

A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

Letícia Silmara de Freitas

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Lorena.

E-mail: leticiasilmara2010@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho apresenta os obstáculos que o companheiro enfrenta com a dissolução da união estável pela morte, e a solução encontrada na jurisprudência para o caso. A partir do estudo do artigo 1.790 do Código Civil, que regula a sucessão entre os companheiros, notamos uma diferença de equiparação entre estes e os cônjuges, regulados pelo artigo 1.829 do Código Civil, verificou-se a necessidade da produção deste trabalho para uma melhor compreensão sobre as relações sucessórias que diferenciam os dois institutos. Para tanto, estudamos a fundo as origens da união estável, as leis que regulavam a mesma antes do Código Civil, a sucessão entre os cônjuges e as questões de inconstitucionalidade. O trabalho trás uma linha de raciocínio que se inicia com a evolução histórica, os conceitos, e por fim a problemática a cerca da inconstitucionalidade. Com esta publicação, espera-se transmitir com clareza e profundidade as relações de sucessão do companheiro e suas diferenças com o cônjuge, a fim de enfatizar a equiparação trazida por meio da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Palavras-chave: Sucessão; companheiro; inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho abordaremos a relação sucessória dos companheiros, casais que resolveram se unir em união estável, sem a concretização desta união por meio do casamento.

Iniciaremos este trabalho descrevendo a evolução histórica da união estável, percorrendo sobre a lei em que o direito brasileiro se embasou para criar suas próprias regras, que é o direito romano. A lei das XII Tábuas e o *Corpus Juris Civilis*, são os documentos jurídicos primordiais deste direito, e por isso aprofundaremos nossos estudos sobre sua criação e desenvolvimento, abordando aspectos históricos da época para melhor compreensão.

Após um breve estudo do direito romano, criaremos uma ponte deste direito à teoria geral do direito brasileiro, pois se sabe que o direito romano forneceu à humanidade os

conceitos preliminares do direito, sendo considerado pelos doutrinadores a origem e significado do direito.

Depois de abordar a introdução histórica do direito em um todo, trataremos sobre a origem do direito sucessório, aprofundando sobre os fatos que levaram a necessidade da criação de uma legislação para cuidar especificamente desse tema deveras importante.

O segundo capítulo se inicia com os conceitos de sucessão, explicando as espécies e efeitos da mesma, existem duas espécies de sucessão em nosso ordenamento jurídico, a testamentária que não é muito difundida no Brasil, e a legítima que por decorrer da lei é a mais utilizada, as mesmas serão abordadas com mais profundidade no decorrer do capítulo.

Enfim chegamos ao tema principal desde capítulo, a união estável, e para nos inserirmos no assunto abordaremos a evolução histórica deste instituto. A união entre homem e mulher extramatrimonialmente não tinha reconhecimento no direito brasileiro, e por isso o código civil de 1916 além de não regular essa forma de família, acabou os companheiros, pois vedava algumas coisas dentre elas a doação.

A união estável só veio a ganhar reconhecimento com a Constituição de 1988, que reconheceu o instituto, e posteriormente surgiram as duas leis que mais regulamentaram o tema, a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou os alimentos e a sucessão; e a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996 que reconheceu o direito de herdar.

Maria Berenice Dias descreve uma tentativa de conceituara união estável, pois acredita ser uma tarefa complicada devido as grandes mudanças culturais, e finalizaremos este 2 capítulo com a tentativa conceitual.

O ultimo capítulo deste trabalho tratara da problemática principal, que é concorrência do companheiro. Na sucessão, o companheiro, de acordo com o código civil, tem direito aos bens adquiridos onerosamente após a vigência da união estável, nas formas e partes especificadas nos incisos do artigo 1.790 do Código Civil.

Ao contrário do que ocorre com o cônjuge, que o Código colocou na condição de herdeiro necessário, tendo com isso direito a legítima, ao companheiro não foi dada a mesma segurança. Desta forma, percebemos que caso não tenha o companheiro direito a meação, pois os bens foram adquiridos antes da união estável ou recebidos por doação e herança, com o falecimento do autor da herança pode o companheiro ser desamparado, ficando então sem qualquer bem material.

Discorreremos sobre o artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro, explicando cada um dos incisos deste artigo. Posteriormente abordaremos a questão da inconstitucionalidade desse

artigo, que já foi objeto de várias discussões, dentre elas o recurso extraordinário 878.694/MG que trata do caso de uma união estável de 9 anos, que o companheiro faleceu sem deixar testamento, e não possuía descendentes ou ascendentes, mas apenas três irmãos.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 – HISTÓRIA DE ROMA

Para que se faça um estudo aprofundado é necessário desenvolvermos um raciocínio histórico, que permita o entendimento da evolução do direito desde os primórdios até os dias atuais. Desta forma, iniciaremos o presente estudo com o início do direito, que se deu através do Direito Romano.

Thomas Marky explica que Roma pode ser dividida em períodos para compreendermos melhor a sua evolução:

Tal divisão pode basear-se nas mudanças da organização política do Estado Romano, distinguindo-se, então, a época régia (fundação de Roma no século VIII a.C. até a expulsão dos reis em 510 a.C.), a época republicana (até 27 a.C.), o principado até Diocleciano (que iniciou seu reinado em 284 d.C.), e a monarquia absoluta, por este último iniciada e que vai até o fim do período por nós estudado, isto é, até justiniano (falecido em 565 d.C) (MARKY, 1995, p. 5)

Porém, o objetivo deste trabalho é abordar de forma simplificada a história de Roma, mencionando as partes que mais nos serão relevantes, por isso levaremos em consideração a divisão feita pelos doutrinadores Francisco Caseiro Neto e Pablo Jiménez Serrano, qual seja:

Como resultado do presente estudo, levando em conta a vasta dimensão da história de Roma e a impossibilidade real e objetiva de revivê-la numa obra como esta, entendemos que a divisão que facilitaria a compreensão da evolução dos diferentes institutos romanos é aquela na qual se estabelece um limite de espaço e de tempo entre os dois mais importantes documentos jurídicos romanos: A Lei das XII Tábuas e o *Corpus Juris Civilis*. (NETO; SERRANO, 2002, p. 17)

Um dos grandes períodos em que vigorou o Direito Romano foi da fundação de Roma até a Lei das XII Tábuas (753-450 a.C.). Neste período, também conhecido como período da Realeza, Roma foi governada por sete reis. O rei ocupava os cargos de chefe de Estado, comandante do exército, do poder de polícia, das funções de juiz, sacerdote e detinha amplos poderes administrativos. O senado era o conselho do rei; e os Comícios eram uma assembléia convocada pelo rei. (NETO; SERRANO, 2002)

Da Constituição social pré-romana se originaram a cidade e as instituições estatais da “*civitas*”, sendo em torno destas que o direito público surgiu, já o direito privado teve como base a família “*gens*”. A “*gens*” era um conjunto de famílias que podiam constituir uma grande casa, um burgo ou um município. (NETO; SERRANO, 2002, *idem*)

As duas fontes de direito romano mais importantes foram o costume e a lei. A “*lex*” era levada ao povo por meio dos reis, devendo o povo aceitar ou rejeitar a mesma. Se fosse aceita, a lei se tornava obrigatória, após ratificação do Senado.

“O costume, diz SCIALOGIA, Inst. de Dir. Rom., constitui a primeira fonte do Direito na História. Nisto estão de acordo os autores da História do Direito e os de Direito Natural, de Enciclopédia Jurídica e de Introdução ao Estudo do Direito.” (LOBO, 2006. p. 44)

Com a abolição da monarquia e a fundação da República (510 a 27 a.C.), houve a instauração de uma nova ordem de cidadania e de assembleia. A República manteve os elementos de constituição política, sendo eles a magistratura, o senado e o povo. Nessa fase se buscou uma imparcialidade na escolha dos magistrados, não sendo mais utilizada a nomenclatura “*rex*”, com o intuito de limitar a magistratura e o engrandecimento dos outros poderes do Estado. (NETO; SERRANO, 2002)

Na fase de República surgiram mais fontes do direito romano, que se juntaram ao costume e à lei, tais: o plebiscito (quando algo era submetido à deliberação da plebe pela proposta do magistrado-plebeu), a interpretação dos prudentes (jurisconsultos com a função de preencher lacunas jurídicas), e os editos dos magistrados (conjunto de projetos elaborados pelo magistrado). (NETO; SERRANO, 2002)

Alexandre Correia e Caetani Sciascia entendem que as fontes do direito variam de acordo com a época, considerando que ainda vigoram as fontes abaixo:

No II século d. C., no apogeu do direito romano, Gaio indica as seguintes fontes do direito: leis, plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiais, editos dos magistrados, respostas dos jurisconsultos. A enumeração é imperfeita por faltar a primeira fonte do direito, costume, e porque o plebiscito já não é usado no tempo do jurisconsulto para dar força jurídica a normas de conduta humana. Deve-se todavia ter presente que, pelo fato de não ter havido antes de Gaio nenhuma abolição expressa de tais fontes, continuam elas a constituir fontes de direito. Somente com Justiniano a sua eficácia é suprimida e o direito tem como única fonte a Compilação do Imperador e suas leis. Por estas razões é preferível examinar cada fonte do direito isoladamente, traçando-lhes em síntese as linhas de afirmação e desenvolvimento. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA Gaetano, 1957, p. 21-22)

O marco principal da República foi a criação da Lei das XII Tábuas, resultado de uma luta da plebe por novos direitos, tendo como obstáculo a repúdia dos patrícios e do senado. A Lei das XII Tábuas foi elaborada com base nas leis gregas e se constituiu na fonte de todo direito publico e privado romano da República.

Segundo Silvio de A. B. Meira a lei das XII Tábuas, não foi apenas uma fonte de conhecimento do direito romano, mas sim a criadora extraordinariamente fecunda de tal

direito, durante cerca de mil anos, até Justiniano (529 d.C., data da promulgação das Pandectas). (MEIRA, Silvio de A. B.. 1972, p. 31)

Por não codificar todos os costumes e instituições fundamentais do povo romano, a Lei das XII Tábuas foi considerada, inclusive por seu autor, como uma legislação primitiva, sendo por isso incompleta. A Lei buscou enquadrar o direito material e processual no mesmo volume, alternando-se quanto à análise dos diversos ramos do direito, como o direito de família e o direito da propriedade, por exemplo. (NETO; SERRANO, 2002)

Numerosas têm sido as tentativas de reconstituição da *lex decemviris*, levadas a efeito por jurisconsultos, que, desde o fim da Idade-Média, vêm se esforçando no sentido de obter a antiga lei na sua redação verdadeira. Para isso utilizaram trechos ou citações colhidos em vários autores latinos ou gregos.” (MEIRA, Silvio de A. B.. 1972)

Pietro Bonfante reconstituiu a Lei, que foi escrita primordialmente na linguagem da época, e considerou a lei como um instrumento rigoroso, visto que não apresentava exceções para as pessoas que portavam algum tipo de dificuldade física ou mental. Como se verifica da Tábua I

“Tábua I Sin in ius vocat (ito). Ni it antestamino Igitur in capito (Pomp., L. 2 § 24. D., I, 2). [Se alguém é chamado a juízo, compareça. Se não comparecer, tome testemunhas e prenda-o.]” (NETO; SERRANO, 2002, p. 28).

Após a Lei das XII Tábuas vigorou o período da criação da mesma até o Corpus Juris Civilis de Justiniano (449 a.C. – 529 d.C.). Nesse período, conhecido como Alto Império, existiu uma dualidade de governos (o governo do príncipe e o do Senado). O príncipe detinha poderes ilimitados, igualmente o Senado administrava as províncias senatoriais.

O próximo e último período do direito romano se deu da criação do Corpus Juris Civilis de Justiniano até o fim da Idade Média (529-1453 d.C.). Justiniano subiu ao trono no ano de 527 d. C., iniciando junto ao seu reinado uma reconstrução militar e legislativa, nomeando uma comissão de dez membros para elaborar as constituições imperiais. No ano de 529 a mesma ficou pronta, e foi intitulada *Nouus Iustinianus Codex*. (NETO; SERRANO, 2002)

Após a compilação desta constituição, que englobou todas as leis romanas dispersas, foi elaborado o *Corpus Juris Civilis* (Corpo do Direito Civil), o qual compõe-se de quatro partes.

1 “Codex repetitae praelectionis: promulgado em 534, após uma edição insatisfatória datada de 529, contendo em doze livros, também em cronológica, constituições imperiais desde a época dos Severos (fins do séc. II).

2 Digesta ou Pandectae: publicada em 533, essa monumental compilação de fragmentos extraídos de mais de 14.000 mil livros escritos pelos juristas clássicos, é, sem dúvida, a principal fonte para o conhecimento e estudo do direito romano em sua época de esplendor.

3 *Institutiones*: inspiradas, com toda certeza, na obra gaiana, também constituem um manual destinado ao ensino do direito, escritas provavelmente por Teófilo e Doroteu, sob a direção de Triboniano, cujo texto foi aprovado em 533.

4 Novellae: a derradeira compilação do Corpus iuris correspondente às novas constituições (168) promulgadas já no reinado de Justiniano” (TUCCI, José Rogério Cruz; ÁZEVEDO, Luiz Carlos de, 1996, 35-36)

Cada período teve suma importância para a história do direito civil brasileiro, como o código que utilizamos nos dias atuais, e o próprio “*Corpus Juris Civilis*”, que seria uma junção de todas as normas esparsas. Aprofundaremos agora a contribuição do direito romano ao direito civil brasileiro.

1.2 - CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO AO DIREITO CIVIL.

A teoria geral do direito civil é a base do direito civil moderno, e a mesma foi elaborada com grandes contribuições do Direito Romano. O direito romano forneceu à humanidade os conceitos preliminares do direito, sendo considerado pelos juristas a origem e o significado do direito.

Os juristas romanos analisavam as questões práticas e as interpretavam, sem a necessidade de uma teoria sobre a interpretação. A lei é necessária, mas ela apresenta lacunas, pois é impossível descrever todas as possibilidades que existem na prática, por isso a interpretação é tão importante, uma vez que utiliza as normas de acordo com o caso. (NETO; SERRANO, 2002)

O direito romano serviu de base para diversos ramos do nosso ordenamento jurídico, sendo que na teoria geral do direito civil podemos destacar os mais relevantes, tais: os costumes, sendo estes considerados fontes do direito; os fatos simples, dividindo-se em “voluntários” e “involuntários”, segundo emanassem ou não da vontade humana; os elementos do ato jurídico (essenciais, naturais, e acidentais); a classificação dos atos jurídicos (unilaterais, bilaterais, gratuitos, onerosos, formais, e não formais, etc.); os vícios dos atos jurídicos, entre outros.

1.3.RELAÇÕES JURÍDICAS SUCESSÓRIAS ROMANAS

A herança no direito romano era determinada pelo *pater famílias*, uma vez que, este nomeava um sucessor para obter todos os direitos do defunto. Para manter uma organização, o direito romano dividia a sucessão em duas partes. O patrimônio total do falecido, no momento em que são divididos entre um ou mais herdeiros que ocupam o seu lugar, e a situação jurídica daquele que ocupa o lugar do falecido no conjunto das relações jurídicas transmissíveis.

A principal finalidade da herança para o direito romano não era a transmissão dos bens, que hoje se tornou o motivo principal, mas sim a transmissão dos poderes que constituíam a soberania sobre a família. Como lecionam Francisco Caseiro Neto e Pablo Jiménez Serrano:

“Após a morte do *pater família*, os *ágnatos* (todos aqueles que estavam sujeitos a uma mesma potestade) se mantinham unidos.” (NETO; SERRANO, 2002, p. 186).

A sucessão testamentária foi considerada o ato mais solene da vida romana, pois nela o cidadão podia expressar a sua vontade em relação aos bens que deixaria após a sua morte. Os testamentos podiam ser feitos de forma pacífica, em comícios convocados; ou em ordem de batalha:

Conheceram os romanos, ainda, a sucessão testamentária por diversas formas e compreensiva de todo o patrimônio do testador. Tinham eles verdadeiro horror pela morte sem testamento. Como anota Sunner Maine, invocado por Washington de Barros Monteiro, nenhuma desgraça seperava a de falecer *ab intestato*; maldição alguma era mais forte do que a de augurar a um inimigo o morrer sem testamento. Finar-se *ab intestato* redundava numa espécie de vergonha. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2014, p.22)

Após a evolução do direito romano, as formas testamentárias feitas em comícios ou em guerras caíram em desuso, sendo substituídas pela que se fazia com o metal e balança. Para que um testamento fosse considerado jurídico a ele deveria ser atribuída a solenidade jurídica, sendo necessário para o mesmo que fossem preenchidos todos os requisitos. O testamento deveria ser redigido em território romano, e seria este válido mediante a presença do “*de cujus*” ou não. (NETO; SERRANO, 2002)

Os legados eram considerados uma doação deixada pelo falecido, como explicam Francisco Caseiro Neto e Pablo Jiménez Serrano:

Era a separação de uma porção da herança, pela qual o testador dispunha que, da totalidade da herança, se desse essa parte determinada a uma também determinada pessoa” (D., *de legatis*, I, 30, 116, pr. Florentino) citação da citação (NETO; SERRANO, 2002, p. 190).

A sucessão intestada ocorria quando não havia testamento, ou ainda, se o testamento estivesse em desacordo com a lei, ao final ninguém poderia herdar em virtude do mesmo, pois se trataria de ato ilícito. O povo romano tinha o costume de fazer um testamento, pois caso fossem considerados intestados seu patrimônio passaria para o agnado mais próximo, e se esse não existisse passaria ao *gentis*:

Os graus de cognação eram contados de forma ascendente, descendente e colateral. A cognação superior é a dos ascendentes; a inferior, a dos descendentes; transversal (colateral), as dos irmãos e irmãs e procriados deles, a do tio e tia materno(a) e paterno(a). (NETO; SERRANO, 2002, p. 191)

Os herdeiros eram chamados de necessários ou sui, ou ainda, necessários ou estranhos. O escravo era considerado herdeiro necessário, tendo a sua liberdade como herança após a morte do testador. Herdeiro sui e necessário eram os descendentes.

1.4. ORIGEM NO BRASIL

O direito sucessório encontra respostas na religião, pois implantou a ideia de existir uma vida além da morte, e continuando nessa linha de raciocínio se percebe que as famílias acreditam também que a permanência da vida está muito relacionada às questões sucessórias, só se tornando possível esta com a perpetuação da família.

Nas sociedades organizadas em bases capitalistas, o direito sucessório surge com o reconhecimento da propriedade privada. Está ligado à continuação do culto familiar que, desde os tempos remotos, advém da ideia de propriedade. O patrimônio e a herança nascem do instinto de conservação e melhoramento. A manutenção dos bens no âmbito da família é um eficiente meio de preservação de propriedade privada, pois todos os seus membros acabam defendendo os bens comuns. Nas sociedades onde não existe direito de propriedade nem interesse na preservação da família, não existe direito das sucessões. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p. 27)

A origem biológica e antropologia são utilizadas para justificar a transmissão hereditária dos bens, pois a lei deve se basear nos fatores naturais, e faz parte da natureza humana que os filhos herdem características genéticas, psíquicas e morais dos pais. Ao ser garantido que os bens particulares serão transmitidos aos entes caros, existe uma melhora no desempenho pessoal do ser humano ao labutar e para a economia, pois seus esforços acarretarão em uma vida mais digna aos seus.

A manutenção da família e o instinto humano de proteção e cuidado garantem uma série de direitos que o Estado deve assegurar, e que com o instituto familiar não o é

necessário, pois o mesmo já o faz. Desta forma, percebe-se que a manutenção da família é interessante também para o Estado, que se exime de direitos constitucionais por já estarem garantidos. (DIAS, 2014)

Ao passo que a vida familiar gera diversos direitos, os legisladores se encarregaram de instituir uma série de deveres que devem ser priorizados, como: o princípio da solidariedade; o poder familiar (CC 1.630); o dever de alimento (CC 1.694), bem como o dever de mútua assistência entre cônjuges (CC 1.566 III) e companheiros (CC 1.724). As pessoas a quem se obrigam o sustento e assistência não podem ser desamparadas com a morte, e deste pensamento surge a instituição dos herdeiros necessários.

Reproduzindo o modelo da sociedade do início do século passado, o Código Civil de 1916 reconhecia como família exclusivamente a constituída através do casamento indissolúvel. Para assegurar a integridade patrimonial da família, os filhos havidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos. Chamados de ilegítimos, não tinham direitos até a Constituição banir todo e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação (CF 227 §6º). Talvez seja essa a origem da expressão herdeiros legítimos, que de forma injustificável ainda permanece na lei, como se existissem herdeiros ilegítimos. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p. 30)

Ao ser implantado o princípio da igualdade na filiação, o mesmo trouxe uma série de controvérsias, pois os direitos sucessórios não estavam equiparados ao princípio. Com a doação de maiores de idade, só seria possível a sucessão com a falta da prole biológica, e se a mesma fosse possível o adotado recebia a metade do quinhão que o sucessor “legítimo” receberia. Após o reconhecimento da igualdade constitucional, o direito sucessório se tornou igual para todos, e os quinhões de filhos adotados e biológicos foram igualados.

A família matrimonial era protegida no Código Civil anterior, sendo vedados quaisquer direitos aos integrantes das relações extramatrimoniais, e se ocorresse uma doação ou benefício de seguro de vida do cônjuge adúltero ao cúmplice, o ato era nulo, conforme se verifica no Código Civil de 1916, artigos 1.177 e 1.474, “in verbis”:

Art. 1.177. A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, n. VI, e 248, n. IV). Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.” (BRASIL, 1916)

O concubinato não era reconhecido como família sob nenhuma hipótese, e a concubina do testador casado não podia ser contemplada no testamento (CC/1916 1.719 III). A jurisprudência foi se moldando às mudanças ocorridas na sociedade, e aos direitos de igualdade de forma tímida: à mulher passou a receber indenização pelos serviços domésticos;

a sociedade de fato foi identificada, dando direito a divisão do patrimônio em comum, mediante prova de cada “sócio” na formação dos bens da “sociedade”.

Os tratamentos discriminatórios do Código Civil de 1916 perduraram até a Constituição Federal de 1988, que passou a reconhecer a união estável como entidade familiar (CF 226 §3º). Porém, o direito sucessório ao parceiro sobrevivente só foi expressamente assegurado seis anos depois, como se verifica na Lei 8.971 de 1994:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens. Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário. (BRASIL, 1994)

A lei precisa acompanhar as mudanças sociais, para se manter adequada à sociedade, mas o Código Civil de 2002 não se adequou no tocante ao direito sucessório, ao invés disso reduziu a ordem de vocação hereditária, que antes alcançava até o sexto grau, mas agora somente até o quarto. (GONÇALVES, Carlos Roberto. 2014)

A Constituição Federal adotou um sistema de cláusulas abertas, mas o Código Civil de 2002 continuou a utilizar a forma do Código de 1916, sendo reproduzidas as causas de expulsão dos herdeiros, ao limitar as causas de expulsão o Código Civil não permite penalizar ações outras com a exclusão da herança. Um caso que traz bastante controvérsia no ordenamento jurídico é o fato de a injúria grave autorizar a deserção, mas o estupro não é autorizado.

Dentre as modificações ocorridas, esta o objeto deste estudo, como preconiza Maria Berenice Dias:

O que precisava ser alterado não o foi e algumas das mudanças introduzidas não se justificam. O Código Civil vinca injustificável distinção entre casamento e união estável, ao não reconhecer os mesmos direitos sucessórios a cônjuges e companheiros. A união estável está contemplada em um único artigo (CC 1.790). O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos parentes colaterais, enquanto o cônjuge, além de figurar em terceiro lugar, foi

elevado a categoria de herdeiro necessário. O direito de concorrência sucessória também concede tratamento assimétrico. Desfruta o cônjuge de privilégios em maior extensão. Todas essas odiosas diferenças são de escancarada inconstitucionalidade. (DIAS, Maria Berenice, 2014, p. 31)

Além de não equiparar cônjuge e companheiro, o Código Civil 2002 não menciona direitos de família e sucessórios para as uniões de pessoas do mesmo sexo. Sendo estes equiparados pela jurisprudência, que tem reconhecido os direitos às uniões homoafetivas, inclusive o direito a herança.

As sucessões estão elencadas no Livro V do Código Civil (1.784 a 2.027), trazendo disposições de caráter geral, e tratando ainda a sucessão legítima, a sucessão testamentária, e ao final, a disposições sobre inventário, partilha. Os legisladores parecem não ter adequado o livro das sucessões à atualidade, além disso, distribuíram dispositivos, títulos e capítulos de forma equivocada.

2. SUCESSÃO

2.1 - CONCEITO

Suceder alguém implica na mudança de titularidade da coisa, caso e que o sucessor responderá pelo bem, já que o titular não pode.

A sucessão nada mais é do que tomar o lugar de outro no campo dos fenômenos jurídicos, haverá uma mudança nos titulares da relação jurídica, mas o conteúdo continua o mesmo. A etimologia da palavra “Sub cedere”, significa alguém que toma o lugar de outrem. (VENOSA, 2014, p.1)

No âmbito jurídico existem duas formas de sucessão: em sentido amplo, que se dá nas relações *inter-vivos*, em que as transmissões ocorrem entre pessoas vivas, como na venda e compra ou doação, por exemplo; a outra é em sentido restrito, tendo como causa a morte (*causa mortis*), transferindo-se a universalidade de bens do *de cujus*, com seus encargos e direitos, aos seus herdeiros. (DINIZ, 2011, ps. 25 e 26)

Desta forma, quando o Direito Civil trata das sucessões esta se referindo, tão somente, às sucessões em sentido restrito, ou seja, aquela que tem como causa a morte, gerando por consequência a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus* aos seus herdeiros.

2.2 - ESPÉCIES DE SUCESSÃO

O Direito das sucessões pode ser classificado de duas formas. A primeira se refere à fonte de que deriva, podendo ser a sucessão testamentária ou legítima. O artigo 1.786, do Código Civil descreve esse tipo de sucessão “*Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade*”. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Por isso se diz que a sucessão, considerando-se a sua fonte, pode ser legítima ou “ab intestato” e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária. (GONÇALVES, 2015, pg. 42)

A segunda forma de classificação é quanto aos seus efeitos, sendo os mesmos a título universal ou singular.

Na sequência abordaremos individualmente cada espécie de sucessão.

2.2.1. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária advém do testamento válido ou disposição de última vontade, onde serão atendidas as vontades do testador, desde que seguidas as regras hereditárias dispostas no Código Civil Brasileiro.

Dispõe o artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro, que se o testador deixar herdeiros necessários, quais sejam: cônjuge, descendentes e ascendentes; aos mesmos será reservada a legítima, que corresponde a metade dos bens deixados em herança. Desta forma, o testador só poderá dispor da parte disponível da herança, ou seja, a outra metade.

Devemos nos atentar ao regime de bens vigente no casamento, pois de acordo com o mesmo a parte disponível e a legítima podem variar, se por acaso for utilizado o regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente teria direito à metade dos bens a título de meação, dessa forma para se calcular a legítima deveremos utilizar apenas a outra metade, ou seja, a meação do *de cujus*. Da mesma forma que, caso não haja herdeiros necessários, poderá o testador dispor da totalidade de seus bens da forma que desejar. (DINIZ, 2011, p.27)

Nesse sentido, devemos analisar primeiro se há meação, se a resposta for positiva significa que a herança será dividida, primeiramente, em dois, separando-se a parte que restará para a herança, no caso a metade, e posteriormente dividiremos tal metade em dois, novamente separando nesse momento metade da metade (25%) para a legítima, e a outra metade da metade (25%) para a parte disponível.

Porém, caso não exista meação, a totalidade dos bens será dividida em duas partes iguais, sendo metade (50%) cabível a legítima, e a outra metade (50%) ficará para a parte

disponível. Por fim, se não houver herdeiros necessários não será necessária a existência da legítima, podendo o *de cujus* dispor da totalidade de seus bens.

2.2.2 –SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima, ao contrário da sucessão testamentária, decorre da lei, nos casos onde não houve disposição de ultima vontade por parte do testador. Dessa forma o patrimônio do falecido se transmitirá aos seus herdeiros por disposição legal, a qual se encontra estipulada no artigo 1.829, do Código Civil Brasileiro, conforme podemos observar:

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

Com isso, podemos observar que os herdeiros deverão respeitar uma ordem, nela não está estipulado quem são os descendentes ou ascendentes, mas o entendimento é que seja “ad eternum”, de forma que uma classe exclui a outra.

“A regra geral estabelecida no ordenamento é que os mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, havendo descendentes do falecido, não serão chamados os ascendentes, e assim por diante.” (VENOSA, 2014, p.123)

O cônjuge supérstite, em alguns casos, poderá concorrer com os descendentes ou ascendentes, mas só poderá receber a totalidade da herança quando não houver descendentes ou ascendentes vivos.

Esta forma de sucessão é a mais comum, pois o falecido tem a possibilidade de distribuir os seus bens da forma que achar necessário, por meio do testamento, mas na maioria das vezes prefere se silenciar, uma vez que seus bens serão transmitidos aos familiares, nos graus que lhes couberem.

Eis a explicação de Carlos Roberto Gonçalves.

“A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é derivada a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestado*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cujus* elencaria se, na ausência

de regras, tivesse de elaborar testamento. [...]” (GONÇALVES, 2015, pg. 42)

No mesmo sentido assevera Maria Helena Diniz.

“Predomina, na tradição do nosso direito das sucessões, a sucessão legítima, em razão da marcante influência do elemento familiar na formação desse ramo do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção. Nosso Código Civil instituiu, a par da sucessão legítima, a par da sucessão legítima, a testamentária; assim, o elemento familiar, definido pelo parentesco, e o elemento individual, caracterizado pela liberdade de testar, são os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.” (DINIZ, 2011, pg. 29)

Será, também, legítima a herança nos casos em que o testamento for considerado nulo ou caducar, tal disposição esta elencada no artigo 1.788 do Código Civil Brasileiro, e traz sérias críticas por dispor apenas sobre a caducidade e a nulidade, deixando de lado as formas de ruptura e anulação. Sobre o tema existe o Projeto de Lei n. 276/2007. (GONÇALVES, 2015, pg. 43)

Destarte, a sucessão legítima é a regra e deverá ser utilizada sempre que não houver disposição de última vontade por parte do testador, ou ainda, nos casos em que tal disposição for declarada nula ou caducar.

2.2.3 – SUCESSÃO UNIVERSAL OU SINGULAR

Quanto aos efeitos que a sucessão pode produzir, ela é a título universal quando houver a transmissão do todo ou de uma parte indeterminada da herança, podendo o herdeiro receber a totalidade ou quotas dos bens (meação ou porções disponíveis), mas nunca um bem específico, de tal modo que os herdeiros responderam pelo passivo dos bens deixados.

A sucessão a título singular se opõe a sucessão à título universal. Nesta o testador irá transferir bens determinados e objetos certos, de forma que o herdeiro será o único possuidor deste bem, divergindo da universal, onde todos são possuidores da totalidade da herança.

Desta forma, podemos observar a diferença entre herança e legado, uma vez que a herança se resume a uma universalidade de bens, ou seja, todos serão donos da totalidade. O legado, por sua vez, consiste na aquisição de coisa determinada.

Nesse sentido pontua Silvio de Salvo Venosa:

Legado é um bem determinado, ou vários bens determinados, especificados no monte hereditário. O legatário sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão singular entre vivos. Só existe legado, e consequentemente a figura do legatário, no testamento. Não tendo o morto deixado um testamento válido e eficaz, não há legado. (VENOSA, 2014, p.10)

Cabe salientar que apenas os herdeiros respondem pelas dívidas deixadas pelo *de cujus*, e tão somente ao equivalente ao seu quinhão, ao passo que o legatário só responderá pelo pagamento se houver disposição no testamento.

No entanto, as duas formas de sucessão podem coexistir, de modo que a parte disponível dos bens será destinada a uma pessoa determinada, o legatário, e a legítima será distribuída entre os herdeiros.

Como enfatiza Carlos Roberto Gonçalves.

A sucessão poderá ser também, simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento não compreender todos os bens do *de cujus*, pois os não incluídos passarão a seus herdeiros legítimos (CC, art. 1788, 2ª parte) (GONÇALVES, 2015, pg. 43)

No mesmo sentido pontua Fábio Ulhoa Coelho:

A sucessão pode beneficiar exclusivamente sucessores legítimos, apenas testamentários ou das duas categorias. Se o morto não deixou testamento, a sucessão importará a transferência de seu patrimônio somente para os familiares indicados na lei. Se deixou testamento abrangendo validamente a totalidade do patrimônio, terá apenas sucessores testamentários. Mas se o testamento dispõe sobre uma parte dos bens, a sucessão beneficiará sucessores testamentários e legítimos.” (COELHO, 2010)

Portanto, a sucessão testamentária será a título singular, uma vez que os herdeiros receberão um bem determinado, já a sucessão legítima será a título universal, pois os herdeiros se tornam condôminos da totalidade da herança.

2.3 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável era conhecida, antigamente, como concubinato ou união livre, significa que a união entre o casal, se não a regida pelo casamento, não tinha amparo legal, e a sociedade não os reconhecia como tal. Consideravam-se concubinos o casal que mantinha relações idênticas ao casamento, mas sem serem casados, ou aqueles que tinham contraído matrimônio fora dos requisitos legais, denominação essa que hoje utilizada aos casados que infringem o dever de fidelidade.

Ocorre que o Código Civil de 1916, além de não aceitar a união livre, cuidou para que os companheiros sofressem algumas restrições, já que tal união não cumpria os deveres e direitos constantes no casamento, até porque não havia respaldo legal.

De acordo com Maria Berenice Dias.

[...] O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento [...] (DIAS, 2011 p. 238.)

Complementa Carlos Roberto Gonçalves:

[...] Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum. (GONÇALVES, 2015, p. 189)

Em determinado momento a justiça reconheceu a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros, em que podiam dividir os lucros, mas só se preenchidos vários requisitos, havia inclusive a necessidade de provar a contribuição de cada.

Os direitos dos companheiros só começaram a ganhar forças com a atual Constituição Federal, onde restou reconhecida a união livre, agora conceituada como união estável, entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a conversão do mesmo em casamento, mas mesmo após tal reconhecimento nenhuma mudança considerável ocorreu, os direitos sucessórios permaneciam sem respaldo legal.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, duas leis foram determinantes para as relações de união estável: a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou os alimentos e a sucessão; e a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que reconheceu a união estável como entidade familiar, assegurando, dentre outros direitos, o de herdar. (GONÇALVES, 2015, p. 189)

Segue abaixo o texto do art. 1º da Lei 8.971/94, “in verbis”:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual o direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

O dispositivo é claro ao elencar as pessoas que poderiam constituir união estável, de forma que os separados de fato e outras formas de relação não estariam equiparadas. A lei também cuidou de estipular um prazo para que tal direito fosse reconhecido.

No que tange ao direito sucessório, o mesmo dispositivo legal cuidou do tema em seu art. 2º:

As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos ou comuns; II - O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - Na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Silvio de Salvo Venosa explica que o diploma acima restringiu os direitos de alimentos, sucessórios e inclusive o de meação, disposto no parágrafo 3º, que prevê a meação para casos em que seja comprovada a colaboração. Desta forma, o companheiro sobrevivente deveria provar a colaboração para receber o direito à meação, fato este que restou ultrapassado com o advento da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que deu ao companheiro sobrevivente direito à meação nos casos de bens onerosos adquiridos na constância da união estável, independente do tempo em que estavam juntos ou da existência de filhos. (VENOSA, 2014, p.149)

A Lei n. 9.278/96 além de não estabelecer um prazo para a união estável, permitiu o reconhecimento da união aos casos de pessoas separadas de fato, e também o direito real de habitação, mas mesmo com tais mudanças a doutrina criticava muito os dois dispositivos legais.

Os dispositivos legais restaram revogados com o advento do Código Civil de 2002, tomando a união estável um lugar junto ao Livro de Família. O atual Código tratou da união estável do artigo 1.723 ao 1.727, bem como os artigos esparsos que estão disciplinados em outros livros.

Como explica Maria Berenice Dias:

[...] Fora do capítulo específico, outros dispositivos fazem referência a união estável. É reconhecido o vínculo de afinidade entre os conviventes (CC 1.595) e mantido o poder familiar a ambos os pais (CC 1.631), sendo que a dissolução da união não altera as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Aos companheiros são assegurados alimento (CC 1.694) e o direito de instituir bem de família (CC 1.711), assim como é admitido que um seja curador do outro.” (CC 1.775). (DIAS, 2015, p. 241.)

Ocorre que o Código Civil nada mencionou sobre o direito real de habitação, ou sobre o *usufruto vital*, que encontravam disposição na Lei n. 9.278/96. A doutrina diverge sobre o

assunto, sustentando uma corrente doutrinária a subsistência da Lei 9.278/96, alegando que não houve revogação expressa. Houve decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça a favor de assegurar a companheiro o direito real de habitação.

Por fim, esbarramos no artigo de maior controvérsia no que tange a esse estudo, o artigo 1.790 do Código Civil, que traz disposições sobre a sucessão do companheiro, o qual trataremos com maior dedicação adiante.

2.4 - CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

A união entre homem e mulher, caracterizada pela convivência, e não pelo contrato de casamento a ser firmado diante de autoridade competente, que traz consigo direito e deveres. A forma mais comum de definir a união estável está na diferenciação com o casamento.

Maria Berenice Dias acredita ser uma tarefa difícil conceituar a união estável, por se tratar de um tema que sofreu diversas transformações culturais, mas se identifica com o posicionamento do doutrinador Paulo Lôbo, que diz ser a união estável um ato-fato jurídico, por não necessitar de declaração de vontade para produzir efeitos, ele nasce da convivência e por isso incide sobre tal relação as normas constitucionais. (DIAS, 2015, ps. 241 e 242.)

Carlos Roberto Gonçalves acredita que a conceituação esta prevista no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro. A saber:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”
(GONÇALVES, 2015, p. 192)

Com isso, percebemos que a união estável se configura em uma relação entre homem e mulher, que mantenham uma convivência que pode ser deduzida por qualquer pessoa de fora, e que tenha uma duração prolongada, sem deixar de pontuar que o texto legislativo regula o objetivo de constituir uma família, não necessariamente transformando a união em casamento, mas sim com a constituição de prole.

2.5 - CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL.

A união estável tem como principal característica o fato de não necessitar de formalismo, uma vez que se presume pela convivência, de modo que caso haja ruptura não

encontrará dificuldades, pois não há deveres e direitos, como no casamento. Porém, pelo mesmo fato fica difícil de comprovar a existência de tal vínculo, e o mesmo seria necessário para os casos de divisão de bens, ou sucessão por causa da morte, deste modo, recomenda-se que um contrato de convivência seja feito entre os companheiros.

A doutrina classifica os pressupostos ou requisitos em subjetivos: a) convivência, b) Animo de constituir família; e objetivos: a) diversidade de sexos, b) notoriedade, c) estabilidade ou duração prolongada, d) continuidade, e) inexistência de impedimentos matrimoniais, f) relação monogâmica.

2.5.1 - PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

A) *Convivência*: Os companheiros devem manter uma relação de cumplicidade, companheirismo, sendo a relação pautada em cuidados que vão além dos bens materiais.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

É mister uma comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar. (GONÇALVES, 2015, p. 528)

A doutrina diverge quanto à necessidade de habitar o mesmo local, entendendo parte da doutrina que seja necessário, vez que, ficaria difícil comprovar a existência da união estável com casais que habitam em locais diversos. Deve, ao menos, existir um fato plausível para o casal não morar na mesma casa, por trabalharem em cidades diferentes, por exemplo.

Há quem utilize a súmula 382 para resolver tal controvérsia. A mesma descreve que a coabitação não é indispensável no concubinato, ocorre que a mesma foi editada há cerca de 40 anos e não se refere ao instituto atual da união estável, e sim a uma denominação passada. Vários julgados afastaram a aplicação da mesma, alegando que a coabitação é necessária, pois a vida sobre o mesmo teto é requisito para aqueles que pretendem viver em união estável. (GONÇALVES, 2015, p. 529)

B) *Ânimo de constituir família*: é requisito essencial que o casal compartilhe pensamentos futuros, de obter prole, de habitar no mesmo local, e até de se casar em determinado momento, pois seria inviável reconhecer uma união que não tenha desejos futuros.

Explica Maria Berenice Dias:

O objetivo de constituição de família é pressuposto de caráter subjetivo. A origem desse requisito esta ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais não tinham acesso ao casamento. Ou seja, a intenção do par era casar, tinha por objetivo constituir uma família, o que não ocorria tão só por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família. (DIAS, 2015. p. 242)

Desta forma, percebemos que é imprescindível a vontade de constituir uma família, pois o nascimento da entidade familiar “união estável” teve como requisito a vontade de coabitar, de partilhar dos mesmos desejos que os cônjuges, só que sem, necessariamente, casar-se.

2.5.2 - PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

a) *Diversidade de sexos*: a lei equiparava a relação de união estável no todo com o casamento, dessa forma só poderiam ser companheiros o homem e a mulher, excluindo nesse caso as relações homoafetivas. Este é o entendimento constante do artigo 1.723 do Código Civil, que descreve que a entidade família é reconhecida entre homem e mulher.

Carlos Roberto Gonçalves explica a votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que ocorreu em 05 de maio de 2011:

No dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, regida pelas mesmas regras que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais. Proclamou-se, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a auto-nomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. A referida Corte reconheceu, assim, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar, tornando automáticos os direitos que até então eram obtidos com dificuldades na Justiça. (GONÇALVES, 2015, p. 532)

Com isso, nota-se que tal pressuposto objetivo resta desnecessário, vez que a união estável passa a ser válida tanto para casais heterossexuais, como para os homossexuais.

b) *Notoriedade*: é mister que o relacionamento entre os companheiros seja conhecido pela população, sendo este um requisito expresso do artigo 1.723 do Código Civil, sendo comum que os companheiros convivam da mesma forma que os cônjuges, podendo até a serem confundidos.

A questão é necessária para provar a existência da relação, pois se não houver um contrato de convivência de que outra forma poderá ser a relação reconhecida? Isso evita que pessoas de má fé utilizem o reconhecimento da união estável para se beneficiar dos bens.

c) *Estabilidade ou duração prolongada*: o Código Civil de 2002 não se posicionou sobre a necessidade de um tempo específico para a união estável, mencionando apenas que deverá ser duradouro. A Lei n. 8.971/94 exigia um prazo de 05 anos, mas restou revogada com a existência do atual Código Civil.

Portanto, caberá ao magistrado analisar cada caso, e verificar se o período alegado pelas partes é cabível para caracterizar a união estável, o preenchimento dos outros requisitos também auxiliará o juiz em seu convencimento.

d) *Continuidade*: a relação dos companheiros poderá passar por momentos difíceis, optando as partes por um distanciamento, o fato é comum entre cônjuges ou no namoro, mas como a união estável necessita da comprovação de convivência, por não estar formalizada, o distanciamento não poderá durar por um lapso de tempo muito grande.

Outras razões levam à dificuldade de comprovar a continuidade, como por exemplo, os cônjuges que separados judicialmente, e que ao reatar não desejam constituir novo matrimônio.

Nesse sentido assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Nada obsta que o casal, separado judicialmente ou divorciado e que volta a conviver, opte por não restabelecer o casamento e passe a viver em união estável. Nesse sentido assentou o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ex-cônjuges. Restabelecimento da vida em comum, sem restauração do vínculo. Declaratória objetivando o reconhecimento da sociedade de fato. Interesse de agir existente. Inadmissibilidade de ser imposto ao casal o restabelecimento do casamento civil. Extinção do processo afastada”. (GONÇALVES, 2015, p. 534)

A decisão final a respeito do tema deverá ser analisada pelo juiz, que se valerá dos preceitos legais e do caso concreto para averiguar a existência da união estável.

e) *Inexistência de impedimentos matrimoniais*: os mesmo impedimentos constantes do casamento são válidos para a união estável, pois o legislador se preocupou em equiparar a união estável ao casamento no requisito de constituir entidade familiar, e sem legitimação para casar, o requisito de constituir entidade familiar também restará prejudicado.

Os impedimentos estão elencados nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, vejamos:

Art. 1.723. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada

se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Desta forma, o § 1º descreve que estarão impedidos de constituir união estável: os ascendentes com os descendentes; os afins em linha reta; os irmãos, unilaterais ou bilaterais; os colaterais até o terceiro grau, e o cônjuge sobrevivente com o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio de seu cônjuge “de cujus”. Em contrapartida o § 2º será desnecessário para o preenchimento dos requisitos da união estável.

f) *Relação monogâmica*: o ordenamento jurídico brasileiro repudia as relações de bigamia, prezando sempre pela relação entre duas pessoas, sendo elas heterossexuais ou homossexuais. Dessa forma, os deveres de fidelidade existentes para os cônjuges são equiparados aos companheiros.

Ocorre que em alguns casos, pode um dos companheiros agir de boa fé, sendo fiel a relação, sem saber que seu companheiro na realidade é casado. Nestes casos, a doutrina tem admitido uma “união estável putativa” reconhecendo ao companheiro inocente efeitos jurídicos.

3. UNIÃO ESTÁVEL.

3.1 - CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO NA UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 1.790 do Código Civil é a única disposição legal sobre a sucessão do companheiro, e mesmo assim é nitidamente criticado pela doutrina, pois desigualda de forma grotesca o cônjuge e o companheiro. Vejamos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Explica Carlos Roberto Gonçalves:

Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a

recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal, com exclusividade. (GONÇALVES, 2015, p.193)

A primeira questão que traz controvérsia esta elencada no “caput” do artigo 1.790 do Código Civil, que descreve que terá o companheiro direito aos bens “onerosos” adquiridos na constância da união estável. Dessa forma, para que haja sucessão ao companheiro deverá o casal ter adquirido bens durante a convivência, de modo que se houverem apenas bens adquiridos antes da convivência, ou ainda, recebidos por herança ou doação, o companheiro sairá da relação sem receber auxílio algum.

O entendimento majoritário é que ao descrever que o companheiro terá direito aos bens onerosos adquiridos na constância da união estável, o artigo 1.790 do Código Civil fez referência ao regime da comunhão parcial de bens.

Explica Carlos Roberto Gonçalves:

Bem adquirido onerosamente com recursos provenientes da venda de um bem particular não poderá integrar o acervo hereditário do companheiro sobrevivente, aplicando-se à hipótese, por analogia, o art. 1.659, I, do Código Civil, que, ao tratar do regime da comunhão parcial de bens, aplicável à união estável na ausência de pacto, estabelece expressamente: *“Excluem-se da comunhão 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”* (GONÇALVES, 2015)

A doutrina entende que ocorreu um retrocesso no sistema que protege a união estável, tendo em vista que de acordo com a Lei 8.971/94 o companheiro receberia a totalidade dos bens na falta de descendentes e ascendentes. Porém, com o advento do art. 1.790 do Código Civil o companheiro só teria direito a totalidade dos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da União se não houvesse mais descendentes, ascendentes, ou colateral até o quarto grau, pois se houver algum destes o companheiro concorrerá com os mesmo. (Gonçalves, 2014, pág. 747).

Aprofundaremos agora o entendimento do dispositivo legal acima exposto, apontando entendimentos doutrinários diversos e por fim a questão da inconstitucionalidade do artigo.

3.1.1 - CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES

O inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, descreve que ao companheiro, nos casos em que houver filhos comuns, será assegurado uma quota igual ao que caberá a cada filho.

Como enfatiza Silvio de Salvo Venosa:

De acordo com o inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos. Divide-se a herança em

partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente. Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe “por lei” aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elocubrar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. A nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador e constitui premissa falsa. (VENOSA, 2014. p. 159)

A maior crítica feita pelos doutrinadores sobre o inciso I está na palavra “filho”, pois o legislador restringiu os direitos sucessórios aos mesmos, diferente do inciso II que utiliza o termo descendente. A interpretação é no sentido de abranger todos os descendentes e não só os filhos, pois caso os descendentes mais remotos não se enquadrem nos primeiros incisos restarão apenas aqueles outros parentes sucessíveis. (FARIAS, ROSENVALD, 2016, p. 342)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam melhor a questão e o posicionamento majoritário sobre serem descendentes comuns:

Muito embora o texto legal faça alusão somente aos ‘filhos’ do falecido, parece que a melhor interpretação caminha no sentido de entender abrangidos os demais ‘descendentes’ do extinto, e não somente os seus filhos. Assim, os netos, bisnetos, trinotos... estarão inseridos na sistemática prevista nos incisos I e II do art. 1.790. Esta é, inclusive, a opinião da grande maioria doutrinária, tendo merecido referência no Enunciado 266 da Jornada de Direito Civil: Enunciado 266, Jornada de Direito Civil: ‘Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 342)

Em se tratando do inciso II, o legislador abrangeu todos os descendentes, explicando que caso concorra o companheiro com descendentes só do autor da herança, caberá ao mesmo uma parte ideal equivalente a metade do que couber a cada um dos descendentes.

Neste sentido Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem o seguinte exemplo:

[...] Ilustrando a situação, se o extinto deixou filhos que não era de sua companheira sobreviva, ela fará jus a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância (já excluída a meação), enquanto o filho terá 2/3. Continuando o exemplo, se o falecido deixou dois filhos exclusivamente seus, a companheira terá 1/5 dos bens adquiridos onerosamente (repita-se afora a sua meação) e cada um dos filhos terá 2/5. Em suma-síntese: cada filho terá duas vezes a cota que couber ao companheiro sobrevivente. Repita-se à exaustão: os bens particulares ficam para os filhos em sua integralidade, não incidindo sobre eles o direito à herança do companheiro e nem o direito à meação. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 343)

O que a lei não tratou foi as questões envolvendo filhos de origem híbrida, ou seja, quando houver tanto descendentes só do autor da herança, e também descendentes comuns com o companheiro, pois a lei tratou os filhos de forma separada, um em cada inciso.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa:

[...] Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha. No entanto, se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualitariamente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão, que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro dentre tantos na lei, que permite a multiplicidade de interpretações já analisada na sucessão concorrente do cônjuge. (VENOSA, 2014, p. 161)

No mesmo sentido completa Aldemiro Rezende Dantas Júnior:

Duas razões nos conduzem a tal conclusão. Em primeiro lugar, a questão topográfica, ou seja, o legislador posicionou, em primeiro plano, a hipótese na qual o companheiro recebe quota igual à dos descendentes, o que nos parece indicar a prioridade da aplicação de tal hipótese à outra. Em segundo lugar, por analogia com a situação do cônjuge, que, nessa mesma hipótese, de concorrência híbrida, com descendentes comuns e exclusivos, receberia quota igual à dos descendentes, como se vê no art. 1.832.” (DANTAS JÚNIOR, 2005. pg. 136)

Portanto, só utilizaremos a regra do inciso II quando existirem descendentes somente do *de cujus*, de forma que caso existam tanto descendentes comuns, como descendentes unilaterais, utilizaremos a regra do inciso I, aplicando-se quinhão igual a todos os descendentes, e inclusive ao companheiro.

3.1.2 – CONCORRÊNCIA COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

O inciso III do artigo 1.790 dispõe que, nos casos de concorrer o companheiro com outros parentes sucessíveis, quais sejam os ascendentes ou colaterais, sendo os últimos até o 4º grau, receberá uma quota de 1/3. Se houver muitos parentes sucessíveis, a quota mínima de 1/3 ajudaria o companheiro, mas e se houver apenas um colateral? Nesse caso, o companheiro ficaria com 1/3, enquanto o herdeiro colateral receberia 2/3.

Neste sentido se posiciona Inácio de Carvalho Neto:

Diz o inc. III do art. 1.790 que, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo. Somente não havendo colaterais, recolherá o companheiro a totalidade da herança, assim como ocorre com o cônjuge. (NETO, 2011, pág. 542)

Um bom exemplo é imaginar que o falecido deixou a companheira e um primo como sucessores, a companheira teria direito a meação dos bens adquiridos de forma onerosa e na vigência da união. Recolhida a meação dos bens onerosos, o restante destes bens seria dividido em 1/3 para a companheira e 2/3 para o primo (ou outro parente sobrevivente). O problema ocorre com os bens particulares do falecido, que ficaram todos para o parente sobrevivente, sem ter a companheira qualquer percentual sobre eles. (Farias; Rosenvald, 2016, pág. 344)

Seguindo o raciocínio acima, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam:

A situação ganha requintes de crueldade se se imaginar que o falecido não deixou bens adquiridos onerosamente na constância de uma união estável de vinte ou trinta anos, apenas o patrimônio adquirido antes da relação ou, no curso dela, a título gratuito, por doação ou herança. Nesse caso, o companheiro sobrevivente não terá qualquer direito sucessório, cabendo todo o patrimônio deixado ao parente, mesmo que seja um primo distante, um tio-avô ou um sobrinho-neto. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, pág. 344)

Carlos Roberto Gonçalves entende que o inciso só foi adequado se a sucessão ocorrer com os ascendentes, pois o companheiro receberia uma cota igual a cada pai do *de cujus*, mas se analisar a existência de apenas um deles, o companheiro estaria, novamente, em desvantagem. (GONÇALVES, 2015, p. 199)

Podemos perceber que o Código Civil ao regular os direitos sucessórios do companheiro além de restringir a sucessão aos bens onerosos obtidos na constância da união, não assegurou ao companheiro o direito ao mínimo de um quarto da herança, estabelecendo injustificável distinção entre a sucessão do cônjuge (NETO, 2011, p. 542)

Diante das muitas desproporcionalidades de tratamento em relação ao companheiro que surgiram as questões de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pois nossa Constituição Federal preza pela igualdade de direitos, e de acordo com a doutrina majoritária o dispositivo legal acima mencionado não traz igualdade ao companheiro.

A sucessão explicada exhaustivamente acima refere-se somente aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, ou seja, nestes casos o companheiro terá dinheiro a metade do que lhe couber por meação e concorrerá com os descendentes e outros parentes sucessíveis no restante dos bens adquiridos onerosamente, como explica o quadro abaixo:

3.1.3 - TOTALIDADE DA HERANÇA

Discutimos nesse momento a ordem de vocação hereditária, o atual Código Civil preceitua que com a morte do autor da herança receberão primeiramente os descendentes, depois os ascendentes, os colaterais até o 4º grau e por fim o companheiro.

Explica Carlos Roberto Gonçalves:

Prescreve ainda o inciso IV do art. 1.790 que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro “terá direito à totalidade da herança”, ou seja, à totalidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da relação estável, que são os que está autorizado a recolher, na conformidade do estabelecido no caput do aludido dispositivo legal. (GONÇALVES, 2015, p. 201)

Completa Maria Helena Diniz:

[...] E se não houver bens comuns amealhados durante a convivência, o companheiro supérstite nada receberá a qualquer título, nem como meeiro, nem como herdeiro, visto que não fará jus a qualquer quinhão hereditário, mesmo que o *de cujus* não tenha descendente ou ascendente, pois sua herança será deferida aos colaterais até 4º. (DINIZ, 2011, p. 169)

A doutrina majoritária entende que o inciso IV do art. 1.790 conferiu a totalidade do patrimônio a companheira, e que o Município, a União e o Distrito federal só seriam sucessores da pessoa que falece sem deixar herdeiro, não devendo receber em concorrência com um herdeiro sui generis (sucessor regular), que de acordo com o artigo acima seria o companheiro. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 346)

Porém, a doutrina minoritária entende que observando o inciso IV, e entendendo que o mesmo deve obedecer o caput do art. 1.790, caberia a Fazenda Pública recolher os bens particulares do falecido companheiro, quando não houverem descendentes ou outros parentes sucessíveis até 4º grau, restando ao companheiro somente os bens adquiridos na constância da união. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 347)

Nas palavras de Inácio de Carvalho Neto:

A herança será parcialmente vacante se, mesmo havendo companheiro, não tiver o *de cujus* deixado outros herdeiros, deixando, contudo, bens anteriores à união ou adquiridos a título gratuito” (CARVALHO NETO, Inácio de, cf. Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro, cit., p. 191-192.)

No sentido de trazer uma resposta razoável para a discussão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, entendem o seguinte:

Para nós, a única solução pertinente, suficiente para garantir a razoabilidade (proporcionalidade) da *ratio* do dispositivo legal, é conferir a integralidade do patrimônio ao companheiro sobrevivente, a partir da compreensão do inciso IV do multicitado artigo. Pensar o contrário é impor grave prejuízo ao companheiro, por excessivo apego ao legalismo. A interpretação de qualquer norma deve, sempre, ser a mais favorável à proteção e inclusão de direitos, nunca em sendo inverso. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 347)

O entendimento jurisprudencial é no mesmo sentido da doutrina majoritária, como segue abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS. PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO QUE SE LIMITA AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790, CAPUT, DO [NOVO CÓDIGO CIVIL](#). Em consonância com o art. 1.790, caput, do [Novo Código Civil](#) - regra cuja constitucionalidade restou reconhecida nesta Corte pelo Órgão Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade n. 70055441331, julgada em 24.02.2014 - a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do outro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, salvo quando não há outros parentes sucessíveis, hipótese na qual herdaria a totalidade da herança, com amparo no inc. IV do art. 1.790 do CCB. Não é o caso aqui, porém, na medida em que a falecida deixou irmãos, que são seus sucessores, incidindo, assim, o inc. III do art. 1.790 do CCB, ficando o direito sucessório do companheiro restrito ao conjunto de bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Nesse contexto, o reconhecimento da união estável havida entre o demandante e sua falecida companheira não é causa bastante para a anulação da partilha dos bens deixados pelos genitores da extinta - os quais couberam aos irmãos desta -, considerando que o patrimônio transmitido à falecida companheira pela saisine, oriundo da herança de seus pais, constitui bem particular que se exclui da comunhão (art. 1.659, inc. I, do [Código Civil](#), aplicável à união... estável por força do art. 1.725). Ora, cuidando-se de patrimônio recebido por herança - ou seja, não adquirido pela extinta de forma onerosa na constância da união estável -, não há falar, no caso, em direito do autor de participar da partilha. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064520711, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015).

Desta forma, vemos que o entendimento para o inciso IV do artigo 1.790 era no sentido de que quando não houver quaisquer outros parentes sucessíveis até 4º grau, caberia ao companheiro a totalidade dos bens onerosos e particulares, mesmo que o caput abordasse apenas os bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união.

3.2. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790

A Constituição Federal prevê a igualdade de direitos como um direito fundamental, e a discrepância entre a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge é tamanha que impossibilita qualquer igualdade. A doutrina majoritária ainda se posiciona no sentido de que

deve ser priorizado o afeto, a solidariedade, o respeito e a dignidade das pessoas, que são as mesmas no casamento e na união estável.

Neste sentido Maria Berenice Dias descreve que:

As diferenças são absurdas. O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional, afrontando de forma direta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem falar na desequiparação preconizada entre duas células familiares: união estável e casamento. No mesmo dispositivo em que assegura especial proteção à família, a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer de suas formas. O retrocesso da lei se afasta da razoabilidade. (DIAS, 2011, p.161)

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável, mas deixou claro o privilégio concedido a família constituída pelo matrimônio em detrimento da entidade familiar proveniente da união estável, como descreve Alexandre Gir Gomes:

De fato, diz o caput do art. 226, da CF/1988 que: ‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’. Em seguida, no §1.º, afirma-se que o casamento é civil e gratuita a celebração, deixando claro que a família, em regra e ordinariamente, advém do casamento. O § 2.º trata do casamento religioso, cujo efeito civil se dá nos termos da lei infraconstitucional. Só então, no §3.º, a Constituição Federal trata da união estável, *in verbis*: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ (GOMES, 2011, p. 529)

Desta forma podemos perceber que a Constituição reconheceu a união estável como entidade familiar, não como família da mesma forma que tem reconhecido o casamento, além de deixar claro que não houve nenhuma equiparação, o inciso 3º do art. 226 da CF/1988 descreve que a lei deve facilitar a conversão da união em casamento, ou seja, a união estável é transitória de forma que posteriormente será transformada em casamento. (GOMES, 2011, p. 530)

A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil também não respeita o princípio da vedação ao retrocesso social, que foi instituído em nosso ordenamento jurídico quando o país se tornou signatário do Pacto de São José da Costa Rica, tal princípio dispõe que uma legislação posterior não pode desconstituir qualquer garantia constitucional. Dessa forma, o artigo 1790 seria considerado inconstitucional, pois as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que regulavam o artigo 226 em seu parágrafo 3º da Constituição Federal, eram mais benéficas ao companheiro do que a norma do Código Civil.

De acordo com Flávio Tartuce e José Fernando Simão o tratamento diferenciado que se dá ao companheiro e ao cônjuge tem por consequência o rebaixamento da família derivada

da união estável, deixando vestígios da designação de família legítima. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 245) minhas palavras

As questões sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 não encontraram pacificação dos tribunais, havendo decisões determinando a suspensão do processo para ser analisado e decidido pelo Órgão Especial do Tribunal Estadual, como dispõe o art. 97 da Constituição Federal. Como se verifica abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL. A decisão agravada esta correta. No caso, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para os parentes colaterais permanecerem no inventário. As regras de sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova lei substantiva – artigo 1.790, inciso III do Código Civil – rebaixou o status herdeiro necessário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei acima citada, deve o incidente de inconstitucionalidade ser apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, artigo 481 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 209 do RITJRGS. Incidente de inconstitucionalidade suscitado” (TJRS, Agravo de Instrumento 70027138007, Porto Alegre, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 18.12.2008, DOERS 11.03.2009, p.31). (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 247)

A constitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil recebeu uma solução no dia 10 de maio deste ano, quando o Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário 878694 analisou o tema.

O caso concreto que deu ensejo ao recurso extraordinário nº 878.694/2016 refere-se a recorrente que mantinha união estável há 9 anos com o autor da herança, que faleceu sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes ou ascendentes, mas apenas três irmãos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se fundamentou no artigo 1.790, III, do CC/2002 para decidir em sentido a limitar o direito sucessório da recorrente em um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, excluindo os bens particulares do falecido, como assegura tal artigo. Contudo, a questão da desigualdade do tratamento entre cônjuge e companheiro levou a recorrente a indagar a questão, pois se na condição de cônjuge herdaria a totalidade dos bens do falecido. (MIGALHAS, 2016)

O julgamento sobre o RE 878.694/MG teve início em agosto de 2016, onde já foram computados 7 votos favoráveis à inconstitucionalidade do art. 1790, CC/2002, como descreve Flávio Tartuce em seu artigo:

O primeiro deles foi o Recurso Extraordinário n. 878.694/MG (Tema 809), que teve como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Tal julgamento teve início em agosto de 2016, já havendo desde então sete votos pela inconstitucionalidade da norma, na linha do proposto pela relatoria. Votaram nesse sentido os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, além do próprio Ministro Barroso. Após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli, o processo retomou seu destino neste ano de 2017, tendo esse último julgador concluído pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável (voto prolatado no último dia 30 de março). O Ministro Marco Aurélio pediu novas vistas, unindo também o julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721/RS, que tratava da sucessão de companheiro homoafetivo, do qual era Relator, justamente o segundo processo (Tema 498). (TARTUCE, 2017)

Em sua decisão o relator Ministro Luís Roberto Barroso cuidou por descrever a linha histórica da união estável, demonstrando o reconhecimento da entidade familiar pela Constituição Federal e ressaltando que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 as leis nº 8.971, de 29.12.1994 e nº 9.278, de 10.02.1996, já abordadas anteriormente neste estudo, tratavam da união entre os companheiros de forma mais benéfica do que o próprio casamento. (MIGALHAS, 2016)

O relator Ministro Luís Roberto Barroso também reconheceu a desequiparação de regimes sucessórios trazidos pelo artigo 1790 do CC/2002, demonstrando que houve um retrocesso quanto ao direito sucessório do companheiro, pois tal artigo nada menciona sobre o direito real de habitação, além de não equiparar o companheiro aos herdeiros necessários, como ocorre com o casamento. Por fim, após descrever sobre as diferenças entre cônjuge e companheiro, sobre a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana; da proporcionalidade, e da vedação ao retrocesso, o Ministro deu provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, entendendo que viola a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente, devendo a recorrente participar da herança observando os moldes do artigo 1829 do CC/2002. (MIGALHAS, 2016)

Ao final o Ministro relator discorreu sobre a repercussão geral do Recurso Extraordinário:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (MIGALHAS, 2016)

Os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski foram vencidos, pois negaram provimento ao recurso entendendo que o artigo 1.790 do Código Civil é constitucional. Como consta no informativo 864 do STF:

O ministro Marco Aurélio pontuou ser constitucional o regime sucessório previsto no art. 1.790 do Código Civil de 2002, que rege a união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a distinção entre casamento e união estável feita pelo constituinte (CF/1988, art. 226, § 3º) justifica o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações ou por um desses dois regimes.

O julgamento do tema 498, que tratou sobre o recurso extraordinário 878.694, foi finalizado no dia 10 de maio deste ano de 2017, tendo o placar de 8 votos a 2, estando ausente o ministro Dias Toffoli. Como se verifica abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. (STF, 2017.)

O STF pontuou o momento pelo qual o entendimento sobre a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil deve ser aplicado. Como descreve Tartuce em seu artigo:

Por fim, ficou destacado que, com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil deve ser aplicado apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. A tese final firmada, para os devidos fins de repercussão geral, foi aquela conhecida desde o ano passado: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. (TARTUCE, 2017.)

Tartuce ainda destaca que o STF não abordou de forma expressa a questão sobre ser o companheiro herdeiro necessário e se faz jus ao direito real de habitação, porém o entendimento que se tem diante dos votos dos ministros é de que a equiparação alcance esses pontos. Portanto, o companheiro agora terá seus direitos sucessórios regulados pelo artigo 1.829 do Código Civil, que aprofundaremos adiante.

3.3. CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO APÓS EQUIPARAÇÃO COM O CÔNJUGE

3.3.1 – REGIME DE BENS

Antes de alcançarmos a ordem de vocação hereditária, é necessário uma melhor compreensão acerca dos regimes de bens adotados pelo casal, pois tal instituto tem grande influência para a sucessão. Em nosso ordenamento jurídico estão previstos 4 tipos de regime de casamento. Como descreve Carlos Roberto Gonçalves:

Embora sejam numerosos os regimes matrimoniais encontrados na legislação dos países modernos, o Código Civil brasileiro prevê e disciplina apenas quatro: o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), o da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 e 1.688). Todavia, esse diploma, além de facultar aos cônjuges a escolha dos aludidos regimes, permite que as partes regulamentem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto, bem como elegendo um novo e distinto, salvo nas hipóteses especiais do art. 1.641, I a III, em que o regime da separação é imposto compulsoriamente. (GONÇALVES, 2012. p. 381)

3.3.1.1 - COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O regime da comunhão parcial de bens é o mais comum, pois somente os bens adquiridos na constância da união que serão comunicados, e diante do silêncio das partes é o que vigora.

Neste regime, realiza-se a distribuição do patrimônio de acordo com o espírito e a finalidade do casamento, ou seja, os bens amealhados na constância da união, exceto os adquiridos por herança ou doação, são considerados comuns tendo em vista que foram adquiridos com a colaboração do casal. (RIZZARDO, 2005, p. 151)

As exceções a que se refere o artigo 1.658 do Código Civil estão elencadas de forma taxativa no artigo 1.659 do Código Civil, como se verifica:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - 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; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. (PLANALTO, 2002)

Dos bens que se comunicam estão: os adquiridos na constância da união; os recebidos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares; e os frutos dos bens comuns. Desta forma podemos separar os bens em duas etapas no regime da comunhão parcial de bens, os adquiridos antes da constância da união, salvo exceções acima elencadas, pertencem particularmente a cada um, já os adquiridos após a união pertencem a ambos.

3.3.1.2 COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Neste regime os bens adquiridos antes ou depois da união dos cônjuges pertencem aos dois, como descreve o artigo 1.667 do Código Civil Brasileiro: “Art. 1.667. 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”.

Ao analisarmos o artigo acima vemos que a comunhão não se dá somente ao patrimônio adquirido pelo casal, existe uma comunhão de interesses. Ao cessar a sociedade conjugal, caberá ao casal efetuar a divisão do ativo e do passivo, visando a cessação da responsabilidade de cada cônjuge com os credores do outro. (GANDINI; JACOB, 2011. p. 587)

3.3.1.3. PARTICIPAÇÃO FINAL DOS AQUESTOS

Neste instituto os cônjuges tem participação no patrimônio formado durante a sociedade conjugal a título oneroso, os cônjuges devem expressar a opinião através do pacto antenupcial. Observe o que preceitua o artigo 1.672 do Código Civil:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, 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.

Trata-se de um regime híbrido, pois existem regras quanto a separação dos bens e comunhão de aquestos, e por isso é muito utilizado por cônjuges que atuam em profissões na área econômica, dado o fato de já possuírem um bom patrimônio. (GANDINI; JACOB, 2011. p. 588)

Arnaldo Rizzardo explica as diferenças deste instituto com o regime da comunhão parcial de bens:

Distingui-se do regime de comunhão parcial, pois neste existe comunicação dos bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, segundo art. 1.658. A comunicação dá-se no ato da aquisição. A administração é comum, ou cabe a qualquer dos cônjuges. Na comunhão universal, de modo geral, a comunicação estende-se aos bens presentes e futuros, com algumas ressalvas, como estabelece o art. 1.667 (art. 262 do Código anterior) e se discrimina no art. 1.668 (art. 263 do Código anterior), cabendo, igualmente, a ambos a administração. (RIZZARDO, 2005. p. 166)

A partilha dos bens só ocorrerá com a dissolução da sociedade conjugal pela morte ou separação, momento em que os bens adquiridos de forma onerosa na constância da união serão partilhados, já os bens próprios não entram na partilha da mesma forma que ocorre com os bens na comunhão parcial.

3.3.1.4 – SEPARAÇÃO DE BENS E SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

Como o título sugere, trata da separação total dos bens do casal, tanto aqueles adquiridos antes da união, quanto aqueles que os cônjuges vão adquirir na constância da união. O regime é regulado pelo artigo 1.687 do Código Civil: *“Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”*

Dentro deste regime de bens se encontra a separação obrigatória, instituída por lei com o escopo de proteger os bens de cada cônjuge em algumas situações específicas. O artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro elenca as situações que este regime é obrigatório:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

O regime da separação obrigatória de bens só abrange o patrimônio adquirido na constância da união, desta forma aqueles bens adquiridos posteriormente são objetos de partilha. (RIZZARDO, 2005. p. 169)

Para o perfazimento do regime da separação de bens é necessário a lavratura e registro do pacto antenupcial, exceto no caso do regime de separação obrigatória de bens.

3.4 – ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Ao declarar o artigo 1790 do Código Civil inconstitucional, equiparando o regime sucessório dos companheiros e cônjuges, o STF definiu que o artigo 1.829 do Código Civil é o responsável por elencar os direitos sucessórios dos companheiros. Dessa forma, estudaremos o caput e os incisos do artigo.

Como já estudado neste trabalho a ordem de vocação hereditária é uma relação preferencial estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado, sendo o segundo chamado unicamente quando lhe falta ao anterior, exceto no caso do cônjuge sobrevivente, que acompanha as duas primeiras classes (RIZZARDO, 2005. p. 169):

Os herdeiros de cada classe preferem aos das classes imediatas. Assim, os ascendentes somente são chamados à sucessão, não havendo herdeiros da classe dos descendentes; o cônjuge, se faltarem ascendentes; os parentes colaterais, se não houver cônjuge; o companheiro, se não houver colaterais e por fim, o Município, Distrito Federal ou União. (GOMES, 2007. p. 42).

O artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro traz a descrição dessa ordem:

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

Como prevê o Código Civil Brasileiro, o cônjuge tem direito a herdar em concorrência com os descendentes e com os ascendentes, e no caso destas não existirem recolherá a totalidade dos bens. Devemos nos atentar para o caso de haver meação, pois a meação não é considerada herança. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016. p. 295):

Com isso, o cônjuge passou a titularizar diferentes direitos patrimoniais: a meação, a depender do regime de bens escolhido pelo casal, e a herança, que decorre de imposição legal, somente admitindo renúncia depois da abertura da sucessão, com a morte do seu autor. Note-se que os aludidos efeitos patrimoniais são autônomos. O cônjuge pode titularizar um deles, sem o outro, como regra geral” (2016. p. 295)

3.4.1 - CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES.

O regime de bens estudado anteriormente começa a ter notoriedade nesta concorrência, pois se existir meação a sucessão estará excluída.

Pois o cônjuge só irá concorrer com os descendentes nos regimes da separação total de bens, de participação final dos aquestos e no regime da comunhão parcial, se nestes dois últimos casos deixar bens particulares. (GOMES, p. 56)

Desta forma vimos que no regime da comunhão universal de bens o cônjuge não herdará, tendo em vista que já fará jus a meação, entendendo o legislador que com essas parte o cônjuge sobrevivente já teria bens suficientes para sua subsistência. Também no regime da separação obrigatória de bens não haverá sucessão, primeiramente tendo em vista que existe um motivo que obrigou a separar os bens deste casal, e segundo por existir uma disposição na sumula 377 do STF de que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. Por fim, o regime da comunhão parcial de bens, em que o falecido não deixou bens particulares também não será objeto de concorrência, tendo em vista que já ocorrerá a meação. (TARTUCE; SIMÃO. 2012. p. 155-162)

Nos casos em que houver a concorrência entre cônjuge e descendentes, ela se dará desta forma, como explica Orlando Gomes:

Concorrendo com descendentes comuns, ao cônjuge sobrevivente caberá um quinhão igual ao dos demais herdeiros, fazendo jus à quota mínima de uma quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer. É o que preceitua o art. 1.832. Não sendo o caso, a sucessão se dará, também, por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros, porém não terá o cônjuge direito à quota mínima, aplicando-se esse entendimento, inclusive, quando concorrerem descendentes comuns com descendentes só do autor da herança, hipótese não prevista pelo legislador. (GOMES, 2007. p. 56)

Portanto, vimos que o cônjuge concorre com os descendentes quando não houver meação, recebendo nesse caso a mesma cota que os herdeiros que sejam filhos em comum do casal, observando a quota mínima de uma quarta parte, se houver descendentes só do autor da herança ou ainda descendentes híbridos a divisão se dará por cabeça.

3.4.2 - CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS ASCENDENTES

Quando não houverem descendentes do falecido, os ascendentes serão chamados a suceder em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Flavio Tartuce e José Fernando Simão descrevem que neste caso a sucessão será bem mais simplificada, tendo em vista que o cônjuge concorrera com os ascendentes do falecido seja qual for o regime de bens:

A herança será dividida entre o cônjuge e os ascendentes se o regime do casamento for o da separação obrigatória de bens, separação convencional de bens, comunhão parcial com ou sem bens particulares, comunhão universal de bens ou participação final nos aquestos. Não há, aqui, que se fazer distinção, como ocorre na concorrência do cônjuge com os descendentes. Nesse sentido, já se decidiu: ‘Na inexistência de herdeiros descendentes, de rigor a participação dos ascendentes na sucessão, em concorrência com o cônjuge supérstite independentemente do regime de bens adotado entre este e o de cujus. Recurso provido (TJRS, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70010678290-Porto Alegre-RS, Rel. Des. Catarina Rita Krieger Martins, j. 12.05.2005, v.u.)’” (TARTUCE, SIMÃO. 2012 p.192)

No mesmo sentido Orlando Gomes:

Concorrendo com ascendentes, o cônjuge sobrevivente herdará qualquer que seja o regime de bens. Se concorrer com ascendentes de 1º grau, pai e mãe, terá o cônjuge direito a um terço da herança; entretanto, se concorrer com um só ascendente ou com ascendentes de grau maior, fará jus à metade da herança, cabendo a outra metade aos ascendentes, respeitando-se a regra da divisão por linhas, preconizada no parágrafo segundo do art. 1.836. (GOMES, 2007. p. 58)

Desta forma, vemos que há uma simplicidade da concorrência do cônjuge com os ascendentes, se levarmos em consideração a concorrência do cônjuge com os descendentes, pois no primeiro caso o cônjuge sempre irá herdar, independente do regime de bens.

3.4.3 - CÔNJUGE COMO HERDEIRO UNIVERSAL

Caso o falecido não tenha deixado descendentes ou ascendentes sucessíveis, ou ainda na hipótese de todos renunciarem a herança ou forem excluídos da mesma, caberá ao cônjuge sobrevivo a totalidade dos bens deixados pelo falecido.

Como descreve Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Inexistindo concorrência com descendentes e ascendentes, o direito do consorte sobrevivo à totalidade da herança independe do regime de bens do casamento. É, enfim, indiferente o regime de bens adotado. Mesmo que casado em regime de absoluta separação de bens, remanesce o consorte sobrevivente como herdeiro único (herdeiro universal), com exclusão absoluta dos colaterais, mesmo os irmãos, fazendo jus à adjudicação do patrimônio, por meio de inventário judicial ou extrajudicial, como bem lhe aprouver. (FARIAS; ROSENVALD. 2016. p. 322)

Portanto, não existem divergias na doutrina no sentido de que na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge sobrevive será chamado a suceder os bens do falecido no todo, independente do regime de bens a vigorar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este trabalho podemos concluir que o direito romano teve total influência para a história do direito brasileiro em um todo, e mais ainda no direito civil e das sucessões. Foi a partir das leis romanas, como a das XII Tábuas e o Corpus Juris Civilis que surgiu o *NouusIustinianusCodex*, uma constituição imperial que reuniu todas as leis esparsas e nesta haviam os códigos, que são utilizados em nossa constituição.

No direito romano a herança era determinada pelo *pater famílias*, ele tinha o poder de nomear um sucessor para obter todos os direitos do defunto, mas a herança que mais tinha importância para o direito romano era a transmissão dos direitos que constituíam a soberania da família.

A problemática da união estável começou com o Código Civil de 1916, pois neste além de não ser reconhecida a união entre os companheiros, os mesmos eram privados de diversos direitos, neste episódio do direito brasileiro a união estável era conhecida como concubinato. Foi com a constituição Federal de 1988 que a família advinda da união estável teve reconhecimento, mas ainda não haviam leis que regulavam o assunto.

Foi com o surgimento da Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que houve uma regulação da união estável no tocante aos alimentos e a sucessão; e posteriormente com a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996 que se teve um maior reconhecimento do direito de herdar.

Conceituamos a sucessão no segundo capítulo, para Venosa suceder é tomar o lugar de outro no campo dos fenômenos jurídicos, mas temos que nos atentar para as duas formas de suceder, a primeira é em sentido amplo que ocorre em vida, como venda e compra ou doação, e segundo em sentido restrito que é ocorre com a morte. A sucessão em sentido restrito pode ser testamentária ou legítima, e a título universal ou singular.

Conceituar a união estável já não é uma tarefa tão fácil como conceituar a sucessão num todo, para Maria Berenice Dias isso se dá devido as grandes mudanças culturais que ocorreram desde o Código Civil de 1916. Em uma tentativa de conceituar a união estável seria um ato-fato jurídico, pois sua existência independe da declaração de vontade para produzir efeitos, ela nasce do convívio, do costume, já Carlos Roberto Gonçalves essa união entre homem e mulher se deriva da convivência pública contínua e duradoura, tendo o objetivo de constituir uma família.

Por fim, alcançamos o ultimo capítulo deste trabalho, o qual abordou o problema principal e trouxe sua solução. A concorrência do companheiro era regulada pelo artigo 1.790 do código civil, e seus incisos tratavam da concorrência com filhos comuns dos companheiros, com descendentes só do autor da herança, e com outros parentes sucessíveis, para só no caso de houver haver nenhum destes herdar a totalidade da herança dos bens adquiridos de forma onerosa e na vigência da união.

O companheiro não era mais considerado herdeiro necessário, nem detinha o direito real de habitação, ou seja, com o Código Civil de 2002, o companheiro perdeu os direitos que havia adquirido com as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, ou seja, houve um retrocesso no direito brasileiro.

Ao analisar o artigo 1.790 do Código Civil, em seu caput temos que o companheiro só teria direito aos bens onerosos adquiridos no decorrer da união estável, ou seja, se os companheiros não tivessem formado nenhum patrimônio durante o convívio o companheiro sobrevivente não teria dinheiro algum.

A solução da sucessão dos companheiros veio com o recurso extraordinário 878.694/MG, que tratou o caso de uma união estável de 9 anos, em que o companheiro faleceu sem deixar testamento, e não possuía descendentes ou ascendentes, mas apenas três irmãos. No dia 10 de maio deste ano o STF finalizou o julgamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, e por 8 a 2 teve o recurso provido.

Portanto, a sucessão do companheiro foi equiparada a sucessão do cônjuge, regulada pelo artigo 1.829 do Código Civil, os juristas entendem que com a equiparação houve também a equiparação a herdeiro necessário e aos demais direitos que o cônjuge tem com o falecimento do outro. Devemos observar o regime de bens que vigora na união, pois a regra aplicada no artigo 1.829 é que se houver meação não há sucessão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**. Em vigor. Brasília, DF: Congresso Nacional, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de Dezembro de 1994. Em vigor. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acesso em: 20 jul. 2016

CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. - (coleção doutrinas essenciais; v.6)

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano: textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1957.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM. 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil: sucessões**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. v.3

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Supremo decide pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 e põe em igualdade cônjuge e companheiro**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6280/Supremo+decide+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+p%C3%B5e+em+igualdade+c%C3%B4njuge+e+companheiro>>. Acesso em: 30 agosto 2017.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. - (Edições do Senado Federal; v. 78).

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII tábuas: fonte do direito público e privado**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

NETO, Francisco Caseiro; SERRANO, Pablo Jiménez. **Direito Romano. Fundamentos, Teorias e Avaliação dos Conceitos do Direito Romano Aplicados ao Direito Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem de sucessão**. 2. ed. Saraiva, 2005

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TÁRTUCE, Flávio. STF **Encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 30 agosto 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e; ÁZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014 (Coleção de direito Civil, v. 7)