensa direta à Constituição que prevê a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, acredita-se, que a liberdade de testar deve ser plena e não limitada como ordena o Mandamento Civil, pois aquele que conquistou sem patrimônio, deve dispor dele como bem entender, sem se sentir obrigado a deixar metade daquilo que lhe pertence para quem não seja de sua inteira vontade. No entanto, essa liberdade só não deve ser total, quando, do autor da herança existir pessoas que dele dependam para promover o seu sustento e uma vida digna, como filhos incapazes, pais idosos e cônjuge que abdicou de sua vida profissional para se dedicar exclusivamente à vida do lar, não podendo de modo imediato se inserir no mercado de trabalho.

5.4.2 Da ordem de vocação hereditária

A vocação hereditária se efetiva por conta da lei a qual é denominada de sucessão legítima e por determinação da vontade, que é a sucessão testamentária.

Os herdeiros são chamados a suceder logo que se dá a abertura da sucessão, desse modo, diz-se que a ordem de vocação hereditária é a distribuição dos herdeiros em classes de preferências, abraçando formatação de grau e de ordem, dispondo como ápice do conteúdo a ideia de parentesco. (PEREIRA, 2013, p.71)

O Código Civil, através de seu art. 1.829, traça a sucessão legítima na seguinte ordem: aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal ou no regime 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; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente e, por fim, aos colaterais.

Não existindo colaterais, os bens da herança serão recolhidos pela União. Há que se considerar, também, que não existe diferença de gênero nem de idade para o exercício da sucessão. (BEVILÁQUA, 2000, p.134)

Toda sucessão deve obedecer à ordem preferencial apresentada, sob pena de ser considerada anômala ou irregular. (GONÇALVES, 2012, p.160)

Ainda conforme a lei em comento, o reconhecimento do direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se dá, desde que não conste que este estava separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, ao tempo da morte do autor da herança. (CC/ art. 1.830)

Ao cônjuge supérstite é concedido o direito real de habitação referente ao imóvel destinado à residência da família, desde que este seja o único daquela natureza a inventariar, independente do regime de bens e sem prejuízo na participação da herança no que lhe seja de direito. (CC/ art. 1.831)

Essa é uma das inovações apresentadas pelo Código Civil de 2002. (GONÇALVES, 2012, p.159)

Desse modo, caberá ao cônjuge, quando em concorrência com os descendentes (CC/ art. 1.829, inc. I), quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Sendo ascendente dos herdeiros com quem concorrer não pode ter sua quota inferior à quarta parte da herança. (CC/ art. 1.832)

Se a concorrência for com ascendente em primeiro grau ou grau maior, caberá ao cônjuge um terço da herança. Porém, se houver apenas um ascendente, caber-lhe-á a metade desta. (CC/ art. 1.837)

Já na falta de descendentes e ascendentes, a sucessão será feita integralmente ao

cônjuge supérstite (CC/ art. 1.838). Não havendo cônjuge sobrevivente, segundo as condições exigidas do (CC/ art. 1.830), são chamados à sucessão os colaterais até quarto grau (CC/ art. 1.839). Entretanto, faz-se saber, que na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, exceto o direito de representação disposto aos filhos de irmãos. (CC/ art. 1.840)

Quando o autor da herança deixar bens particulares e o casamento tiver sido realizado no regime da comunhão parcial, o cônjuge, além da meação nos bens adquiridos na constância do casamento, concorrerá com os descendentes na partilha dos bens particulares, se estes existirem. (GONÇALVES, 2012, p.172)

A evolução no sentido de oferecer proteção ao cônjuge sobrevivente se deu com o advento do Código Civil de 2002, não prejudicando, contudo, a ordem de vocação hereditária disposta de modo tradicional pela legislação brasileira, alcançando, sobretudo, a sucessão de bens de estrangeiros localizados no país. (GONÇALVES, 2012, p.159)

Conforme o CC/ art. 1.833, os descendentes em grau mais próximo, excluem os mais remotos, aplicando-se, para tanto, o princípio da proximidade.

A exceção para essa regra é o direito de representação. Nesse sentido, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes, os descendentes da mesma classe. (CC/ art. 1.834)

Além do mais, quando se analisa a linha descendente, a sucessão dos filhos se dá por cabeça, sendo a dos outros descendentes por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. (CC/ art. 1.835)

Seguindo os pensamentos ora expostos, é preciso salientar que faltando descendente, os ascendentes são chamados a suceder, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, onde o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem fazer distinção de linha. Contudo, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, incumbindo a outra aos da linha materna. (CC/ art. 1.836)

Estando na concorrência da herança irmãos bilaterais do *de cujus* com irmãos

unilaterais, os apresentados em segundo lugar herdarão metade do que cada um daqueles apresenta os em primeiro lugar herdarem (CC/ art. 1.841). Todavia, se houver apenas irmãos unilaterais, a herança será devida em partes iguais (CC/ art. 1.842).

Esse artigo, diante dos direitos e princípios constitucionais, mostra-se inadequado e ferindo o direito de igualdade da herança entre os irmãos.

Vale ressaltar que todos os filhos, em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, neste sentido, herdam em igualdade de condições. Assim, um filho não pode ser chamado de adúltero ou bastardo. Pouca importa se ele é proveniente de um casamento ou de uma relação extraconjugal: é filho da mesma maneira e terá direito à herança.

Por conseguinte, não havendo irmãos, os filhos destes serão os herdeiros, e se estes também não existirem, herdarão os tios. Entretanto, é importante destacar que, se concorrem à herança apenas filhos de irmãos do falecido, herdarão por cabeça; se concorrerem filhos de irmãos bilaterais com unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles; e se todos forem filhos de irmãos bilaterais ou unilaterais herdarão por igual (CC/ art. 1.843).

Cumpres esclarecer que Estado não é herdeiro por vocação hereditária. Ele adquire os bens através da vacância, conforme dispõe o art. 1.844 da Lei Civil.

Assim, não sobrevivendo nenhum sucessor ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. (PEREIRA, 2013, p.72)

A retirada do Estado do rol dos herdeiros legítimos é outra inovação da Lei Civil de 2002, já que ele não tem *mortis causa* e que os bens da herança são sucedidos pelos herdeiros, recolhendo ao Estado, apenas, depois de verificada a jacência e vacância, conforme dispõe o princípio da *saisine*. (GONÇALVES, 2012, p.159)

Todos os dispositivos legais apresentados são considerados de ordem pública, já que refletem questões de âmbito familiar, social e político.

Entende-se, por oportuno, que de acordo com a ordem de vocação hereditária, são chamados a suceder primeiro aqueles que necessitam de mais apoio para promover sua subsistência, como os descendentes. Em segundo plano, são conclamados os ascendentes, chegando-se ao cônjuge, que por igualdade, deveria, nessa posição, estar o companheiro para somente depois, os colaterais.

No entanto, acredita-se que a opção legislativa em fazer o cônjuge concorrer com todos os descendentes de forma indiscriminada, é desnecessária. Quer dizer, o cônjuge deveria pleitear apenas com filhos exclusivos do autor da herança, não devendo concorrer com filhos comuns, pois esta herança, um dia, e de qualquer modo, será transferida para eles.

5.4.3 Da aceitação e da renúncia da herança

A aceitação da herança se perfaz quando o herdeiro legítimo ou testamentário recebe o direito à herança, que é transmitida através da abertura da sucessão, e a aceita.

Trata-se de um negócio jurídico unilateral, irrevogável, puro, pois não depende de condição ou termo que deve ser feito em sua totalidade, não sendo possível, desse modo, a aceitação parcial, o que não impede que o herdeiro possa aceitar o legado a ele deixado.

Ela pode ser declarada de modo espontâneo ou através de provocação do juiz a pedido do herdeiro. Se o sucessível falecer, o direito de aceitar a herança transmite-se aos seus herdeiros.

O prazo para caducidade do direito de aceitar é contado do dia em que o herdeiro toma conhecimento da sucessão e em se tratando de substituição fideicomissária, conta-se a partir do conhecimento da morte do fiduciário. (GOMES, 2012, p.22-23)

Embora seja realizada a transmissão da propriedade e da posse do patrimônio

hereditário, mesmo que não haja vontade ou conhecimento do herdeiro, nenhum indivíduo é obrigado a receber os encargos da herança.

Há que se considerar que não existe diferença de sexo nem de idade para acontecer a aceitação da herança. (BEVILÁQUA, 2000, p.74)

Assim, para Clóvis Beviláqua (2000, p.74),

a aceitação é o ato pelo qual o sucessor manifesta a sua vontade de receber a herança que lhe é devolvida. É uma configuração da transmissão efetuada por força da lei, em alguns casos; em outros, é um ato significativo de que a pessoa chamada à sucessão assume a administração dos bens hereditários, para efetuar o pagamento dos credores e a partilha entre os co-herdeiros.

Isto posto, entende-se que para haver a aceitação da herança, não há necessidade desta ser comunicada a ninguém para que venha produzir seus efeitos, fazendo, por si só, acontecer todos os resultados previstos na legislação.

Para tanto, a aceitação da herança está entrelaçada em três momentos:

- 1) a abertura da sucessão, na qual é feita a transferência do patrimônio do falecido (CC/ art. 1.804);
- 2) a delação da herança, que é concomitante a abertura da sucessão e é a terminologia jurídica para a disposição da herança do *de cujos* aos seus herdeiros;
- 3) e a aquisição que é o fato jurídico da entrada dos bens no patrimônio dos sucessores por conta de sua manifestação de vontade.

A classificação da aceitação da herança, conforme aduz o (CC/ art. 1.805), se faz das seguintes maneiras:

- a) expressa (feita através de uma declaração escrita);
- b) tácita (quando há prática de atos na condição de herdeiro, como: locação, administração dos bens, etc. Não se inclui, para tanto, atos meramente conservatórios, realização de benfeitorias necessárias, atos officiosos, tais como, funeral do defunto e pagamento de dívidas da herança, dentre outros);
- c) ou presumida (quando alguns interessados requerem ao juiz, dentro do prazo de 20 dias da data da abertura da sucessão, que o herdeiro se pronuncie, dentro do prazo de 30 dias. Caso não haja a pronúncia, o silêncio valerá como aceitação).

Ainda, a aceitação da herança pode ser realizada de modo direto e indireto. Direta, quando feita pelo próprio autor da herança e indireta, quando alguém faz por ele, sendo, então, concretizada pelos sucessores, por mandatário e por gestor de negócios e pelos credores. (PEREIRA, 2013, p.45-46)

A aceitação é pura e simples, não podendo ser aceita a benefício de empresário.

Os efeitos da aceitação da herança, em geral, são os que resultam da sucessão a título universal, quais sejam: confusão do patrimônio do autor da herança com o do herdeiro; a posse do *de cuius* continua com o herdeiro como se a morte daquele não tivesse acontecido. (BEVILÁQUA, 2000, p.83)

A aceitação da herança era irrevogável, hoje, é possibilitado ao herdeiro fazer a retratação, se não causar prejuízos aos credores, os quais podem realizar a aceitação em nome do renunciante, através de autorização judicial.

O direito de deliberar sobre a aceitação é, em geral, do sucessor. Nos casos dos incapazes, a aceitação cabe ao representante legal ou assistente, que não poderá dispor de um direito que não lhe pertence. (FARIAS, 2007, p.51)

Quando traçada referência ao tutor e curador, a aceitação será realizada com autorização judicial (CC/ art. 1.748, II).

A anulação da aceitação pode ser decretada quando verificada que a aceitação se deu por pessoa que de fato não era herdeira ou quando se descobre que havia testamento dispondo da totalidade da herança por falta de herdeiros necessários.

Feita a anulação da aceitação, a herança passa a ser de quem realmente pertencia, desde que ainda não tenha sido encerrado o inventário e feita a homologação de partilha. Caso contrário, deverá haver uma ação de petição de herança.

Também são anuláveis as aceitações praticadas por aqueles que não possuem capacidade para fazê-las.

A aceitação da herança é sempre a benefício de inventário, não assumindo o herdeiro responsabilidade acima dos encargos da herança. (GONÇALVES, 2013, p.90)

Com relação à eficácia da aceitação, ela é *ex tunc*, ou seja, retroage à data do óbito

por conta do princípio da *saisine*. (NOGEUIRA, 2009, p.22)

Já com referência à renúncia da herança, esta é um ato unilateral, pelo qual o herdeiro declara expressamente, através de instrumento público ou termo judicial, que não aceita a herança, nos próprios autos do inventário, conforme art. 1.806 da Lei Civil, sendo passível de nulidade, caso o requisito não seja satisfeito.

Assim, aduz (CC/ art. 1.804, parágrafo único) que uma vez renunciada a herança, não se perfaz a transmissão da mesma.

A renúncia, por sua vez, é negócio puro não comportando condição ou termo (CC/ art. 1.808).

Esta só pode ser concretizada após a abertura da sucessão e deve ser manifestada antes da prática de qualquer ato que induza a aceitação.

É ato irrevogável, segundo (CC/ art. 1.812). Sua eficácia é retroativa não havendo representação pelos representantes do renunciante (CC/ art. 1.811).

Todavia, se ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciar à herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça. (GOMES, 2012, p.25-26)

Assim, tem-se a compreensão de que para renunciar é necessário ter capacidade civil e sucessória, ou seja, deve ser feita pelo real herdeiro. (FARIAS, 2007, p.54)

Nada obstante, sua efetuação pode se dar por mandatário, desde que este esteja munido de poderes especiais e de modo expresso. Caso o herdeiro não seja casado pelo regime de separação de bens, (CC/ art. 1.647), faz-se necessário a outorga do outro cônjuge. E, se for incapaz, não será válida, mesmo que tenha sido efetuada por seu representante.

A necessidade de outorga do cônjuge, conforme mencionado acima, é uma referência à capacidade específica para o ato de renunciar. Contudo, essa exigência não se estende ao companheiro, por se tratar de uma relação fática que não produz efeitos perante terceiros. (FARIAS, 2007, p.55-56)

A renúncia pode ser abdicativa ou propriamente dita e translativa.

A renúncia abdicativa ocorre quando o herdeiro a exprime antes da aceitação e a faz sem indicação de qualquer favorecido.

Já a renúncia translativa acontece quando o herdeiro aceita a herança tacitamente e depois faz sua doação. Neste tipo de renúncia, ao contrário da abdicativa que é devido apenas o tributo *causa mortis*, é devido também o tributo *inter vivos*. (GONÇALVES, 2012, p.103-104)

Os efeitos da renúncia na sucessão legítima se fazem de modo que a mesma acresce a parte dos outros herdeiros da mesma classe, exceto, se for único (CC/ art. 1.810).

Entretanto, na sucessão testamentária, a parte do herdeiro renunciante será devida ao seu substituto, caso o testador o tenha designado. Não havendo designação, a quota vaga da herança é transmitida aos herdeiros legítimos do renunciante. (GOMES, 2012, p.26)

A renúncia não pode ser feita em parte. A quem for deixado legado, pode o herdeiro renunciar a herança aceitando-o, ou renunciar ao legado e aceitar a herança.

Se chamado a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, o herdeiro pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita ou renuncia. (CC/ art. 1.808).

Se a renúncia por parte do herdeiro prejudicar os credores, estes poderão, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. Para tanto, existe um prazo para que os credores se habilitem, a ser contado, trinta dias seguintes ao conhecimento do fato. Depois de pagas as dívidas do renunciante, a renúncia prevalece quanto ao remanescente, que será devolvida aos demais herdeiros. (CC/ art. 1.813).

Por fim, conclui-se o pensamento sob a ótica de que a aceitação da herança consolida os direitos do herdeiro.

Tanto a aceitação, quanto a renúncia, são indivisíveis e incondicionais, pois não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte e sob condição ou a termo, justamente para se estabelecer segurança nas relações jurídicas. Além disso, devem ser pura e simples. A herança, uma vez aceita, não pode haver retratação, mas pode ser

anulada e revogada, se após a sua ocorrência se verifica que o aceitante não é herdeiro.

5.4 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O testamento é ato de disposição de vontade.

Toda pessoa capaz pode dispor, através de testamento, dos seus bens em sua totalidade ou em parte deles, produzindo efeitos após sua morte. Entretanto, a legítima dos herdeiros necessários não pode ser incluída em testamento. Já as disposições testamentárias de caráter não patrimonial são válidas, mesmo que o testador somente a elas se tenha limitado. (CC/ art. 1.857).

A faculdade de dispor em testamento não pode sofrer limitações ou restrições, a não ser por força de determinação de lei, por ser ato de ordem pública. (GAMA, 2007, p.202)

Na visão de Clóvis Beviláqua (2000, p.213),

Prepondera na sucessão testamentária o individualismo, a força da vontade humana, que se afirma e se eleva à categoria de lei – (*uti legassit ita jus esto*), como coletivismo, a poderosa ação da família e da sociedade se faz sentir e impor na sucessão legítima.

Para a produção de efeitos da sucessão testamentária, quanto aos requisitos subjetivos para sua validade, além da capacidade testamentária ativa, que é a capacidade para testar, faz-se necessário a capacidade testamentária passiva, que é a capacidade para suceder, conforme (CC/ art. 1.799).

Na sucessão testamentária, titulam-se herdeiros ou legatários, ou seja, a título universal ou singular. Desta forma, o herdeiro pode ser tanto legal como instituído através de testamento. (GOMES, 2012, p.90)

No ordenamento jurídico brasileiro, sobressalta a sucessão legítima sobre a testamentária, do ponto de vista quantitativo. Conquanto não seja admitida herança de pessoa viva, ou seja, pactos sucessórios (CC/ art. 426), consideram-se válida a

partilha feita sob o modo de doação do ascendente para o descendente. (CC/ art. 2.018).

A finalidade primeira do testamento é dispor do patrimônio para depois de sua morte. Entretanto, esse não é seu único fim, pois, além da atribuição de bens, é possível que ele apresente disposições pessoais, por exemplo, nomeação de tutor, deserdação, reconhecimento de filhos, dentre outros aspectos. (FARIAS, 2007, p.243)

As características inerentes ao testamento são:

- a) negócio jurídico, pois é uma declaração de vontade; unilateral, já que depende apenas de uma vontade, a do testador;
- b) é personalíssimo, podendo ser alterado a qualquer tempo (CC/ art. 1.858). Neste sentido, o testamento não pode ser feito de modo conjuntivo, simultâneo ou recíproco. O ato de liberalidade é feito por uma única pessoa.
- c) a capacidade para testar é a partir dos 16 anos, sendo vedado ao enfermo ou doente mental. Além dos incapazes, não podem testar aqueles que, no ato de fazê-lo, não dispuserem de pleno discernimento (CC/ art. 1.860), como os ébrios, viciados e pródigos. Todavia, a incapacidade posterior do testador não invalida o seu testamento, também o testamento do incapaz não se valida caso ele se torne capaz posteriormente, (CC/ art. 1.861);
- d) o testamento é ato gratuito, ou seja, não são admitidas cláusulas captatórias;
- e) é solene tendo que revestir os formatos legais, conforme dispõe os art. 1.864, 1.868 e 1.876 do Código Civil;
- f) é revogável, podendo ser uma revogação total ou parcial, não sendo possível a revogação verbal a não ser que revista a forma do testamento nuncupativo. Contudo, quando houver reconhecimento de paternidade através do testamento, este ato não poderá ser revogável. Nessa linha de pensamento, o testamento posterior revoga o anterior.

Para Cristiano Chaves de Farias (2007, p.246), no

testamento é possível imposição de condição, bem como de encargo, também chamado de modo, porém não se admite cláusula submetida a

termo, por contrariar o princípio da perpetuidade do título que transmite a propriedade, assim como por violar o caráter irrevogável da aceitação da herança.”

Da citação acima se extrai o entendimento de que se a cláusula testamentária que submeter seus efeitos a termo é nula de pleno direito, em decorrência da proibição estabelecida no (CC/ art, 1.898).

No que tange às disposições testamentárias de caráter patrimonial, não é exigida uma forma solene para instituir herdeiros ou legatários, razão pela qual, fica livre o testador para fazer a indicação de seus bens. (FARIAS, 2007, p.245)

O testamento pode ser observado sob as formas ordinárias: público, cerrado e particular, (CC/ art. 1.862). Sendo proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo, (CC/ art. 1.863).

Quanto as formas especiais, o testamento pode ser: marítimo, aeronáutico e militar , (CC/ art. 1.886), não se admitindo outros testamentos especiais além destes citados, (CC/ art. 1.863).

Outra forma do autor da herança dispor de seus bens através de declaração de última vontade é o codicilo. O escrito particular deve ser datado e assinado. Pode ser feita disposições sobre enterro, esmolas de pouca monta a determinadas pessoas, ou de forma indeterminada, como a determinados pobres, bem como legar móveis, roupas, jóias, de pouco valor e de uso pessoas, (CC/ art. 1.881).

Dentro do testamento pode haver a chamada substituição hereditária, que é a disposição testamentária na qual o disponente chama uma pessoa para acolher, no todo ou em parte, a herança ou o legado, na falta ou após o herdeiro ou legatário nomeado em primeiro lugar, ou seja, quando a vocação deste ou daquele cessar por não querer ou não poder aceitar a herança.

Existem três espécies de substituição no Código Civil: vulgar ou ordinária (CC/ arts. 1.947 e 1.949); recíproca (CC/ arts. 1.948 e 1.950) e fideicomissária (CC/ arts. 1.951 a 1960).

A substituição é denominada vulgar quando for singular, isto é, existirá um só substituto ao herdeiro ou legatário instituído. Será plural ou coletiva se vários forem os

substitutos, chamados simultânea ou sucessivamente, porque não há substituto além do 2º grau.

Já a substituição recíproca é quando o testador, ao instituir uma pluralidade de herdeiros ou legatários, os nomeia substitutos um dos outros (CC/ art. 1948), para na hipótese de algum deles, não querer ou não puder aceitar a liberalidade.

O fideicomisso é um tipo de substituição comum nas sucessões testamentárias. É a instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de conduzir os bens a outra pessoa por certo tempo, em caso de morte ou sob condição preestabelecida.

Assim, conclui-se que o testamento é ato baseado no princípio da liberdade, através do qual o testador poder dispor do seu acervo patrimonial ou não patrimonial. Todavia, existem limites impostos pela Lei Civil, devendo-se respeitar a legítima quando existem herdeiros necessários. É preciso, antes de testar, observar alguns requisitos importantes, como a capacidade e a formalidade, sob pena do testamento ser declarado nulo e não produzir os efeitos desejados após a morte do autor da herança. Registra-se, também, que através do testamento, pode-se fazer reconhecimento de paternidade, sendo este, um ato irrevogável.

Conforme já mencionado, deveria o testador, ter total arbítrio para deixar seus bens para quem quisesse e da forma que desejasse, observando, apenas, a real necessidade daqueles que dele dependesse para promover sua subsistência.

6 DIREITOS SUCESSÓRIOS NA UNIÃO ESTÁVEL

A sucessão do companheiro está regulamentada no art. 1.790 do Código Civil, que deve ser interpretado conjuntamente com o art. 1.829, que versa sobre a ordem de vocação hereditária.

O legislador traz o presente texto no art. 1.790:

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

- I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-à a metade do que couber a cada um daqueles;
- III – se concorrer com os outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

A sucessão de pessoas que mantinham união estável até sua morte não implica na análise do regime de bens firmado pelo contrato de convivência ou de forma tácita, mas, tão somente, da origem dos bens que determinam o patrimônio hereditário deixado pelo falecido. (HIRONAKA, 2007, p.107)

Desse modo, o companheiro supérstite terá direito a participar da sucessão dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável pelo morto. Exclui-se, desde logo, os bens recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão. (TARTUCE, 2011, p.219)

Frente ao exposto, faz-se a interpretação de que o companheiro não terá direito à sucessão dos bens particulares do morto, ou seja, aqueles adquiridos antes da união estável, independente de quem forem os herdeiros, mas, tão somente, àqueles havidos pelo esforço comum do trabalho dos conviventes na constância da união estável, conforme entendimento do STJ³.

A restrição aplicável dentro do direito sucessório ao companheiro, a apenas aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, além de causar estranheza, pode gerar injustiças graves, sobretudo nas situações em que todos os bens tiverem sido adquiridos anteriormente a união estável ou unicamente sob título gratuito. (CINTRA, 2009, p.382-383).

É importante salientar que independente do direito sucessório aplicável ao companheiro, ele terá direito à meação dos bens advindos a título oneroso durante a união estável, caso não haja pacto diferente ao regime parcial de bens.

Partindo desse pressuposto, o companheiro poderá, de modo livre, dispor de apenas metade dos seus bens quando existir herdeiro necessário. Dessa maneira, o percentual do companheiro supérstite no direito sucessório poderá ser restringido a

³ Anexo E.1, p.126.

25% (vinte e cinco por cento) do acervo adquirido onerosamente durante a união estável (CINTRA, 2009, p.382).

Por conseguinte, existe outra diferença em relação à sucessão quando o estado civil do morto era de casado e não de solteiro, como ocorre na união estável. Para os que eram casados a concorrência do patrimônio é restrita pelo regime de bens, conforme o inc. I do art. 1.829 da Lei Civil. O referido diploma legal aplica a vigência dos regimes de bens somente na concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido, não estendendo aos ascendentes. Na união estável, a restrição do tipo de bens quanto à concorrência do companheiro que sobreveio está expressa no *caput* do art. 1.790, estendendo seus efeitos por toda a vocação a hereditária estabelecida em seus incisos, ou seja, a extensão alcança descendentes comuns e não comuns, ascendentes e qualquer outro parente suscetível.

Nesse sentido, o cônjuge sobrevivente é considerado como legitimado para suceder, posto que, está no rol da vocação hereditária (art. 1829), enquanto o companheiro supérstite é tratado como simples participante da sucessão (art. 1790) (FARO, 2011, p.105).

O art. 1790, no inc. I, diz que haverá concorrência do acervo hereditário de modo igualitário entre o companheiro e os filhos comuns havidos entre ele e o falecido (referência ao CC/ art. 1.832). Traçando um comparativo com concorrência do cônjuge com os descendentes comuns, percebe-se que não houve a reserva da quarta parte da herança do companheiro vivo.

Em se tratando da concorrência do companheiro com os herdeiros, exclusivamente, filhos do falecido (CC/ inc. II do art. 1.790), será realizada de modo que o companheiro recebe metade da quota, parte que caberá a cada um dos filhos. Esse é o entendimento também do STJ⁴. Por exemplo, se na divisão de bens em que o valor correspondente a ser partilhado é de R\$ 75.000,00, e o falecido deixa dois filhos, apenas seus, cada filho receberá R\$ 30.000 e ao companheiro caberá apenas R\$ 15.000,00.

⁴ Anexo E.2, p.127.

Verifica-se que houve um equívoco por parte do legislador, quando no inc. I utilizou a expressão filhos e no inc. II, a nomenclatura descendentes. Na visão de Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2009, p.340), com referência ao inc. II, “aplica-se tal dispositivo quando o falecido, além do companheiro supérstite, deixou filhos, ou netos, ou bisnetos, etc.,” e para Álvaro Villaça Azevedo; João Baptista Villela; Priscila M. P. Correa da Fonseca (2011, p.220), “é forçoso concluir que o inciso I também incide às hipóteses em que estão presentes outros descendentes do falecido”.

Portanto, o companheiro irá concorrer não apenas com seus filhos ou com os filhos exclusivos do falecido, mas também com netos e bisnetos seus e exclusivamente do falecido, por exemplo. Isso confirma o descuido havido por parte do legislador, já que deveria ter utilizado a mesma expressão nos dois incisos, ou seja, filhos, para ofertar uma proteção melhor ao companheiro vivo.

Evidenciado tais pensamentos, está comprovado que a atual Legislação Civil concedeu tratamento de modo preferencial ao companheiro supérstite, quando em concorrência com filhos comuns do falecido.

No entanto, a Lei não se antecipou sobre a hipótese de haver uma situação híbrida, ou seja, filhos exclusivos do falecido e filhos comuns dele com o companheiro sobrevivente, concorrendo sobre o acervo hereditário. Desse modo, apresentam-se quatro propostas para a solução do conflito:

Proposta 1: aplicar apenas o art. 1.790, I, como se todos os descendentes fossem filhos comuns. Por esta via, há igualdade dos filhos de ambos os grupos, tratando-os como se fossem filhos comuns dos dois companheiros. Dessa forma, a participação do companheiro supérstite se perfaz na herança, recebendo quota equivalente às atribuídas aos descendentes de qualquer grupo. Esta não é a forma mais condizente, vez que fere a perspectiva do legislador em dar tratamento diferenciado ao companheiro sobrevivente quando concorrendo com descendentes. (HIRONAKA, 2003, p.430-431)

Mesmo não sendo o modo mais viável para resolver a questão, essa é a proposta trazida pela doutrina majoritária porque os filhos comuns estão presentes.

(TARTUCE, 2011, p.221)

Nesta esteira de pensamento, Tarlei Lemos Pereira (2013, p.228), afirma que

se proporciona com essa aplicabilidade a igualdade entre filhos e equilíbrio em relação ao convivente sobrevivente, de forma a evitar-se um prejuízo ou uma sanção, se reduzindo seu quinhão, pelo fato de não ser o genitor dos outros filhos (exclusivos) do falecido, proveniente de outro relacionamento.

Essa é a proposta mais balanceada e razoável para a aplicação sucessória diante do vazio legislativo, contribuindo para melhorar a posição do companheiro.

Tal adequação igualaria o companheiro ao cônjuge, que tem direito a quota igual a dos descendentes quando concorre com eles, independente se houver filho comum ou exclusivo do falecido, conforme prevê o art.1832 (CINTRA, 2009, p.385).

Assim, o companheiro participará da sucessão quanto aos mesmos bens comuns, de da qual já recebera a meação. (PERALTA, 2009, p.104)

Proposta 2: aplicar apenas o art. 1.790, II, como se todos os descendentes fossem filhos exclusivos do autor da herança. Observa-se, contudo, o privilégio dos descendentes em relação ao companheiro, contrariando a intenção do legislador. (HIRONAKA, 2003, p.431)

Nesse caso, os descendentes recebem o dobro da quota do companheiro vivo, o que seria uma sanção para o companheiro.

Proposta 3: auferir uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, fazendo uma composição entre os incisos I e II do art. 1.790, ou seja, uma quota na concorrência com filhos comuns, e meia quota na concorrência com filhos exclusivos do falecido. Diante dessa solução, cada um dos filhos herdaria uma única quota, cada um deles, não sendo, portanto, a intenção do legislador que o companheiro herdasse quota maior que a dos descendentes. (HIRONAKA, 2003, p.431-432)

Essa proposta também não chega a resolver o vazio legislativo quanto a existência de filhos exclusivos do morto e filhos comuns entre ele e o companheiro sobrevivente.

Proposta 4: composição entre os incisos I e II do art. 1.790, através da subdivisão da herança de forma proporcional, conforme a quantidade de descendentes de cada grupo. Para isso, seria necessário fazer a divisão patrimonial em dois subgrupos:

primeiro, dividiria a herança a ser partilhada entre os filhos comuns e exclusivos, assim, faria a concorrência do companheiro, conforme imposição dos incisos I ou II. Em seguida, faria a soma das quotas do companheiro sobrevivente obtidas em cada uma dessas sub-heranças, encontrando seu quinhão. E aos descendentes, caberia o que restasse em cada subgrupo, o que se pode verificar que os quinhões dos filhos de um grupo seriam proporcionalmente maiores do que o quinhão dos filhos do outro grupo. Isto posto, fere tanto ao espírito do legislador, quanto a ordem constitucional. (HIRONAKA, 2003, p.432-433)

Essa proposta de aplicação dos dois incisos de forma conjunta faria com que os filhos exclusivos tivessem direito ao dobro da quota dos filhos comuns, o que desobedece ao quanto disposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Desse modo, deve-se empregar o inc. I ou inc. II, pois qualquer das situações estaria ofertando a igualdade entre os filhos, sejam exclusivos ou comuns. (DANTAS JÚNIOR, 2009, p.341)

Por conseguinte, a indicação legislativa do inc. III orienta que, na ausência de descendentes do autor da herança, haverá a concorrência sucessória do companheiro com outros parentes. De tal forma, ao companheiro será dada a terça parte da herança.

Para compreender quem são estes outros parentes do morto, é indispensável realizar a leitura do (CC/ art. 1.829), para saber que eles são os ascendentes daquele que não está mais vivo. (HIRONAKA, 2007, p.108)

Todavia, também se faz a leitura da expressão “parente sucessíveis” com relação aos colaterais até quarto grau. (TARTUCE, 2011, p.222)

Essa opção legislativa quanto à expressão em comento em nada favorece ao companheiro em relação aos parentes remotos, com os quais, em muitas situações, não tem contato ou nem mesmo conhece.

Comparando-se neste caso o companheiro ao cônjuge, tem-se que este último, em igual situação, teria reservado para si a metade da herança, caso concorresse com apenas um de seus ascendentes de 1º grau (pais) ou com avós, e, na falta de

ascendentes e descendentes, herdaria a herança em sua totalidade, afastando da sucessão os colaterais. (CINTRA, 2009, p.386)

Os ascendentes serão chamados a participar da herança, de modo que, o mais próximo excluirá o mais remoto, ou seja, os pais do falecido é que irão concorrer com o companheiro, primeiramente. (HIRONAKA, 2007, p.108)

Assim, se houver um acervo hereditário de R\$ 150.000,00 compondo o patrimônio do falecido e que deverá ser partilhado, caberá R\$ 50.000,00 à mãe do morto, R\$ 50.000,00 ao pai dele, e R\$ 50.000,00 à sua companheira. Todavia, se somente um dos genitores do falecido puder comparecer à sucessão, como, em caso de morte, será devido ao ascendente comparecente à sucessão, dois terços e ao companheiro, apenas um terço da herança. De acordo com o presente caso, se o acervo do patrimônio em partilha compuser o valor de R\$ 150.000,00, receberá o genitor R\$ 100.000,00, e ao companheiro será devido a quantia de R\$ 50.000,00.

Mais uma situação hipotética cabível é a de os dois genitores serem pré-mortos, ou seja, terem falecido antes de seu filho. Nesse caso fictício, se todos os seus avós forem vivos, serão convocados a participar da sucessão os ascendentes do morto em segundo grau, quais sejam, seus avós maternos e paternos. Assim, a exemplificação é disposta da seguinte maneira: R\$ 150.000,00 dos bens a serem partilhados, R\$ 50.000,00 serão da companheira sobrevivente (um terço da herança) e R\$ 50.000,00 irão para os avós maternos (o outro terço da herança), que caberá à sua avó materna, R\$ 25.000,00, e ao seu avô materno, o equivalente, ou seja, um sexto da totalidade da herança para cada um) e R\$ 50.000,00 (mais um terço da herança) irão para os avós paternos que caberá à sua avó paterna, R\$ 25.000,00, e ao seu avô paterno o valor igualitário).

Ainda referente à exemplificação, se apenas um de seus avós maternos estiver vivo, caberá a ele, R\$ 50.000,00 (correspondente à terça parte da herança) e em relação aos seus avós paternos, a divisão procede da mesma forma, já descrita acima, correspondendo a cada um, a sexta parte da herança.

Na hipótese de haver apenas um avô em cada linha sucessória, a divisão procede

conforme a exemplificação: R\$ 50.000,00 para o avô materno, R\$ 50.000,00 para o avô paterno e R\$ 50.000,00 para o companheiro vivo, o que corresponde a um terço da herança para cada um.

Todavia, se existir representante em apenas uma das linhas, ou seja, avô e avó maternos, por exemplo, será distribuído para cada um, um terço da herança, o que corresponde a R\$ 50.000,00 para cada um; se houver apenas um avô ou avó, ele receberá dois terços, o que faz referência a R\$ 100.000,00, ficando para o companheiro sobrevivente, nessas duas situações, um terço, o que perfaz em R\$ 50.000,00.

Não existindo nenhum ascendente vivo, chamam-se a suceder os parentes colaterais, se o companheiro também for morto. Mas, se o companheiro for vivo, haverá concorrência dele com os irmãos do falecido, parentes colaterais de segundo grau, sendo que estes podem ser representados por seus filhos, que participarão por estirpe da sucessão do tio, em caso de pré-morte do mesmo. (HIRONAKA, 2007, p.109)

Referente aos irmãos, a partilha se fará sobre os dois terços que não foram atribuídos ao companheiro, conforme disciplina o art. 1.790, III do Código Civil de 2002. Entretanto, é preciso fazer a análise de que se os irmãos são bilaterais (que possuem os mesmos genitores) ou unilaterais (que tem apenas um genitor em comum). Quando irmãos unilaterais, estes têm direito, apenas, a metade do valor corresponde do que cabe aos irmãos bilaterais (CC/ art. 1.841). Conquanto, não havendo irmãos bilaterais, os unilaterais receberão em partes iguais. (CC/ art. 1.842)

Na falta dos irmãos, são chamados a herdar os sobrinhos do morto e, na falta destes, seguem-se para os tios do falecido, seguindo a regra de que os próximos precedem aos mais remotos (CC/ art. 1.840), considerando que todos esses são parentes colaterais em terceiro grau do autor da herança. (CC/ art. 1.843)

Caso não haja nenhum dos parentes até o momento mencionado, são chamados à sucessão da herança os parentes de quarto grau.

Por último, cumpre analisar o inc. IV, que prevê a possibilidade de o companheiro receber a totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. No entanto,

resta uma dúvida: essa totalidade da herança que trata o referido inciso é apenas sobre os bens advindos de forma onerosa na união estável ou sobre todos os bens do falecido, incluindo os bens particulares?

Essa totalidade refere-se aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável. Quanto aos bens particulares, eles se enquadram como herança jacente e vão para o Município, Distrito Federal ou União. (CINTRA, 2009, p. 386).

Isso contraria o dispositivo 1844 da Lei Civil que, de forma clara, dispõe que os bens só irão para os entes mencionados, caso não haja cônjuge ou companheiro nem parente algum sucessível ou tendo eles renunciado a herança.

É necessário salientar que ao companheiro não é devido nada a mais do que é ordenado pelo *caput* do (CC/ art. 1.790). Na situação de o falecido deixar outros bens, eles “serão partilhados entre os filhos, ou entre os ascendentes ou entre os colaterais, ou ainda, não havendo herdeiros necessários sucessíveis, será considerada herança jacente, sem qualquer participação ou concorrência do companheiro”, conforme pensamento de Salomão de Araújo Cateb. (2012, p.123)

Na visão de Maria Berenice Dias, (2013, p.155), “o companheiro sobrevivente somente tem direito sobre fração da universalidade de bens quando concorre com os ascendentes ou com parentes colaterais”.

Por fim, cabe salientar que o STJ possui entendimento no sentido de que, na ausência de herdeiros necessários, pode o companheiro dispor de modo livre sobre seus bens através de testamento. Ao companheiro sobrevivente tocará o direito de reclamar tão somente a meação, nada recebendo quanto à herança. (CARVALHO NETO, 2005, p.143)

Nesse sentido, nota-se que o companheiro, a título de herança, recebe bem menos do que o cônjuge sobrevivente. (CATEB, 2012, p.126)

Diante da dissertação feita, nota-se que o art. 1790 viola preceitos constitucionais quando oferta tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro, concedendo ao primeiro maiores privilégios, e a estes ao segundo, restringindo seus direitos, o que fere a isonomia e a proteção que é devida à família, independente desta ser

formalizada através do casamento ou da união estável. O que se esperava do atual Código Civil era uma postura equânime entre cônjuge e companheiro, reservando-lhes os mesmos direitos.

6.1 LEI N. 8.971/94

A Lei n. 8.971/94 trouxe mudanças significativas para o direito sucessório, conferindo direitos aos companheiros, que até aquele momento eram inexistentes, ou seja, não havia base legal para o direito sucessório do companheiro.

Ela foi editada com o objetivo de regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, mas tão somente no que diz respeito aos bens advindos de modo oneroso durante a vigência da união estável. (CORDOIL, 2009, p.16-18)

O art. 1º do referido dispositivo legal outorgou à companheira o direito a alimentos e à sucessão, quando comprovada união estável com duração mínima de cinco anos ou que provenha prole dessa união, com homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. (CATEB, 2012, p.121)

Tal dispositivo restou revogado com o advento da Lei n. 9.278/96, pois com o novo Diploma Legal, o prazo de convivência deixou de existir, não sendo necessário para configurar a união estável. Entretanto, conforme o art. 1.723, deve haver uma convivência duradoura entre os companheiros.

Na opinião de Zeno Veloso, (2003, p.408), a Lei n. 8.971/94 não foi revogada pela Lei n. 9.278/96, mas foi derogada quanto às incompatibilidades existentes, e assim, defende: “o artigo 1.º da Lei de 1994, que determinava os requisitos do companheirismo, não sobreviveu ao artigo 1.º da Lei de 1996, que, de forma diversa, apresentou os elementos para que fosse reconhecida a união estável como entidade familiar.” Na sua abordagem, o referido autor ainda expressa que o “artigo 1.º da Lei 9.278/96 reaparece, quase literalmente, no art. 1.723, *caput*, do novo Código Civil”.

As aludidas leis, de grande relevância para o reconhecimento e proteção especial da união estável (efetivando o compromisso constitucional), foram parcialmente revogadas (derrogação) pelo Código Civil 2002. Permanecem dispositivos isolados, como, por exemplo, o art. 7º da Lei n. 9.278/96 que reconhece o direito real de habitação do companheiro, em caso de viuvez, conforme entendimento majoritário da doutrina e do próprio STJ.

Por conseguinte, a Lei 8.971/94 trazia em seu art. 2º, que todos os indivíduos traçados no artigo anterior, participarão da sucessão do companheiro, observando-se os presentes requisitos: a) enquanto não contrair nova união, ao companheiro supérstite será garantido o usufruto de quarta parte dos bens do falecido, caso haja filhos ou comuns; b) nas mesmas condições, metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; c) faltando descendentes e de ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Faz-se necessário explicitar que o usufruto legal consagrado no art. 2º, I e II, da Lei n. 8.971/94 em benefício do companheiro vivo não é vitalício, assim como para o cônjuge na previsão legal do Código Civil, mas dura, tão somente, enquanto o companheiro supérstite não contrair nova união estável ou casamento. Havendo filhos, comuns ou não filhos, entre o convivente morto e o vivo, o usufruto é mantido sobre a quarta parte dos bens. Todavia, não havendo filhos, mas outros parentes sucessíveis, o usufruto é sobre metade dos bens, do mesmo modo como ocorre para o cônjuge. (CORDOIL, 2009, p.30-31)

Já o art. 3º, do diploma legal apresentado, dizia que “quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

O atual Código Civil Brasileiro confere maiores privilégios ao cônjuge supérstite, não oferecendo as mesmas condições ao companheiro. Além de não receber a quota mínima, o companheiro na ordem de vocação hereditária é colocado em último lugar. Desse modo, ele concorre com os colaterais e só terá direito a integralidade da herança se o falecido não tiver parente nenhum (CC/ art. 1.790, III e IV). Caso o morto tenha qualquer parente, podendo ser até um sobrinho-neto, este receberá dois terços

da herança, e ao companheiro caberá, apenas, um terço. (DIAS, 2013, p.78)

Nessa órbita de pensamentos, percebem-se os protestos entre doutrinadores no sentido de defender o inc. III, do art. 2º da Lei n. 8.971/94, debatendo, inclusive, pela descodificação civil. (CATEB, 2012, p.123).

Além do mais, faz-se necessário salientar que nem a referida lei, nem a Lei 9.278/96, abordaram a questão do companheiro como administrador provisório dos bens. Nesse ponto, houve inovação do Código Civil, concedendo ao convivente o direito à administração provisória dos bens até que seja nomeado inventariante, bem como é aplicado ao cônjuge. (CARVALHO NETO, 2005, p.157)

Por último, vale ressaltar que os direitos sucessórios são conferidos aos companheiros pela Lei em comento, desde que a união estável esteja em vigência no momento da morte de um dos conviventes, ou seja, não há direito para ex-convivente.

Os direitos conferidos aos companheiros na presente Lei estão apresentados em níveis mais elevados do que os dispostos em outros diplomas legais, como na Lei Civil de 2002.

Contudo, ainda não existe uma uniformização da jurisprudência no sentido de considerar a desigualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros como algo inconstitucional. O STJ se posiciona mantendo a diferenciação, mas já admitiu incidente de arguição de inconstitucionalidade. (DIAS, 2013, p.78)

Partindo do pressuposto de que tanto o casamento, quanto a união estável são entidades familiares sem distinção de ordem patrimonial, o tratamento dispensado de forma diferenciada entre ambos, fere o princípio da igualdade.

6.2 LEI N. 9.278/96

A Lei n. 9.278/96, através do seu art. 1º, reconhecia como entidade familiar a união estável, podendo esta ser convertida em casamento a qualquer tempo e se de comum acordo, através de requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu

domicílio, conforme art. 8º da mesma norma.

Ela tratava no art. 2º dos direitos e deveres dos conviventes, quais sejam: respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproco, guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

O art. 5º, por sua vez, estabelecia que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, durante a união estável e constituídos a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes igualitárias, salvo estipulação diversa em contrato escrito. Entretanto, não é aplicável a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

Em cotejo ao art. 7º, uma vez “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”. Se a dissolução ocorrer por morte de um dos conviventes, o supérstite terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Como na Lei n. 8.971/94, aqui, também, o legislador ofereceu garantias superiores àquelas dispostas em outros diplomas legais, bem como, no Código Civil de 2002 aos conviventes, o que é visto como uma infelicidade por Salomão de Andrade Cateb (2012, p.121).

A Lei n. 9.278/96, assim como a Lei n. 8.971/94, não fez menção sobre o companheiro ser inventariante, no caso de falecimento do outro. O assunto, hoje, é tratado tão somente através de jurisprudências, sendo que, para tanto, é indispensável a comprovação da união estável. (CARVALHO NETO, 2005, p.143)

Na visão de Cristiano Chaves de Faria, conforme entrevista cedida em 08 de setembro de 2013⁵, com referência às Leis n. 9.278/96, e à Lei n. 8.971/94, “as aludidas leis, de grande relevância para o reconhecimento e proteção especial da

⁵ Anexo A, item 1, p.115.

união estável (efetivando o compromisso constitucional), foram parcialmente revogadas (derrogação) pelo Código Civil 2002. Permanecem dispositivos isolados, como, por exemplo, o art. 7º da Lei n. 9.278/96 que reconhece o direito real de habitação do companheiro, em caso de viuvez, conforme entendimento majoritário da doutrina e do próprio STJ”.

Para Luciano Lima Figueiredo, em entrevista realizada no dia 14 de outubro de 2013⁶, ele diz: “entendo que não foram revogadas. Elas foram derogadas com base no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Existem alguns dispositivos destas normas, em especial a Lei n. 9.278/96, que não foram tratados no Código Civil atual, por exemplo, o direito de habitação”.

Já o Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa, em entrevista realizada no dia 02 de outubro de 2013⁷, diz: “a lei 8971/94, a meu ver, foi revogada pela total incompatibilidade com os arts. que tratam a sucessão no CC/02. Na lei 9278/96, permanece vigorando o § único do art. 7º”.

Quanto ao Juiz de Direito, Dr. Alberto Raimundo Gomes dos Santos, em entrevista realizada em 24 de outubro de 2013⁸, ele expõe: “acredito que foi revogada, pois o Código Civil, além de estabelecer os requisitos para o reconhecimento de união estável, disciplina também os direitos patrimoniais referentes às relações convivenciais e os demais aspectos que as circundam. Portanto, traduzem a inutilidade dos dois textos legislativos que o precederam nesta matéria”.

Diante das opiniões extraídas das entrevistas, percebe-se que há uma divisão de pensamentos sobre a revogação ou não da Lei n. 8971/94 e da Lei n. 9278/96, onde uma parte da doutrina entende que houve a revogação e outra parte, que houve a derrogação, uma vez que há dispositivos dentre elas que continuam em vigor, ressaltando-se, sobretudo, o art. § único do art. 7º da Lei n. 9278/96, entendendo que neste último, ao qual está firmada a concordância da autoria do presente trabalho.

⁶ Anexo B, item 1, p.118.

⁷ Anexo C, item 1, p.120.

⁸ Anexo D, item 1, p.123.

6.3 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O Código Civil de 2002 não consagra expressamente o direito real de habitação ao companheiro.

Ele está previsto na Lei n. 9.278/96. O art. 7 °, parágrafo único do referido dispositivo dispõe que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. (VELOSO, 2002, p.272)

Há uma incongruência no tratamento do instituto dispensado entre o cônjuge e o companheiro, pois ao primeiro, o direito é dado de modo vitalício, e ao segundo, tão somente se não contrair nova união estável ou casamento.

O parágrafo único do artigo citado não exigiu que para haver o direito real de habitação do convivente, o imóvel residencial a inventariar tenha que ser único. O que se quer dizer é que mesmo que haja outro imóvel no espólio, o companheiro continuará com o direito real de habitação. (VELOSO, 2003, p.409)

Não obstante, a existência da Lei n. 9.278/96, o direito real de habitação do companheiro sobrevivente não foi tratado nem proibido pelo Código Civil de 2002. A partir de tal posicionamento do legislador, indaga-se sobre a vigoração daquela lei.

Segundo Zeno Veloso, (2003, p.415), “o legislador não mencionou ou não previu dada situação porque, *consciente e deliberadamente, não quis fazê-lo* [...] trata não de lacuna, mas de silêncio eloquente da lei [...], no silêncio da norma há um comando, uma afirmação, um preceito.” Nessa linha de pensamento ele ainda diz: “o legislador de 2002 quis modificar radicalmente a situação anterior, constrangendo e reduzindo o direito sucessório dos que viveram em união estável.”

Desse modo, frente à interpretação do autor citado, o direito real de habitação para o convivente supérstite, com a entrada em vigor do atual código civil, não existe mais.

Ante o exposto, é necessário esclarecer que embora o autor Zeno Veloso analise

literalmente os institutos mencionados, o mesmo não concorda com as inovações trazidas pelo Código Civil na parte de sucessão *mortis causa* do companheiro e acha que tal regulação foi feita “de forma acanhada, miúda, retrógrada, lastimável.”

Maria Berenice Dias, (2013, p.79), afirma que “a omissão do Código Civil não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge.” Entende-se, assim, que o direito do companheiro não pode ser afastado, especialmente porque o direito de permanecer na posse do bem é de ordem constitucional.

Portanto, considerando-se que não houve revogação expressa nem tácita da Lei n. 9.278, o direito real de habitação existe para o companheiro, mesmo que o *de cujus* seja caso e separado de fato do antigo cônjuge. Entretanto, a inferência do direito será aplicada somente sobre o imóvel destinado à residência familiar. (CARVALHO NETO, 2005, p.144)

No entendimento de Dr. Cristiano Chaves Farias⁹, quanto à existência do direito real de habitação e do usufruto para o companheiro, frente a omissão do legislador no Código Civil, (ele) diz que “sem dúvida, consoante o entendimento avançado e majoritário da doutrina e jurisprudência do STJ. Pensar em sentido inverso seria esmorecer a proteção da união estável e, com isso, da maioria da população brasileira, que segundo dados estatísticos do IBGE, está em união stável.”

Para Dr. Luciano Lima Figueiredo¹⁰, continua sim valendo o direito real de habitação e do usufruto para o companheiro. O Enunciado 117 de Direito de Família e Sucessões aprovados nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no Art. 183, assim diz: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.”

Dr. Alberto Raimundo Gomes dos Santos¹¹, expressa-se da seguinte maneira sobre esse assunto, afirma que: “considerando a igualdade de direitos reconhecida entre

⁹ Anexo A, item 2, p.115.

¹⁰ Anexo B, item 2, p.118.

¹¹ Anexo D, item 2, p.123.

cônjuges e companheiros, a estes estendem-se todos os direitos conferidos àqueles, dentre os quais se incluem o direito real de habitação e o usufruto, visto ser a intenção do legislador constitucional proteger quem convive em comunhão de vida com o parceiro, observado o princípio da solidariedade. Não estamos diante de um silêncio eloquente do legislador, e sim de evidente omissão legislativa, suprida com a utilização da interpretação sistemática do aplicador, diante de direito civil-constitucional”.

Contudo, a depender da situação, haverá sucessão do companheiro supérstite não só em relação ao direito real de habitação, mas também em propriedade e usufruto. Nesse caso, ocorre uma situação diferenciada com relação ao cônjuge, pois este não pode suceder cumulando os direitos de usufruto e habitação como o companheiro. (VELOSO, 2002, p.272)

Vê-se, nesse ponto, uma desigualdade, agora firmada não mais entre o cônjuge e o companheiro, mas deste último para com o primeiro, o que é uma falha cometida pelo legislador.

Assim, entende-se que de fato, ao companheiro é concedido o direito real de habitação e de usufruto, seguindo-se a mesma posição do STJ¹², pois a norma deve ter por finalidade, proteger os institutos do casamento e da união estável, de modo a não haver desigualdades entre eles, uma vez que a previsão constitucional é de proteger a família, base de toda sociedade.

6.4 USUFRUTO

Antes de adentrar na legalidade ou não do usufruto vital pelo companheiro, faz-se necessário traçar a diferença deste para com o direito real de habitação.

O usufruto se perfaz quando se desfruta de um objeto alheio, fruindo suas utilidades e frutos sem, contudo, lhe alterar a substância. Já o direito real de habitação “tem

¹² Anexo E.3, p.128.

caráter mais restrito; seu objeto é o uso da moradia, não abrangendo os frutos, pois somente confere direito de habitar imóvel residencial de outrem, sem nada pagar por isso”, conforme conceitua Tarlei Lemos Pereira. (2013, p.243)

O direito de usufruto é regulado pela Lei n. 8.971/94, em seu art. 2º, e se perfaz da seguinte forma: a) o companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujos*, se houver filhos ou comuns; b) o companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do falecido, se não houver filhos, mesmo que sobrevivam os ascendentes.

O Código Civil de 1916 conferia ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente a condição de usufrutuário sobre parte do patrimônio deixado pelo autor da herança independente do regime de bens, salvo, o regime de comunhão universal. (DIAS, 2013, p.80)

Era dado o direito de usufruto ao companheiro supérstite, enquanto não constituísse nova união estável em proporção diferenciada. Caso houvesse filhos, comuns ou enteados, o usufruto correspondia a um quarto dos bens. Se não houvesse filhos, ocorria a incidência do usufruto, apenas sobre metade dos bens da herança.

O Código Civil de 2002 foi omissivo quanto ao direito de usufruto, todavia a Lei n. 8.971/94, que regula a união estável, legisla em favor do companheiro, conferindo a ele tal benefício. Embora, a doutrina não possua um entendimento firme e consolidado quanto ao assunto, compreende-se que diante da não revogação do mencionado diploma legal, continua em vigor o direito de usufruto do companheiro, já que não consiste em nenhum tipo de ilegalidade, conferindo, apenas, maior segurança e proteção à união estável, segundo posicionamento do STJ¹³.

¹³ Anexo E.4, p.129.

6.5 SEPARAÇÃO DE FATO CULMINADA COM UNIÃO ESTÁVEL

Ainda sobre o estudo do direito sucessório, persiste uma confusão quanto à concorrência entre o cônjuge e o companheiro. Situação não incomum, pois o Código Civil (art. 1.723) permite que o cônjuge separado de fato tenha união estável.

Então, na situação de um homem separado de fato, ou seja, que ainda possui vínculo matrimonial, contrair uma união estável com outra pessoa, ocorrendo sua morte, quem irá suceder com relação aos bens, cônjuge ou companheira? Infelizmente a Lei Civil não trouxe uma resposta para tal caso concreto, decorrendo desta polêmica muitas divergências doutrinárias.

Para resolver o conflito, poderiam-se levantar algumas propostas, como:

1) fazer a divisão de igual modo entre cônjuge e companheiro; 2) dar ao companheiro um terço sobre os bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável, conforme aplicação do art. 1.790, e a parte restante destinar ao cônjuge; 3) o cônjuge receber toda herança, dentre outras opções, sendo que todas as hipóteses traçadas não resolvem de forma justa a situação, gerando prejuízo para uma parte ou para outra.

Na visão de José Luiz Gavião de Almeida *apud* Nélio Bicalho Pessoa (2012)

se concorrerem apenas o cônjuge e o companheiro, este deve recolher apenas um terço dos bens conseguidos durante a sociedade familiar da qual participou. Embora a lei fale nesse direito apenas na concorrência com outros parentes sucessíveis e embora o cônjuge não seja parente, melhor é essa solução. Se na concorrência com quem recebe em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, essa é a solução legal, outra não poderia ser a solução se a concorrência se dá com quem recolhe a herança por estar na terceira posição.

Extrai-se desse pensamento que ao companheiro será devido um terço dos bens adquiridos durante a sociedade familiar, ao passo que ao cônjuge será devido dois terços da herança.

Por outro lado, o artigo 1.830 do Código Civil, assegura ao cônjuge o direito sucessório, mesmo se separado de fato, desde que por tempo não superior a dois

anos, ou por tempo maior, se comprovada que a ruptura deu-se sem culpa do sobrevivente. (PESSOA, 2012)

Os ministros da quarta turma do STJ, no julgamento de um recurso especial em que dois irmãos do falecido protestam contra a determinação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) de inclusão da esposa de um deles como meeira que estava separada de fato do marido há mais de seis anos, decidiram pela impossibilidade de existir comunicação dos bens adquiridos após a ruptura da vida conjugal, mesmo que os cônjuges estejam casados em regime de comunhão universal. (STJ, 2009)

Conforme a interpretação do relator, ministro Luis Felipe Salomão, “o cônjuge que se encontrava separado de fato, quando transmitida a herança, não faz jus à meação dos bens devidos pelo marido na qualidade de herdeiro”. Ainda segundo sua interpretação, “em regime de comunhão universal de bens, a comunicação destes (assim como as de dívidas) deve cessar com o término da vida em comum, respeitando o direito de meação do patrimônio adquirido durante a vida conjugal.” (STJ, 2009)

O entendimento para o caso específico foi de que o marido já havia estabelecido união estável com outra mulher, que é regulado pelo regime de comunhão parcial de bens. Essa prática tem autorização expressa no Código Civil (artigo 1.723, parágrafo 1º). (STJ, 2009)

Compreende-se que a união estável será configurada, caso a pessoa casada esteja separada de fato. Nessa hipótese, os direitos sucessórios serão resguardados ao companheiro e não mais ao cônjuge sobrevivente. Nada obstante, se não houver prova da separação de fato, a união estável não é reconhecida, conforme posição do STJ¹⁴.

Este dispositivo permite concorrência simultânea entre o cônjuge e o companheiro, gerando uma situação difícil de solução, já que o legislador não informou como será efetuada a divisão de bens nessa hipótese, devendo ser, portanto, uma tarefa deferida para a jurisprudência. (PESSOA, 2012)

¹⁴ Anexo E.5, p.130.

Quanto à concorrência da administração provisória de bens entre cônjuge e companheiro, considerando-se a constitucionalidade do CC/ art. 1.723, § 1º, a melhor solução será declarar a inconstitucionalidade da regra em comento. Porém, se for admitida de modo constitucional, será preterido tal direito ao companheiro, de acordo com a literalidade do CC/, art. 1.797, inc. I, uma vez que o cônjuge, ao tempo da abertura da sucessão, encontra-se separado de fato. Diante disso, não haverá incidência do CC/ art. 1.723. Todavia, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que deve ser mantido o direito do cônjuge se não houve culpa de sua parte na separação de fato. Para Inácio Bernardino de carvalho Neto (2005, p.158), “deve-se entender ter à administração quem já estava de fato na administração dos bens... não sendo recomendável alterar essa situação, a não ser que haja motivo ponderável para tanto”. (CARVALHO NETO, 2005, p.157-158)

Ainda diante da controvérsia, Cristiano Chaves Farias¹⁵ aponta que na hipótese de haver separação de fato com menos de 02 (dois anos) culminada com união estável, quem tem direito à herança “evidentemente, é o companheiro. A jurisprudência do STJ, inclusive, já está sedimentada no sentido de que a simples separação de fato cessa os efeitos do casamento com relação ao regime de bens (STJ, REsp.555.771/SP). Portanto, conferir direito sucessório a quem está separado de fato (independentemente de qualquer prazo) é incentivar o enriquecimento sem causa, na medida em que não está colaborando para o patrimônio”.

Camilo de Lelis Colani Barbosa¹⁶ afirma: “não tenho dúvidas que deverá ser o companheiro mormente após a EC/66”. Nesse sentido, Luciano Lima Figueiredo¹⁷ diz: “o direito é do companheiro, pois a separação de fato paralisa o regime de bens e o casamento anterior, bem como, autoriza o início de união estável (CC/ art. 1.723)”. E, Alberto Raimundo Gomes dos Santos¹⁸ salienta: “comprovada à separação de fato do casal, há o rompimento do vínculo, ficando os cônjuges liberados para constituição de novas relações com as implicações patrimoniais decorrentes, neste caso, da união

¹⁵ Anexo A, item 4, p.115.

¹⁶ Anexo B, item 4, p.118.

¹⁷ Anexo C, item 4, p.120.

¹⁸ Anexo D, item 4, p.123.

estável. Diante da prova de inexistência fática de vínculo entre o casal, inaugura-se uma nova família com o companheiro, conferindo-lhe exclusivamente os direitos sucessórios em decorrência da morte do outro convivente. Considero que, a partir da entrada em vigor da EC nº 66/10, houve a ab-rogação do art. 1.830 do Código Civil, entendendo o legislador, suficiente o fim do afeto no lar familiar para a extinção do vínculo, na hipótese em apreço, conjugal. Por isso, basta corroborar o termo a *quo* da separação de fato, para viger daquele ponto a dissolução do casamento com todos os efeitos que lhe são inerentes (pessoais e patrimoniais)”.

Dos entendimentos registrados acima, compreende-se que o direito à sucessão será atribuído ao companheiro, já que não existe mais o vínculo entre o falecido e o cônjuge sobrevivente, mas somente ao companheiro. Desse modo, só a jurisprudência mansa e pacífica dará a resposta final para tamanha confusão.

6.6 CRÍTICA AO CC/ ART. 1.790

O art. 1.790 do Código Civil de 2002, que regula a sucessão do companheiro, sofre inúmeras críticas doutrinárias, sendo a primeira, a localização do Supedâneo Legal que está no Título I – Da Sucessão em Geral; no Capítulo I – Das Disposições Gerais. Ele deveria ficar constar no Capítulo que regula a Ordem de vocação hereditária. (VELOSO, 2002, p.280).

Sua colocação pode induzir ao entendimento de que a sucessão do companheiro não é legítima. (CINTRA, 2009, p.390).

Todavia, esse é o problema de menor relevância quando se trata o art. 1.790. Tal dispositivo merece crítica mais severa, pois é deficiente e falho em sua essência, segundo entendimento, também, do STJ¹⁹.

Quando o art. 1.790 foi elaborado, o Brasil, encontra-se em uma realidade social diferente da atual, onde nem mesmo a vigente Constituição Federal existia. Por conta

¹⁹ Anexo E.6, p.131.

disso, o aplicativo legal é desatualizado e precário, não atendendo de modo satisfatório os anseios da nova sociedade.

A Lei Civil colocou o companheiro em patamar inferior com relação ao cônjuge. Para iniciar, o companheiro só participará da sucessão do *de cujus* se, ao tempo da morte, ainda existir a união estável.

Em relação ao cônjuge, a norma é mais benéfica, pois há possibilidade de discussão de culpa no caso da separação de fato, embora haja amplas críticas quanto a essa hipótese. (CINTRA, 2009, p.390)

A sucessão do companheiro, como é cediço, limita-se aos bens adquiridos de forma onerosa na união estável. Assim, é importante não confundir meação com direito hereditário. A meação se dá através da relação patrimonial, sendo estabelecida pela lei ou diante da vontade das partes. Já a sucessão hereditária origina-se com a morte, e a herança é transmitida aos sucessores segundo as pretensões legais ou vontade do autor da herança. (VELOSO, 2002, p.281)

Desse modo, há que se atentar para o fato de que um sujeito pode ser meeiro sem ser herdeiro, herdeiro sem ser meeiro e ser meeiro e herdeiro ao mesmo tempo. Porém, a meação e a herança são causas diversas e se norteiam em motivos e regras distintas.

A restrição do direito sucessório do companheiro sobre os bens do falecido adquiridos durante a união estável, não há razão de ser, e pode criar sequelas para o companheiro sobrevivente.

Outra questão tratada de modo incoerente no art. 1.790 é a concorrência do companheiro com os descendentes. Quanto aos bens objetos da sucessão, o CC/ art. 1.790, inc. I determina a concorrência do companheiro com filhos comuns de modo igualitário.

Nota-se que, quando o companheiro concorre com os descendentes e a herança for referente aos bens não comuns, a aquele não foi oferecida a reserva de um quarto, sendo equânime ao cônjuge. Desse modo, a herança sobre os bens comuns será devida apenas aos filhos havidos de forma comum entre os conviventes. (CARVALHO NETO, 2005, p.148)

Se a concorrência for com filho apenas do autor da herança, tocará ao companheiro metade do que couber àquele CC/ art. 1.790, inc. II. Já com relação ao cônjuge, ele terá direito ao dobro do companheiro, o que demonstra uma desigualdade de direitos entre cônjuge e companheiro.

Sobre os bens não comuns que serão partilhados entre apenas os filhos do falecido, já que o companheiro sobrevivente não tem direito, pode haver o direito de representação na situação de haver um filho pré-morto. (CARVALHO NETO, 2005, p.148)

Concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais), será devido um terço da herança (CC/ art. 1.790, inc. III). Na concorrência do cônjuge com ascendentes, faz-se distinção entre os graus de ascendência e entre as quantidades de ascendentes, o que não ocorre em relação ao companheiro, sendo o primeiro mais uma vez beneficiado. Sobre os colaterais, o cônjuge os afasta, o que não ocorre com o companheiro, sendo conferido ao segundo apenas um terço da herança, enquanto um colateral, por exemplo, um primo que, muitas vezes nunca conheceu o morto, receberá os dois terços restantes. Desse modo, os colaterais são preteridos de modo injustificável.

Seguindo essa linha de pensamento, o CC/ art. 1.790, inc. IV diz que só quando não há parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Essa totalidade é referente apenas aos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável. Caso o falecido possuísse bens adquiridos antes da união estável, e esses não possam compor a herança do companheiro, passarão para o Município, Distrito ou União (CC/ art. 1.844). (VELOSO, 2002, p.283)

A questão é ainda mais gravosa (grave) quando se faz alusão ao direito real de habitação, estabelecido no art. 7º da Lei n. 9.27/96 e, que não foi mencionado pelo atual Código Civil.

Nesse panorama, mesmo com a vigência da atual Lei Civil, o parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.27/96 continua vigorando, o que outorga o direito real de habitação ao companheiro supérstite. Segundo Zeno Veloso, (2002, p.283),

este preceito não é incompatível com qualquer norma do Código, podendo-se argumentar que ele sobreviverá, até porque está na linha determinada pela Constituição Federal, de reconhecimento e proteção à união estável, como entidade familiar paralela à que é fundada no matrimônio.

Frente a tal pensamento, compreende-se que, mesmo a nova Lei Civil não tendo lidado de modo expresso com a Lei n. 9.27/96, não acontecendo revogação expressa, nem contradição, é cabível, teoricamente, a continuação da lei especial e da lei geral posterior, tratando da mesma matéria.

Ainda sobre as atrocidades cometidas pela Lei Civil Maior no art. 1.790, tem-se o usufruto vital, assunto sobre o qual, o Código Civil de 2002 foi omissivo. No entanto, a Lei n. 8.971/94, que regula a união estável, legisla em favor do companheiro, conferindo a ele tal direito. Conquanto não haja um entendimento firmado pela doutrina, aponta-se que, diante da não revogação do mencionado diploma legal, continua em vigor o direito de usufruto do companheiro, já que não consiste em nenhum tipo de ilegalidade, conferindo, apenas, maior segurança e proteção à união estável.

Também, há que se registrar, que o legislador não se preocupou em fazer referência ao companheiro como herdeiro necessário, o que é ilógico e inaceitável.

Da mesma forma, é fundamental salientar que o texto buscou fazer referência à sucessão do companheiro supérstite no caso do regime de comunhão parcial, uma vez que o art. 1.790 não é aplicável a outros regimes de bens, como por exemplo, comunhão universal. Caso os companheiros façam opção por esse tipo de regime, aquele que sobreviver, diferentemente do cônjuge na mesma situação, quer concorra com descendentes ou ascendentes do morto, terá direito à meação e à herança. (FARO, 2011, p.113)

Essa é, sem dúvida, mais uma forma desigual aplicada pelo Código Civil com relação ao cônjuge e ao companheiro.

Portanto, diante do exposto, é importante fazer uma consideração acerca da sucessão do companheiro, pois para que este exerça seu direito sucessório, deve haver uma sentença judicial que reconheça e declare ter havido a união estável e, se antes da morte de um dos companheiros a união estável houvesse sido dissolvida,

faz-se necessário uma ação declaratória de união estável combinada com a dissolução. Além disso, o companheiro supérstite deve proceder ao inventário e partilha judicial, para suceder ao falecido. (FARO, 2011, p.111)

Precisamente, a única vantagem que possui o companheiro em relação ao cônjuge é quando não existem bens particulares e havendo a concorrência dele com descendentes, seja comum ou não comum, o convivente terá direito tanto a meação quanto a participar da herança. Ocorre que, isso é mais uma injustiça deferida pelo Código Civil. (CARVALHO NETO, 2005, p.150)

Sobre o assunto em cometo, Dr. Luciano Lima Figueiredo²⁰, diz que, o art. 1.790 “é um dos artigos mais criticados do Código Civil de 2002 em vários aspectos. O primeiro motivo é a sua localização, pois ele deveria estar na parte de vocação hereditária, especificamente, entre os herdeiros necessários, porque entendo que companheiro é herdeiro necessário. O segundo motivo é porque a herança não deveria incidir apenas sobre bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O terceiro motivo é por não tratar da concorrência híbrida. O quarto motivo é por entender o companheiro como herdeiro facultativo”.

Dr. Cristiano Chaves Farias²¹, afirma que o art. 1.790, “só merece críticas. Não há sentido prático em tratar o sistema sucessório do companheiro diferentemente do cônjuge. Qual seria a razão? O casamento é uma família de primeira categoria? Deve-se ignorar que a maioria da população encontra-se em união estável? Ademais, o aludido artigo cria, inclusive, uma situação em que a união estável teria mais direitos do que o casamento – o que, por absoluta ilógica e coerência, também não deve ser admitido”.

Para Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa²², o artigo merece “muitas críticas, especialmente no que diz respeito à concorrência dos direitos do companheiro sobrevivente com os parentes colaterais do falecido”.

²⁰ Anexo C, item 3, p.120.

²¹ Anexo A, item 3, p.115.

²² Anexo B, item 3, p.118.

E, Dr. Alberto Raimundo Gomes dos Santos²³, diz que “no que se refere à igualdade que deve existir entre cônjuges e companheiros, pelo comprometimento mútuo que gozam ambas as relações (marital e convivencial), não se pode diferir a sucessão de ambos, posto que pautadas em pressupostos semelhantes de convivência entre os pares. Em razão disso, o art. 1.790, ao tratar da sucessão do companheiro, deveria observar as mesmas regras estabelecidas para o art. 1.829 do Diploma Civil, regulando sem distinção os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente”.

Percebe-se que, pelo princípio da igualdade, não há razão para o cônjuge ser prestigiado, sendo tratado como herdeiro necessário e o companheiro apenas como herdeiro facultativo, tendo que concorrer com colaterais até o 4º grau e recebendo apenas um terço da herança. (VELOSO, 2002, p.286-287)

Assim, nota-se a real necessidade de haver uma reforma na parte da sucessão que toca ao companheiro, já que a família é a base da sociedade e a união estável é reconhecida como entidade familiar, sendo praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas.

Desse modo, visando corrigir diversos aspectos do Código Civil em matéria de sucessão do cônjuge e do companheiro, vários projetos estão sendo propostos perante a Câmara dos Deputados, como o PL. 4.908/12, proposto pelo Deputado Federal Hidekazu Takayama, do PSC-PR, servindo-se das conclusões da tese de doutorando perante banca na USP, do autor Inácio de Carvalho Neto. (CARVALHO NETO, 2013, p.92)

O que se espera com a aprovação de um projeto desse tipo é superar as injustiças sofridas pelo companheiro, afastando os infortúnios já amplamente debatidos pelos doutrinadores, tornando a matéria mais simples para uma aplicação mais prática e mais igualitária.

Ao mesmo passo, e em busca da correção do retrocesso nas conquistas sociais dos companheiros frente aos cônjuges, o Projeto de Lei n. 6.960, de 2002, do Deputado Ricardo Fiúza, propõe uma nova redação para o inc. III do art. 1.790, em que o

²³ Anexo D, item 3, p.123.

companheiro em falta de descendentes e ascendentes terá direito à totalidade da herança. (DE SOUZA, 2009, p.13)

Essa proposta visa afastar os colaterais na concorrência com o companheiro, tornando-o igualitário ao cônjuge, já que o art. 1.790, inc. III violou frontalmente o princípio de proibição do retrocesso social, quando deixou de fazer referência ao conteúdo da Lei n. 8.971/94.

Outro Projeto de Lei apresentado foi o de n. 4.944, de 2005, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, com interação de membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família, sugerindo nova ordem de vocação hereditária aplicável de forma igual para cônjuge e companheiro supérstite. (AMARANTE, 2011, p.152)

Nessa proposta, visa-se elevar o companheiro vivo à categoria de herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, descendente e ascendentes, respeitando a opção do constituinte em ofertar proteção ao instituto família, independente de sua formação, sendo indiferente se moldada através do casamento ou da união estável.

Diante das inúmeras críticas levantadas em relação ao art. 1.790, do Código Civil de 2002, conclui-se por sua inconstitucionalidade, uma vez que despreza a equalização do companheiro ao cônjuge regulado pelo art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988.

As famílias são favorecidas da mesma dignidade e respeito. Não existe, portanto, família de primeira ou de segunda classe. Qualquer discriminação nesse sentido afronta a Carta Magna, desse modo, o art. 1.790 é retrógrado, devendo ser extirpado do sistema jurídico, como se nunca tivesse existido.

7 CONCLUSÃO

O instituto família está resguardado pela Constituição Federal de 1988, já que constitui a base da sociedade.

A composição familiar já não é formada apenas pela relação entre pais e filhos,

envolve, também, a relação das pessoas entrelaçadas por consanguinidade, afinidade ou afetividade, além dos cônjuges e companheiros. Dessa forma, os filhos havidos ou não através do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, sendo proibido qualquer tipo de discriminação referente à filiação.

Em consonância como os novos ditames legais vigentes atualmente no Brasil, o Direito das Famílias não está restringido pelo casamento e pela união estável entre um homem e uma mulher, podendo se perfazer também na família monoparental e por outros balizamentos, como pelo afeto, pelas uniões homoafetivas e pela solidariedade.

Nesse sentido, observa-se que o mais importante da corporação, seja entre homem e mulher, entre pais e filhos, consanguíneos ou afetivos, homossexuais ou não, é que as pessoas possam compartilhar entre si a felicidade, o amor e o respeito, projetando uma vida harmoniosa, pautada na integridade, segurança, educação e desenvolvimentos de todos os presentes e envolvidos, eliminado elementos que desabonem a conduta moral e social.

O Código Civil de 2002 congrega no direito pessoal o casamento e suas disposições gerais, determinando que essa regulamentação estabeleça comunhão de vida com base na igualdade de direitos e deveres conjugais; esboça quanto à capacidade para atingir tal fim; especifica os tipos de impedimentos e as causas suspensivas; traça o processo de habilitação e celebração; traz o rol das provas; bem como se configura sua invalidade e eficácia. E quanto ao direito patrimonial, a referida Lei trata sobre os regimes de bens entre os cônjuges; do usufruto e da administração dos bens de filhos menores; dos alimentos e dos bens de família; legislando, ainda, sobre a união estável, reconhecendo-a como entidade familiar.

A união estável, embora se distinga do casamento pela inexistência de formalidades legais, é reconhecida como entidade familiar pela CF/88 e pela Lei Civil Maior. Desse modo, para que se configure este tipo de convivência, são necessárias notoriedade, duração prolongada, continuidade, estabilidade, inexistência de impedimentos matrimoniais, relação monogâmica e o ânimo de constituir família, cabendo aos companheiros obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda,

sustento e educação dos filhos.

Recentemente, o STF, através da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, pautado nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se para a premissa do direito das sucessões, incorpora-se a sucessão como a transferência de direitos de determinado sujeito para outro, a título universal ou singular, dando-se sua abertura através da morte, que deve ser provada por meios utilizados pela Medicina Legal ou pela certidão de óbito no plano jurídico, excetuando-se casos de impossível comprovação.

O Código Civil constitui a legítima como a metade dos bens da herança pertencendo de pleno direito aos herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Assim, compreende-se todo herdeiro necessário como legítimo, mas nem todo legítimo como necessário.

Quanto à sucessão testamentária, esta é ato de última vontade, em que a faculdade de dispor em testamento não pode sofrer limitações ou restrições, a não ser por força de determinação de lei, por ser ato de ordem pública. Nesse caso, o herdeiro pode ser tanto legal como instituído através de testamento.

O testamento pode ser apresentado nas formas ordinárias: público, cerrado e particular; sendo proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. Quanto suas formas especiais, podem ser: marítimo, aeronáutico e militar, não se admitindo outros.

O direito sucessório na união estável é regulamentado pelo Código Civil de 2002, sendo que companheiro a título de herança recebe menos do que o cônjuge sobrevivente.

Haverá concorrência do acervo hereditário de modo igualitário entre o companheiro e os filhos comuns havidos da união estável. Quando a concorrência do companheiro for com filhos exclusivamente do falecido, lhe caberá apenas metade da quota, parte que caberá a cada um dos filhos. A Lei não se antecipou sobre a hipótese de haver uma situação híbrida, não se encontrando para tal situação uma solução plausível.

Ocorrendo a ausência de descendentes do autor da herança, o companheiro concorrerá com os ascendentes do companheiro morto, sendo-lhe dada a terça parte da herança. Não existindo nenhum ascendente vivo, chamam-se a suceder os parentes colaterais (irmãos, sobrinhos e tios), se o companheiro também for morto. Caso não haja nenhum dos parentes até o momento mencionado, são chamados à sucessão os parentes de quarto grau. E na ausência destes, os bens do morto serão entregues ao domínio do poder público.

Está evidente que o atual Código Civil brasileiro confere maiores privilégios ao cônjuge supérstite, não oferecendo as mesmas condições ao companheiro. Além de não receber a quota mínima, o companheiro, na ordem de vocação hereditária, é colocado em último lugar. Desse modo, ele concorre com os colaterais e só terá direito a integralidade da herança se o falecido não tiver parente nenhum. Caso o morto tenha qualquer parente, podendo ser até um sobrinho-neto, este receberá dois terços da herança e ao companheiro caberá, apenas, um terço.

Partindo do pressuposto de que tanto o casamento quanto a união estável são entidades familiares sem distinção de ordem patrimonial, o tratamento dispensado de forma diferenciada entre ambos fere o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Fazendo referência às Lei n. 9.278/96 e n. 8.971/94, estas não fizeram menção sobre o companheiro ser inventariante, no caso de falecimento do outro. O assunto é tratado, tão somente, através de jurisprudência. Todavia, quanto à questão do companheiro como administrador provisório dos bens, houve inovação do Código Civil, concedendo ao convivente o direito à administração provisória dos bens até que seja nomeado inventariante, como é aplicado ao cônjuge.

Em conformidade com o entendimento extraído das entrevistas realizadas no presente trabalho monográfico, tem-se que as aludidas leis de importância maior para o reconhecimento e proteção especial da união estável foram parcialmente revogadas, derrogação com base no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Permanecem apenas dispositivos isolados, como, por exemplo, o art. 7º da Lei n. 9.278/96, que reconhece o direito real de habitação do companheiro,

em caso de viuvez, conforme entendimento majoritário da doutrina e do próprio STJ. Quanto ao direito de usufruto, este é regulado pela Lei. n. 8.971/94, em seu art. 2º e continua a existir, mesmo diante da omissão legislativa do Código Civil de 2002.

Referente à separação de fato culminada com a união estável, o direito sucessório aplicável será concernente ao companheiro sobrevivente. A jurisprudência do STJ, inclusive, já está sedimentada no sentido de que a simples separação de fato, cessa os efeitos do casamento, com relação ao regime de bens. Portanto, conferir direito sucessório a quem está realmente separado de fato, independente de qualquer prazo, é incentivar o enriquecimento sem causa, na medida em que não está colaborando para o patrimônio.

Diante das omissões legislativas, o art. 1.790 sofre inúmeras críticas a começar por sua localização, que está no Capítulo das Disposições Gerais, embora trate do direito sucessório do companheiro. O dispositivo deveria ser inserido no Capítulo que regula a ordem de vocação hereditária.

Através do artigo ora arguido, a Lei Civil colocou o companheiro em patamar inferior em relação ao cônjuge, já que a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos de forma onerosa na união estável. A questão é ainda mais grave quando se faz alusão ao direito real de habitação, estabelecido no art. 7º, da Lei n. 9.27/96, e que não foi mencionado pelo atual Código Civil, conforme já mencionado.

Frente toda abordagem trazida, nota-se que quando o companheiro concorre com os descendentes e a herança for referente aos bens não comuns, à aquele não foi oferecida a reserva de um quarto, sendo equânime ao cônjuge. Desse modo, a herança sobre os bens comuns será devida apenas aos filhos havidos de forma comum entre os conviventes. Quanto à concorrência do companheiro com os colaterais, a esse é preterido de modo injustificável. Percebe-se, então, que o artigo em discurso não tratou da concorrência híbrida e entende o companheiro como herdeiro facultativo.

O CC/ art. 1.790, inc. IV diz que não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança. Essa totalidade é referente apenas aos bens

adquiridos de forma onerosa na constância da união estável. Caso o falecido possuísse bens, adquiridos antes da união estável, e esses não possam compor a herança do companheiro, passarão para o Município, Distrito ou União.

Precisamente, a única vantagem que possui o companheiro em relação ao cônjuge é quando não existem bens particulares e havendo a concorrência dele com descendentes, seja comum ou não comum, o convivente terá direito tanto a meação quanto a participar da herança. Ocorre que, essa é mais uma injustiça deferida pelo Código Civil.

Percebe-se que, pelo princípio da igualdade, não há razão para o cônjuge ser prestigiado, sendo tratado como herdeiro necessário e o companheiro, apenas, como herdeiro facultativo, tendo que concorrer com colaterais até o 4º grau e recebendo apenas um terço da herança.

Nesse sentido, entende-se por úteis a seguintes sugestões de adequação que podem ser realizadas no atual Código Civil brasileiro, como: suprimir o art. 1.790, colocando-se o companheiro ao lado do cônjuge na ordem de vocação hereditária disposta pelo art. 1.829, no inc. III; alterar os incisos I e II do art. 1.829, para se reunir com a introdução do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem de vocação hereditária; mudança do art. 1.831, para inserir o companheiro na previsão do direito de habitação; decomposição do art. 1.832, para se ligar com a adição do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem de vocação hereditária; e por fim, alterar o art. 1.845, incluindo(-se) o companheiro ao lado do cônjuge, na classe dos herdeiros necessários, conciliando-se (este) esse diploma legal com todos os demais investigados.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo Augusto Napinonga. **A Problemática da Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro à Luz do Código Civil de 2002**. Revista de

Direito/Universidade Federal de Viçosa. Departamento de Direito, -V.I, n. 4. Semestral. UFV: Viçosa, 2011, p. 135-155.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Entrevista realizada por Mônica Souza de Cerqueira. Via e-mail cermonica@hotmail.com**. Salvador: 12 set. 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 12 maio 2013.

_____. **Lei n. 8.971**, de 29 de dezembro de 2004. Brasília, DF, 29 dez. 1994.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 05 maio 2013.

_____. **Lei n. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Brasília, DF, 10 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 05 maio 2013.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 maio 2013.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Novo Projeto de Lei pretende corrigir a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Revista dos Tribunais. Ano 102. v. 932, jun. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

CINTRA, Larissa Cavalcanti. **A inconstitucionalidade da Sucessão do Companheiro no Código Civil de 2002**: Proposta de compatibilidade com a legalidade constitucional. *In*: Cristiano Chaves de Farias. (Org). **Leituras Complementares de Direito Civil: O direito civil-constitucional em concreto**. 2.ed. Salvador: JusPodivm: 2009, p. 359-396.

CORDOIL, Verônica Ribeiro da Silva. Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil às Leis n^{os} 8.971/94 e 9.278/96. **Revista IOB de Direito de Família**. Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. v.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. Porto Alegre: Síntese, v.11, n.53, abr./maio. 2009, p.15-43.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência Sucessória do Companheiro Sobrevivo. *In*: Cristiano Chaves de Farias. (Org). **Leituras Complementares de**

Direito Civil: O direito civil-constitucional em concreto. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.327-358.

DE SOUZA, Renato Felipe. Anotações sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 1.790, III, do Código Civil Brasileiro. **Revista IOB de Direito de Família.** Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. v.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. Porto Alegre: Síntese, v.11, n.53, abr./maio. 2009, p.7-14.

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

DOS SANTOS, Alberto Raimundo Gomes. **Entrevista realizada por Mônica Souza de Cerqueira. Via e-mail cermonica@hotmail.com.** Salvador: 24 out. 2013.

_____. Manual das Sucessões. 3.ed. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a, v.5.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** 5.ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodivm: 2013, v. 6.

_____. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. *In:* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.41-82.

_____. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. *In:* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.241-264.

_____. **Entrevista realizada por Mônica Souza de Cerqueira. Via e-mail cermonica@hotmail.com.** Salvador: 08 set. 2013.

FARO, Julio Pinheiro. A Sucessão do Companheiro. **Revista Síntese Direito de Família.** Nota: Continuação de Revista IOB de Direito de Família. v. 1, n.1, jul.1999. Publicação Periódica Bimestral. São Paulo: Síntese, v.12, n.65, abr./maio, 2011,

p.99-114.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. **Entrevista realizada por Mônica Souza de Cerqueira na Faculdade Baiana de Direito e Gestão**. Gravada. Salvador: 13 out. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquerir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.191-240.

GOECKS, Rennata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A Possibilidade do Reconhecimento da União Estável Putativa e Paralela Como Entidade Familiar Frente aos Princípios Constitucionais Aplicáveis. **Revista IOB de Direito de Família**. Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. v.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. Porto Alegre: Síntese, v.9, n.45, dez./jan. 2008, p.120-135.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. rev. atual por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

_____. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.1-14.

_____. Herdeiros necessários e direito de representação. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.125-190.

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica em face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002. V.1. *In*: DELGADO, Mário Luiz; JONES, Figueirêdo Alves (coords). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, 2003, p.417-444.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. União Estável e Concubinato. **Revista IOB de Direito de Família**. Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. v.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. Porto Alegre: Síntese, v.9, n.45,

dez./jan. 2008, p.88-99.

PERALTA, Barbara Heliodora de Avellar. A Sucessão do Companheiro Face à Ausência de Norma Dispositiva Focada na Concomitância de Filhos Comuns e Exclusivos do Falecido. Abordagens Práticas. **Revista IOB de Direito de Família**. Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. v.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. Porto Alegre: Síntese, v.9, n.52, fev. /mar. 2009, p.101-111.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18.ed. rev. atual por Tânia da Silva Preira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. VI.

PEREIRA, Tarlei Lemos. **Direito Sucessório dos conviventes na União Estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

PESSOA, Nélio Bicalho. **Direitos Sucessórios na união estável**. Postado em 03 de abril de 2012. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sucess%C3%B3rios-na-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>>. Acesso em: 07 set. 2013.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **Revista Síntese de Família**. Nota: Continuação de Revista IOB de Direito de Família. V.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. São Paulo: Síntese, v.14, n.74, out./nov. 2012, p.72-91.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Casamento entre Homossexuais no Brasil. **Revista Síntese de Família**. Nota: Continuação de Revista IOB de Direito de Família. V.1, n.1, jul. 1999. Publicação Periódica Bimestral. São Paulo: Síntese, v.13, n.67, ago./set. 2011, p.124-126.

STF. **Quarta Turma admite casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103687>. Acesso em: 05 maio 2013.

_____. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 05 maio 2013.

STJ. **Casada em comunhão universal, mas separada de fato, não tem direito à herança do marido**. 2009. Disponível em:<

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91898&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Casada%20em%20comunh%E3o%20universal,%20mas%20separada%20de%20fato,%20n%E3o%20tem%20direit o%20%E0%20heran%E7a%20do%20marido>. Acesso em: 07 set. 2013.

_____. **AI no Recurso Especial Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**. Relator : Ministro Luis Felipe Salomão. R.P/Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. DJe: 28/02/2013. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1081368&sReg=200901600515&sData=20130228&formato=PDF>. Acesso em 07 set. 2013.

_____. **AREsp 012020**. Relator: **Ministro RAUL ARAÚJO**. Data da Publicação: **01/07/2013**. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=UNI%C3O+EST%C1VEL++USUFRUTO&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 04 dez. 2013.

_____. **AREsp 278225**. Relator: **Ministro SIDNEI BENETI**. Data da Publicação: **17/10/2013**. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/deciso es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=UNI%C3O+EST%C1VEL++DIREITO+REAL+DE+HABITA%C7%C3O&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 04 dez. 2013.

_____. **EDcl no REsp 887990 / PE = Embargos de Declaração no Recurso Especial 2006/0116550-5**. Relator(a). Ministro Luis Felipe Salomão (1140). Órgão Julgador. T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento 06/12/2011. Data da Publicação/Fonte. DJe 15/12/2011. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp> >. Acesso em: 07 set. 2013.

_____. **REsp 1090722 / SP Recurso Especial 2008/0207350-2**. Relator(a). Ministro Ministro Massami Uyeda (1129). Órgão Julgador. T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento. 02/03/2010. Data da Publicação/Fonte. DJe 30/08/2010 . Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1090722&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 07 set. 2013.

_____. **REsp 1156744 / MG. Recurso Especial 2009/0175897-8**. Relator(a): Ministro Marco Buzzi (1149). Órgão Julgador. T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento. 09/10/2012. Data da Publicação/Fonte. DJe 18/10/2012). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 07 set. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Rogério, Montai de. O direito de Conversão da União

Estável em Casamento nas Relações Homoafetivas. **Revista Síntese de Família.**

Nota: Continuação de Revista IOB de Direito de Família. V.1, n.1, jul. 1999.

Publicação Periódica Bimestral. São Paulo: Síntese, v.13, n.67, ago./set. 2011, p.101-106.

TARTUCE, Flávio. Da Sucessão do Companheiro. O Polêmico Artigo 1.790 do Código

Civil e Suas Contróversias Principais. **Revista Síntese Direito de Família.** Nota:

Continuação de Revista IOB de Direito de Família. v. 1, n.1, jul.1999. Publicação

Periódica Bimestral. São Paulo: Síntese, v.12, n.63, dez./jan, 2011, p.219-227.

TJ-BA. **Agora é lei: casamento homoafetivo já pode ser realizado na Bahia.**

Disponível em:

<http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=92275:agora-e-lei-casamento-homoafetivo-ja-pode-ser-realizado-na-bahia&catid=55&Itemid=202>. Acesso em: 16 mar. 2013.

VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. V.1. *In*: DELGADO, Mário

Luiz; JONES, Figueirêdo Alves (coords). **Questões Controvertidas no Novo Código**

Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2003,

p.405-416.

VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos companheiros. *In*: PEREIRA, Rodrigo da

Cunda; (coord). **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis.** Anais do III

Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.267-291.

WALD, Arnold. **Direito Civil:** direito de família. 18.ed. reform. São Paulo: Saraiva,

2013, v. 5.



ANEXO A

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

ALUNA: MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

ORIENTADOR: CAMILO DE LELIS COLANI BARBOSA

SEMESTRE: 9º TURMA: 9B

ENTREVISTA

A presente entrevista tem por finalidade complementar a monografia a ser apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sobre o seguinte tema: Efeitos do direito sucessório na união estável.

Entrevistado: Dr. Cristiano Chaves Farias

Data: 08 de setembro de 2013

Qualificação: Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1995) e especialização em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é Promotor de Justiça do Governo do Estado da Bahia, Professor da Faculdade Baiana de Direito. Tem experiência na área

de Direito, com ênfase em Direito Privado.

1. Qual o seu entendimento sobre a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96? Elas foram revogadas tacitamente pelo novo Código Civil brasileiro ou continuam em vigor?

As aludidas leis, de grande relevância para o reconhecimento e proteção especial da união estável (efetivando o compromisso constitucional), foram parcialmente revogadas (derrogação) pelo Código Civil 2002. Permanecem dispositivos isolados, como, por exemplo, o art. 7º da Lei n. 9.278/96 que reconhece o direito real de habitação do companheiro, em caso de viuvez, conforme entendimento majoritário da doutrina e do próprio STJ.

2. Existe o direito real de habitação e de usufruto para o companheiro, já que o legislador foi omissivo sobre os temas no Código Civil ?

Sem dúvida, consoante o entendimento avançado e majoritário da doutrina e jurisprudência do STJ. Pensar em sentido inverso seria esmorecer a proteção da união estável e, com isso, da maioria da população brasileira – que, segundo dados estatísticos do IBGE, está em união estável.

3. O artigo 1.790 da Maior Lei Civil merece críticas? Por quê?

Só merece críticas. Não há sentido prático em tratar o sistema sucessório do companheiro diferentemente do cônjuge. Qual seria a razão? O casamento é uma família de primeira categoria? Deve-se ignorar que a maioria da população encontra-se em união estável? Ademais, o aludido artigo cria, inclusive, uma situação em que a união estável teria mais direitos do que o casamento – o que, por absoluta ilógica e coerência, também não deve ser admitido.

4. Na hipótese de haver separação de fato com menos de 02 (dois anos) culminada com a união estável, quem tem direito à herança, o cônjuge ou o companheiro?

Evidentemente, o companheiro. A jurisprudência do STJ, inclusive, já está

sedimentada no sentido de que a simples separação de fato cessa os efeitos do casamento, com relação ao regime de bens (STJ, REsp.555.771/SP). Portanto, conferir direito sucessório a quem está separado de fato (independentemente de qualquer prazo) é incentivar o enriquecimento sem causa, na medida em que não está colaborando para o patrimônio.



ANEXO B

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

ALUNA: MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

ORIENTADOR: CAMILO DE LELIS COLANI BARBOSA

SEMESTRE: 9º TURMA: 9B

ENTREVISTA

A presente entrevista tem por finalidade complementar a monografia a ser apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sobre o seguinte tema: Efeitos do direito sucessório na união estável.

Entrevistado: Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa

Data: 02 de outubro de 2013

Qualificação: Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1992), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é assistente mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor sem vínculo do Centro de Instrução e Ensino Superior do

Amazonas e professor da Faculdade Baiana de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito de Família e Sucessões. Direitos Reais. Direito Contratual e Responsabilidade Civil.

1. Qual o seu entendimento sobre a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96? Elas foram revogadas tacitamente pelo novo Código Civil brasileiro ou continuam em vigor?

A lei 8971/94, a meu ver foi revogada pela total incompatibilidade com os arts. que tratam a sucessão no CC/02. Na lei 9278/96, permanece vigorando o § único do art. 7º.

2. Existe o direito real de habitação e de usufruto para o companheiro, já que o legislador foi omissivo sobre os temas no Código Civil?

Ver resposta anterior.

3. O artigo 1.790 da Maior Lei Civil merece críticas? Por quê?

Muitas críticas, especialmente no que diz respeito à concorrência dos direitos do companheiro sobrevivente com os parentes colaterais do falecido.

4. Na hipótese de haver separação de fato com menos de 02 (dois anos) culminada com a união estável, quem tem direito à herança, o cônjuge ou o companheiro?

Não tenho dúvidas que deverá ser o companheiro, mormente após a EC/66.



ANEXO C

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

ALUNA: MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

ORIENTADOR: CAMILO DE LELIS COLANI BARBOSA

SEMESTRE: 9º TURMA: 9B

ENTREVISTA

A presente entrevista tem por finalidade complementar a monografia a ser apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sobre o seguinte tema: Efeitos do direito sucessório na união estável.

Entrevistado: Dr. Luciano Lima Figueiredo

Data: 14 de outubro de 2013

Qualificação: Advogado. Graduação em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Atualmente leciona na Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB); Associação de Procuradores do Estado da Bahia (APEB); Curso de

Excelência (Juspodivm), Rede LFG de Ensino e outros Cursos para Concursos.

1. Qual o seu entendimento sobre a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96? Elas foram revogadas tacitamente pelo novo Código Civil brasileiro ou continuam em vigor?

Entendo que não revogadas. Elas foram derogadas com base no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Existem alguns dispositivos destas normas, em especial a Lei n. 9.278/96 que não foram tratados no Código Civil atual, por exemplo, do direito de habitação.

2. Existe o direito real de habitação e de usufruto para o companheiro, já que o legislador foi omissivo sobre os temas no Código Civil?

Sim, continua valendo. O Enunciado 117 de Direito de Família e Sucessões aprovados nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal no Art. 1831 assim diz: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.

3. O artigo 1.790 da Maior Lei Civil merece críticas? Por quê?

É um dos artigos mais criticados do Código Civil de 2002 em vários aspectos. O primeiro motivo é a sua localização, pois ele deveria estar na parte de vocação hereditária, especificamente, entre os herdeiros necessários porque entendo que, companheiro é herdeiro necessário. O segundo motivo é porque a herança não deveria incidir apenas sobre bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O terceiro motivo é por não tratar da concorrência híbrida. O quarto motivo é por entender o companheiro como herdeiro facultativo.

4. Na hipótese de haver separação de fato com menos de 02 (dois anos) culminada com a união estável, quem tem direito à herança, o cônjuge ou o companheiro?

O companheiro, pois a separação de fato paralisa o regime de bens e o casamento

anterior, bem como, autoriza o início de união estável (CC/ art. 1.723).



ANEXO D

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

ALUNA: MÔNICA SOUZA DE CERQUEIRA

ORIENTADOR: CAMILO DE LELIS COLANI BARBOSA

SEMESTRE: 9º TURMA: 9B

ENTREVISTA

A presente entrevista tem por finalidade complementar a monografia a ser apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sobre o seguinte tema: Efeitos do direito sucessório na união estável.

Entrevistado: Dr. Alberto Raimundo Gomes dos Santos

Data: 24 de outubro de 2013

Qualificação: Juiz de Direito da 6ª Vara de Família – Salvador - Bahia

1. Qual o seu entendimento sobre a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96? Elas foram

revogadas tacitamente pelo novo Código Civil brasileiro ou continuam em vigor?

Acredito que revogara, pois o Código Civil, além de estabelecer os requisitos para o reconhecimento de união estável, disciplina também os direitos patrimoniais referentes às relações convivenciais e os demais aspectos que as circundam. Portanto, traduzem a inutilidade dos dois textos legislativos que o precederam nesta matéria.

2. Existe o direito real de habitação e de usufruto para o companheiro, já que o legislador foi omissivo sobre os temas no Código Civil?

Considerando a igualdade de direitos reconhecida entre cônjuges e companheiros, à estes estendem-se todos os direitos conferidos àqueles, dentre os quais se incluem o direito real de habitação e o usufruto, visto ser a intenção do legislador constitucional proteger quem convive em comunhão de vida com o parceiro, observado o princípio da solidariedade. Não estamos diante de um silêncio eloquente do legislador, e sim de evidente omissão legislativa, suprida com a utilização da interpretação sistemática do aplicador, diante de direito civil-constitucional.

3. O artigo 1.790 da Maior Lei Civil merece críticas? Por quê?

Sob o mesmo fundamento da questão acima, no que se refere à igualdade que deve existir entre cônjuges e companheiros, pelo comprometimento mútuo que gozam ambas as relações (marital e convivencial), não se pode diferir a sucessão de ambos, posto que pautadas em pressupostos semelhantes de convivência entre os pares. Em razão disso, o art. 1.790, ao tratar da sucessão do companheiro, deveria observar as mesmas regras estabelecidas para o art. 1.829 do Diploma Civil, regulando sem distinção os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente.

4. Na hipótese de haver separação de fato com menos de 02 (dois anos) culminada com a união estável, quem tem direito à herança, o cônjuge ou o companheiro?

Comprovada a separação de fato do casal há o rompimento do vínculo, ficando os cônjuges liberados para constituição de novas relações, com as implicações

patrimoniais decorrentes, neste caso, da união estável. Diante da prova da inexistência fática de vínculo entre o casal, inaugura-se uma nova família com o companheiro, conferindo-lhe exclusivamente os direitos sucessórios em decorrência da morte do outro convivente. Considero que, a partir da entrada em vigor da EC nº 66/10, houve a ab-rogação do art. 1.830 do Código Civil, entendendo o legislador suficiente o fim do afeto no lar familiar para a extinção do vínculo, na hipótese em apreço, conjugal. Por isso, basta corroborar o termo a quo da separação de fato, para viger daquele ponto a dissolução do casamento, com todos os efeitos que lhe são inerentes (pessoais e patrimoniais).

ANEXO E

JURISPRUDÊNCIA

ANEXO E.1

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTESES, CONSTANTE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL, À **UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL** - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1.725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III do artigo 1.790 do Código Civil). VI - Recurso parcialmente provido. (REsp 1090722 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0207350-2. Relator(a). Ministro Ministro Massami Uyeda (1129). Órgão Julgador. T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento. 02/03/2010. Data da Publicação/Fonte. DJe 30/08/2010)

ANEXO E.2

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. ARTS. 1.659, VI, E **1.790, II**, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. DISTINÇÃO ENTRE HERANÇA E PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL. PROPORÇÃO DO **DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA EM RELAÇÃO AO DO DESCENDENTE EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA**. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). STJ. (EDcl no REsp 887990 / PE = EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2006/0116550-5. Relator(a). Ministro Luis Felipe Salomão (1140). Órgão Julgador. T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento 06/12/2011. Data da Publicação/Fonte. DJe 15/12/2011).

ANEXO E.3

EMENTA: DIREITO CIVIL. SUCESSAO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. (REsp. 1156744 / MG. Recurso Especial 2009/0175897-8. Relator(a): Ministro Marco Buzzi (1149). Órgão Julgador. T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento. 09/10/2012. Data da Publicação/Fonte. DJe 18/10/2012)

ANEXO E.4

DIREITO DE FAMÍLIA. **UNIÃO ESTÁVEL**. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS. RELACIONAMENTO APERFEIÇOADO ANTES DA LEI 8.971/94. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM A PARTILHAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. ALIMENTOS. SUBSTITUIÇÃO POR **USUFRUTO** DE IMÓVEL DO DEVEDOR. CABIMENTO.

(...)

É cabível a substituição de alimentos devidos à companheira por **usufruto** do imóvel de titularidade do devedor, por força do art. 21, § 1º, da Lei do Divórcio. (...)(AREsp 012020. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data da Publicação: 01/07/2013)

ANEXO E.5

DIREITO **DE** FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO **DE** RECONHECIMENTO **DE UNIÃO ESTÁVEL**. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA **DE** CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA. **SEPARAÇÃO DE FATO NÃO** PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como **união estável** a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a **separação de fato** ou **de** direito do parceiro casado. (...) (REsp 1096539 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0217038-7. Reator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Data do Julgamento: 27/03/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe25/04/2012 RT vol. 924 p. 788).

ANEXO E.6

EMENTA: QUESTAO DE ORDEM. O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMAO:

(...)

Agravo de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo.

Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94. (fl. 86, e-STJ)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, no qual se alega, em essência, que o acórdão recorrido aplicou mal o art. 1.790 do CC/02, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Sinaliza dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscita, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício.

Nessa linha, pleiteia a recorrente, companheira do falecido, a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

É o relatório.

2. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, tem despertado realmente debates doutrinário e jurisprudencial de substancial envergadura.

É de Francisco José Cahali, por exemplo, a assertiva de que "**a nova lei força caminho na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988**" e que "**houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade**" (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228).

No mesmo sentido se manifestou Zeno Veloso, para quem o "**art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho,**

em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco", concluindo ao final que **"a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais"** (Do direito sucessório dos companheiros . In. Direito de família e o novo Código Civil. Coordenação: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

Finalmente - apenas para citar mais um doutrinador, dentre tantos outros -, a acusar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, Fábio Ulhoa entende que **a união estável possui a mesma proteção que o Estado confere a famílias fundadas no casamento.**

"A única diferença" - continua Ulhoa - **"diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento"**, daí por que entende que:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.

Por conseguinte, **no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge.** (Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 pp. 144-145)

A tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 tem encontrado ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais (TJRS, Embargos Infringentes 70027265545; TJSP, Agravo de Instrumento 567.929.4/0-00; TJRS, Agravo de Instrumento 70020389284, entre outros).

Na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal no âmbito desta Corte, também foi aprovado enunciado nesse sentido: **"É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente"**.

3. De fato, àqueles que se debruçam sobre o direito de família e sucessões, causa no mínimo estranheza a opção legislativa efetivada pelo art. 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente.

[...]

3.2. Também em substância, nesse ponto não andou bem o legislador de 2002.

O caput do art. 1.790 faz alusão apenas a bens "adquiridos onerosamente na vigência da união estável". É bem de ver, destarte, que o companheiro, mesmo na eventualidade de ter "direito à totalidade da herança" (inciso IV), somente receberá aqueles bens a que se refere o caput, de modo que os bens particulares do de cujus, aqueles adquiridos por doação, herança ou antes da união, "não havendo parentes sucessíveis", terá a sorte de herança vacante.

Essa conclusão somente seria evitada se houvesse interpretação do inciso IV em total independência com a cabeça do artigo, solução que parece a mais justa, mas que carece de respaldo técnico adequado.

3.3. Por outro lado, nos termos do art. 1.725, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, sendo que o art. 1.790 prevê a "participação" do companheiro sobrevivente, em concorrência com descendentes, na sucessão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, somando-se, evidentemente, à meação decorrente do regime legal.

A sua vez, da leitura do art. 1.829, inciso I, fine, percebe-se que o cônjuge supérstite não concorre com descendentes na hipótese de remanescer apenas bens comuns do casal ("salvo se [...] no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares"), recebendo apenas sua meação - ou seja, exatamente quando o companheiro sobrevivente "participa da sucessão".

Nesse passo, cogitando-se da hipótese de os cônjuges, casados pelo regime legal, e em paralelo os companheiros, somente possuírem bens comuns - adquiridos onerosamente na constância do relacionamento -, algo que acontece com frequência, o cônjuge sobrevivente não participa da herança (art. 1.829, I, fine), amealhando apenas 50% do patrimônio comum, ao passo que ao companheiro supérstite tocará, além de sua meação, a sua "participação" na herança em concorrência com os demais herdeiros.

Nessa hipótese, o Código Civil, de forma canhestra, aquinhoou o companheiro com parcela superior a que tocaria ao cônjuge, circunstância que faz a doutrina acusar que, por vezes, a união estável confere mais direitos aos conviventes do que o casamento aos cônjuges.

3.4. Indaga-se também acerca da legitimidade da diferenciação do quinhão que tocaria ao companheiro, a depender se concorrente com filhos comuns do casal ou com filhos unicamente do de cujus (art. 1.790, incisos I e II). Concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito à quota

equivalente a que fizer jus o filho (inciso I); "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles" (inciso II). Não há solução dada pelo legislador, todavia, à hipótese de existirem, a um só tempo, filhos comuns do casal e exclusivos do autor da herança.

A persistirem as frações diferenciadas dos incisos I e II, a pretexto de conferir tratamento particular ao companheiro, acabaria o legislador por tratar de forma discriminatória os próprios filhos do de cujus, o que, em última análise, poderia ressuscitar o desgastado e odioso estigma dos "filhos adúlteros", algo explicitamente rechaçado pela ordem constitucional nascida em 1988 ("Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" - art. 227, 6º, da CF).

Nesse sentido, foi aprovado o seguinte enunciado na IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado : Na hipótese de o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns (inc. I) e descendentes somente do de cujus (inc. II), deve-se aplicar o disposto no inc. I, dividindo-se igualmente a herança.

Justificativa : Diante do princípio da igualdade entre os filhos, não se pode conceber sejam estabelecidos quinhões diferentes numa mesma partilha em que concorrem tanto os filhos comuns do companheiro sobrevivente como os descendentes só do autor da herança. Entendimento contrário faria com que os filhos exclusivos do autor da herança tivessem quinhão maior que os filhos também do companheiro sobrevivente.

4. Finalmente, analisa-se o disposto no inciso III do art. 1.790 do Código Civil: "se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança".

Depois de prever a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido, o artigo determina a concorrência com "outros parentes sucessíveis", o que abarca os ascendentes ad infinitum (art. 1.591) e os colaterais até o quarto grau (arts. 1.592 e 1.839).

Como é de conhecimento cursivo, os colaterais de quarto grau do falecido são os primos e os chamados "tio-avô" e "sobrinho-neto".

Ou seja, diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que somente concorre com descendentes e ascendentes (com estes somente na falta daqueles), o companheiro sobrevivente concorre

também com os colaterais do falecido, pela ordem, irmãos (segundo grau); sobrinhos e tios (terceiro grau); e primos, "sobrinho-neto" e "tio-avô" (quarto grau).

Por exemplo, no caso dos autos, a autora conviveu em união estável com o falecido durante 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado, e ainda assim seria, em tese, obrigada a concorrer com irmãos do autor da herança (cunhados da autora), ou então com tios, primos ou "tio-avô" do de cujus .

Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do de cujus com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do de cujus ("na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art.2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n.9.2788/96, as disposições do art.1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

Frise-se, desde já, que o STF, em duas oportunidades, anulou acórdãos proferidos por tribunais estaduais que, por fundamento constitucional, deram interpretação demasiadamente restritiva ao mencionado artigo, sem submeter a questão da constitucionalidade ao órgão competente, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 10.

Nesse sentido confirmam-se: Rcl. 10.813 MC/SP, Relator Ministro

Gilmar Mendes, e RE 597.952/RS, Relator Ministro Carlos Ayres Brito.

5. Com efeito, diante desses elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do art. 1.790 do CC/02.

Como dito antes, tem-se acusado a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, do caput aos incisos.

Porém, em sede de controle incidental de constitucionalidade, a relevância da decisão acerca da adequação constitucional da norma constitui pressuposto de admissibilidade do incidente, de modo a ser "inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa". Vale dizer, em sede de controle concreto, somente se declara a "inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa" (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 1.013-1.024).

No caso, mostra-se indispensável à solução da controvérsia instalada nos autos a apreciação, pela Corte Especial, da constitucionalidade do inciso III - e, por consequência, do inciso IV - do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

6. Diante do exposto, com fundamento no art. 97 da Constituição Federal, combinado com os arts. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ, suscito incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil. É como voto. (STJ. AI no Recurso Especial Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5) Relator : Ministro Luis Felipe Salomão. R.P/Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. DJe: 28/02/2013. Grifos nossos).