

A PROBLEMÁTICA DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO CIVIL PARA FINS SUCESSÓRIOS

Nayara Karolynne de Oliveira Lucas¹

Rosângela Mitchell de Moraes²

RESUMO

A presente obra pretende desenvolver as problemáticas que cercam a distinção da união estável com o casamento civil e esclarecer como essas duas entidades familiares são equiparadas; como compreender o desconforto ao equiparar; desejando entender e procurar solucionar os problemas, ao se tratar de direitos sucessórios, com o objetivo de assegurar menos conflitos em nosso ordenamento jurídico. Partindo dessa premissa, o presente artigo utiliza-se do método dialético, através de uma pesquisa explicativa descritiva, na qual se buscará conhecer e interpretar a realidade das sucessões, identificando possíveis falhas. Os dados qualitativos foram coletados, através de levantamento bibliográfico, doutrinário, jurisprudencial e legislativo, constituído, sobretudo, de livros e periódicos dos grandes estudiosos da ciência do Direito, especialmente do Direito de Família e Direito das Sucessões, como também de fontes documentais, especificamente a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, com a finalidade principal de promover embasamento teórico para o assunto a ser tratado.

Palavras-chave: União estável. Casamento civil. Direito sucessório. Código Civil.

THE PROBLEM OF MATCHING LAW MARRIAGE WITH CIVIL MARRIAGE FOR INHERITANCE PURPOSES

ABSTRACT

This work intends to develop the problematization that surrounds the distinction between common-law marriage and civil marriage. It aims to clarify how both entities are equivalent; comprehending the discomfort to equate, wishing to understand and solve the problems when it comes to inheritance rights, with the aim of ensure less conflicts in our juridical order. Grounded in this premise, this work applies the dialectic method through a descriptive explanatory research, which aims to understand and interpret the inheritance reality, identifying possible deficiencies and better solutions. The qualitative data was collected

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN (nayara_lucas17@hotmail.com).

² Professora do curso de graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN (rosangela.mrm@uol.com.br).

through bibliographical survey, doctrinal, jurisprudential and legislative, composed essentially of books and periodicals from great scholars of Law, specially family and inheritance Law, with the main purpose of promote theoretical foundation for the subject matter, as well as documental sources, more specifically the Brazilian Constitution (1988) and the Civil Code (2002).

Keywords: Common-law marriage. Civil marriage. Inheritance right. Civil Code.

1 INTRODUÇÃO

Esta obra é resultado de análises, a princípio, sobre conceito de união estável e sua relação, incluídos o contexto histórico, as divergências e semelhanças com o casamento civil, à luz do Código Civil de 2002, e o desconforto ao equiparar estas entidades familiares; almejando promover discussões e, dessa forma, tornar compreensível a temática, ao analisar o caso concreto e a melhor aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, como também da igualdade e da proporcionalidade.

Este trabalho justifica-se pela absurda distinção dos direitos sucessórios do companheiro ao cônjuge, segundo a qual aquele é colocado no último lugar na ordem da vocação hereditária; enquanto este é colocado na classe de herdeiro necessário. Acrescente-se o fato de os companheiros não gozarem de alguns direitos exclusivos dos cônjuges, tais como o direito real de reserva da quarta parte.

Por fim, é feito todo esboço explicando, por meio de documentos bibliográficos, doutrinário, jurisprudencial e legislativo, como se processa todo o direito sucessório do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente. Deste modo, distinguiu-se a meação de herança; elucidando a ordem de vocação hereditária e tornando compreensível a concorrência com os demais herdeiros legítimos e testamentários.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Infelizmente, o direito legitimava (e ainda legitima) várias atrocidades que ocorreram no mundo, tais como a escravidão, as torturas, a morte da inquisição, o racismo e outras injustiças e matanças que ainda acontecem atualmente.

Todavia, após as ocorrências do nazismo no período da 2ª Guerra Mundial, surgiu a necessidade de se constituir uma nova razão ético-jurídica. Portanto, criou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como foram incorporados valores a fim de transformar em princípios universais. Logo, a Constituição Federal de 1988 incorporou estes valores universais.

Acima de leis normativas, analogias, valores e costumes, os princípios são os mais importantes a serem considerados, constituem o comando maior de todo o sistema jurídico. Não figuram no plano abstrato e possuem eficácia plena na aplicação das normas jurídicas, das mais simples às mais complexas, portanto, não podem ser ignorados.

Rizzato Nunes (2009, p. 21) ensina: “É que ele, como estrela máxima do universo ético- jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas”.

Rizzato Nunes ainda completa (2009, p. 41):

(...) os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras.

Os princípios são diferentes de valores e de normas. Distinguem-se de valores, pois são colocados como absolutos e universais, algo que, uma vez constatado, não sofre relativização. Ao contrário dos valores, pois estes variam conforme a história e a geografia. Em relação às normas, estas são fundamentadas pelos princípios, em virtude de estes sofrerem uma generalização em grau maior do que as normas. Por conseguinte, são elas que dão concretude, no plano real, aos princípios.

Rizzato Nunes (2009, p. 23):

Agora, diga-se que os princípios situam-se no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade. É que, como as normas jurídicas incidem no real e como devem respeitar os princípios, acabam por levá-los à concretude.

Diante do exposto, os princípios não podem deixar de ser aplicados, visto que é o comando maior de todo o sistema jurídico e, além disso, são eles que dão a racionalidade ao sistema, evitando que o mundo não seja mais injusto do que já é.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, este é o principal a ser levado em consideração para evitar a injustiça. Tornou-se importante após o massacre nazista, pois

foi quando se tomou a consciência de que a dignidade nasce com o indivíduo. É inata a ele e inerente à sua existência, não importando o meio social em que ele cresce e convive com os seus iguais. Ademais, exige-se a dignidade da vida da pessoa, isto é, o direito de se ter uma vida digna, independentemente do lugar que ela ocupa na sociedade.

Portanto, a dignidade da pessoa humana possui duas vertentes: uma, que lhe é inerente desde o nascimento, e outra, que diz respeito ao direito de se ter uma vida digna. Entretanto, nenhum princípio é absoluto, a dignidade da pessoa humana só o é, quando não precisar ferir a dignidade. Aqui, vale o ditado “o direito termina quando o do outro começa”.

O princípio da igualdade se origina da dignidade da pessoa humana e tem uma relação com o da proporcionalidade, servindo para harmonizar e equalizar os demais princípios, sobretudo quando houver conflitos.

Importa ressaltar que, embora a igualdade sirva para gerar equilíbrio real, é a dignidade que deve ser considerada como princípio superior às demais.

3 BREVE HISTÓRICO

3.1 NO DIREITO ROMANO

Em Roma, o casamento era um estado de fato e produzia efeitos jurídicos, sob a figura de um *parter famílias*, representado pelo sexo masculino e todos eram a ele submetidos: mulheres, filhos e escravos. Inclusive, o patrimônio era por ele administrado.

É importante ressaltar que, em Roma, os escravos não detinham personalidade jurídica, eram considerados coisas. Portanto, não possuíam aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Desta forma, não usufruíam os direitos sucessórios e os direitos de famílias, em geral.

Ademais, é de Roma que herdamos a concepção de morte e a nossa relação com ela, qual seja o medo da morte que atinge a todos na contemporaneidade ocidental. Antes, no mundo antigo, a morte era vista como ritual, bem como um sinal de honra. Giselda Hironaka (2014, p. 105) lembra que:

A história desse medo da morte é praticamente a história da morte para nós, ocidentais, desde a Idade Média. Porque antes, no mundo antigo, se a morte ocupava um lugar de honra no imaginário e nos rituais da vida privada e da vida pública, ela dizia respeito a um mundo do qual nos desvencilhamos consideravelmente.

No direito canônico, a família, acima de um contrato ou de um acordo de vontade, era algo abençoado por Deus e que, por isso, não podia ser dissolvido. Salvo em casos de adultério, heresia, tentativas de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro, como demonstra Arnaldo Wald (2004, p.15):

No direito canônico, a separação de corpos depende da autorização do bispo ou sínodo, só sendo admitida em casos específicos como o adultério, a heresia, as tentativas de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro.

No conflito entre a Reforma e Igreja Católica, surgiu o *Concílio de Trento*, principal defesa da contrarreforma, que vigorou de 1545 a 1563 e objetivava a manutenção do caráter sacramental do casamento e reafirmava a competência exclusiva da Igreja Católica, tirando do poder estatal qualquer manifestação sobre o casamento, a sua celebração ou a declaração de sua nulidade. O *Concilio de Trento* foi amplamente aplicado em países considerados católicos, Portugal entre eles.

Com o fim da Idade Média e o surgimento do Renascimento, o direito romano voltou a ser predominante, fazendo o Estado impor para si a competência já mencionada que, até então, pertencia à Igreja. Arnaldo Wald melhor explica (2004, p. 16):

Fortalecendo-se a autoridade do rei e voltando a dominar o mundo, pela segunda vez, o direito romano, na época do Renascimento, o Estado reivindicou a competência para julgar as questões referentes ao direito de família.

Desta forma, aliada ao desejo de excluir do casamento a visão política, que normalmente era o fator predominante na Idade Média, bem como o crescimento da laicização do Estado (influenciado pela Revolução Francesa, com seu dogma de liberdade, fraternidade e igualdade), vários países viram a necessidade de implementação de novas normas. Portanto, a Igreja e o Estado celebraram um acordo admitindo ao lado do casamento religioso, o casamento civil. Fato este que o direito moderno absorveu.

Pamplona Filho, em sua obra (2014, p. 114), diz:

Com efeito, as transformações que sofreu a sociedade ocidental, com a incorporação de novos valores, afetaram sobremaneira a família e, em especial, esse modelo único institucionalizado do casamento, que passou a ser questionado. Dessa forma, paralelo ao casamento religioso, emergiu um casamento estritamente civil, destinado a todos os cidadãos, independentemente de credo, consistente em um especial negócio jurídico (...).

No que tange ao direito de sucessões, vale salientar que sofreu mais modificações do que outros ramos do direito civil. Outrora, o sucessor *causa mortis*, assumia a continuação de todas as relações jurídicas que o morto deixou em vida, visto que os herdeiros assumiam as dívidas deixadas pelo falecido. Atualmente, os herdeiros respondem no limite dos bens herdados.

3.2 NO BRASIL

Sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento teve uma mistura do direito canônico com o patriarcalismo conservador do direito romano. Portanto, além do vínculo matrimonial possuir o caráter indissolúvel, havia o chefe da família em oposição à mulher submissa, e esta era considerada, na época, como relativamente incapaz, dependendo, desta forma, do seu marido para praticar os atos da vida civil. Somente com a promulgação da Lei n. 4.121, em 27 de agosto de 1962, houve a emancipação da mulher casada, ou seja, ela passou a gozar dos mesmos direitos que o chefe da família.

Com o advento da Lei 6.515/77 que aboliu a indissolubilidade do vínculo matrimonial e modificou o regime legal do casamento de comunhão universal para o regime de comunhão parcial, foi-se percebendo a necessidade de uma reforma mais ampla no código civil vigente.

Demonstra Arnaldo Wald (2004, p. 24):

O que se nota é uma transformação radical do meio ambiente e da escala de valores, sem que, até agora, se tivesse pensado numa reforma ampla, em vez de uma série de modificações particulares, que acabam tornando o sistema incoerente e desorganizado.

3.2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi reconhecida a união estável como entidade familiar. Contudo, até ser socialmente aceita, o reconhecimento da união estável passou por várias fases.

Inicialmente, houve a fase da rejeição, em que qualquer formação de família fora dos parâmetros estabelecido na lei e, sobretudo, na sociedade, era visto como ilícita, fomentando o preconceito. Nessa fase, o que hoje se chamava de união estável conhecia-se, na época, como concubinato.

Em seguida, surgiu a fase da tolerância, quando o Direito Previdenciário reconheceu o concubinato para fruir de limitados efeitos jurídicos, bem como a jurisprudência contribuiu, nessa fase, para que o casamento de fato fosse com ele equiparado quando se discutiu a

ruptura dessa relação, em respeito à vedação do enriquecimento ilícito do homem, pois nenhum pagamento para a mulher que cuidou do lar, como se esposa fosse, na dissolução da união, seria injusto.

Na sequência, houve a fase da aceitação como fato social. Nessa fase, a união estável foi reconhecida, aos poucos, em discussões jurisprudenciais, tendo em vista o reconhecimento de uma sociedade de fato entre os envolvidos em que a companheira passou a assumir uma posição com direito à parcela do patrimônio comum.

Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra (2014, p. 417), esclarece:

Assim, tal qual a sociedade formada pelo vínculo matrimonial, a conjunção de esforços de ambos os concubinos (expressão que ainda persistia naquele momento histórico) formava, no campo dos fatos, uma sociedade, o que autorizaria, na sua eventual dissolução, a partilha de bens.

Posteriormente, teve a fase da valorização, com a Constituição de 1988, reconhecendo a união estável como entidade familiar, equiparando-a e facilitando a sua conversão ao casamento, conforme art. 226, §3º da mencionada Constituição³.

Além do reconhecimento da União Estável, a Constituição estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher em relação aos direitos e deveres na sociedade conjugal, bem como reduziu o prazo do divórcio e proibiu quaisquer tratamentos diferenciados aos filhos, passando a não existir mais filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos. Em virtude dessas mudanças gradativas, mas importantes, tornou-se imperiosa uma reforma no Código Civil.

Portanto, e por fim, veio o Código Civil de 2002, incorporando todas as mudanças advindas da nova constituição e da jurisprudência mais atualizada.

Em relação aos direitos sucessórios, o Código Civil de 2002 copiou o antigo modelo sem ter se preocupado em acompanhar as mudanças sociais. Dessa forma, não estabeleceu os mesmos direitos para o cônjuge e o companheiro, tendo em vista que este não se enquadra na categoria de herdeiro necessário como assim é aquele. Ademais, ao companheiro sobrevivente é apenas garantida a meação dos bens comuns. Este assunto será mais bem tratado em seguida. Por ora, basta dizer que, em termos sucessórios, a união estável recebe tratamento diferenciado e até discriminatório.

3.2 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

³ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§3º - Para efeito da 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.

Para que fique configurada a união estável, conforme o art. 1.723⁴, do Código Civil Brasileiro de 2002, são necessários dois requisitos, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura, bem como o objetivo de constituir uma família. Não há qualquer exigência de ordem temporal, como também de existência de filhos comuns.

A convivência pública guarda relação com a publicidade na sociedade, em detrimento do segredo, distinguindo-se a união estável de uma relação clandestina; a convivência contínua tem sentido de permanência e definitividade, diferenciando-se de um namoro; e a convivência duradoura equivale à estabilidade da relação, diferenciando-se do que hoje se chama de “ficada”. E, por fim, o objetivo de constituição de família explica o *animus* de qualquer entidade familiar, distinguindo-se de uma relação meramente obrigacional.

Tanto no casamento civil como na união estável, os cônjuges e companheiros exigem os direitos e deveres: a fidelidade recíproca, a vida em comum no mesmo domicílio, a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, o respeito e a consideração mútua. Todavia estas características não se enquadram da mesma forma para as duas entidades familiares.

No que tange à fidelidade, a união estável leva em consideração um conceito mais abrangente, qual seja, a lealdade. Isso porque se proibiu a participação simultânea de duas uniões estáveis ou de uma união estável com uma sociedade conjugal na qual não tenha havido separação de fato dos cônjuges (o chamado concubinato).

A obra de Giselda Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2009, p. 69) explica esta lealdade:

Assim, se no casamento a fidelidade é imposta como dever dos cônjuges, na união estável está ela inserida no conceito amplo da lealdade, devendo ser considerada como dever atribuído aos companheiros e inclusive como um dado a reforçar a conclusão favorável a ter-se concretizado a entidade familiar de tal espécie. Acrescente-se, apenas e com Paulo NADER, que, “os deveres de lealdade e respeito se intercomunicam. O companheiro que, à vista de seu consorte, dirige insinuações ou gracejos para outra pessoa, pratica ato de deslealdade e, ao mesmo tempo, de desrespeito”.

⁴ Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Quanto ao dever de coabitação, o STJ reconhece que não é requisito essencial à existência da união estável, a depender do caso concreto⁵, visto que o art. 1º da Lei 9.278, lei específica da união estável não enumera a coabitação entre os requisitos⁶.

Em relação à assistência mútua, é ela considerada como indispensável, tanto para os cônjuges como para os companheiros, pois deriva do afeto do casal. Engloba tanto a assistência afetiva, a moral e a patrimonial, conforme ilustra o inciso III do art.1.566 do Código Civil de 2002⁷.

Arnaldo Rizzardo leciona (1997, p. 275):

O dever de assistência é uma decorrência da comunhão de vida, em que o marido e a mulher, dentro das funções que lhes são próprias e de acordo com a profissão exercida, não devem tratar dos interesses econômicos individualmente, mas segundo os interesses do grupo familiar. A mútua assistência extrapola o mero âmbito econômico ou moral. Abrange aspectos morais, afetivos e psicológicos. Nos momentos de enfermidade impõe-se o acompanhamento constante, tanto em hospitais como no tratamento hospitalar. De igual modo, nos momentos difíceis da vida, da perda de parentes, de infortúnios, de desânimo e contratempos.

No que tange ao sustento, à guarda e à educação dos filhos, é obrigação comum tanto aos cônjuges como aos companheiros, não por ser dever dos cônjuges ou, aplicado simetricamente aos companheiros, mas por ser obrigação como pais. Os filhos são protegidos, enquanto incapazes, e esta proteção encontra-se amparada até no Estatuto da Criança e do Adolescente, além do Código Civil, sob a perspectiva de ambos os pais exercerem o poder familiar.

Demonstra Arnaldo Wald, em sua obra (2004, p. 241):

⁵ “Não exige lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável.

II – Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes.

III – O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado.
(...)”

(REsp. 474.962/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 23.09.2003, DJ 01.03.2004, p. 186)

⁶ Art. 1º, Lei. 9.278/96. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

⁷ Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II – vida em comum, no domicílio conjugal;

III – mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

V- respeito e consideração mútuos.

A referência ao dever de sustentar os filhos foi excluída, por se tratar de obrigação com terceiros não decorrentes da união estável, mas da relação de parentesco já prevista na legislação civil.

Em relação ao regime de bens, aplica-se tanto no casamento civil como na união estável a comunhão parcial, salvo se as partes regerem as suas relações patrimoniais por meio de pacto antenupcial e mediante escritura pública. E mais, tanto um quanto o outro podem, a qualquer tempo, modificar o que eles convencionaram, sem efeito retroativo. Ambos, outrossim, possuem direitos à meação dos bens comuns, se permanecerem no regime parcial até o óbito do *de cujus*.

Quanto aos impedimentos, a união estável possui os mesmos que o casamento. Desta forma, não se configura união estável entre ascendentes e descendentes; afins em linha reta; adotante com quem foi cônjuge do adotado; e o adotado com quem foi do adotante; os irmãos e colaterais até terceiro grau; o adotado com filho do adotante; o companheiro sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Importa ressaltar que nada impede a união estável de pessoas casadas, desde que separadas de fato ou judicialmente há pelo menos dois anos. Classificadas quaisquer relações não eventuais dentro dos impedimentos, será caracterizado o concubinato impuro, o qual não é legitimado pelo direito sucessório.

Giselda Hironaka (2014, p. 343) afirma:

(...) à distinção entre o companheiro e o concubino, sendo certo que o último não está previsto, como herdeiro, na legislação civil vigente. O art. 1726 do CC enuncia que as relações não eventuais constituídas entre pessoas que são impedidas de casar constituem concubinato. Aliás, a própria lei manda aplicar, por analogia à união estável, os mesmos impedimentos para o casamento tratados pelo art. 1521 do CC.

Há pensadores jurídicos, tais como Arnaldo Wald, Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes, que defendem o antagonismo da união estável em relação ao casamento pela expressão “conversão em casamento”, no art. 226, §3º da Constituição Federal⁸, deste modo, deixa clara a autonomia destas entidades familiares, tendo em vista que não se pode converter uma coisa em outra se elas significam a mesma coisa. Todavia, essa conversão se explica na solenidade que há no casamento; pois se dispensam, na união estável, os proclamas e os

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.**

editais, bastando à declaração dos companheiros com a assinatura de duas testemunhas, estas respondendo penalmente por falsidade ideológica.

Em relação aos direitos sucessórios, o cônjuge ocupa uma posição privilegiada na vocação hereditária em contraponto com o companheiro. O primeiro ocupa o terceiro lugar perdendo apenas para os descendentes e ascendentes; enquanto o segundo preenche o último lugar. Ou seja, o companheiro sobrevivente tem direito à herança somente quando não existir mais nenhum dos herdeiros necessários, nem os parentes colaterais.

Maria Berenice Dias diz (2013, p. 72):

(...) Saliente afronta ao princípio da igualdade quando se reconhece o cônjuge como herdeiro necessário, não passando o companheiro de herdeiro legítimo. O cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no último lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou um primo sequer.

Além disto, não foi assegurada, no Código Civil 2002, ao companheiro a quota mínima, bem como não lhe conferiu direito real de habitação⁹ e só poderá concorrer aos bens adquiridos na constância da união.

É comum uma posição conservadora em relação à equiparação do casamento com a união estável, por esta última guardar ligação com o concubinato, tendo em vista o pensamento ultrapassado de que qualquer união não abrangida pelo matrimônio seja ilícita e, por isso, não deveria ser respeitada.

Todavia, com as mudanças sociais, principalmente com o aumento da participação da mulher na sociedade, como também a mudança de mentalidade com o passar do tempo, foi-se aprimorando a ideia daquele “concubinato” estabelecido com o intuito de criar uma família e não aquele cujas partes não possuem uma relação eventual e são impedidas de casar – o chamado concubinato impuro.

Dessa forma, fica evidente a diferença entre a união estável e o concubinato, sendo a primeira reconhecida constitucionalmente, como uma família e equiparada ao casamento; e o segundo, não amparado pela Constituição, abrange o casal que possui uma relação não eventual, mas que pelo menos um dele se encontra impedido de casar.

Diante do exposto, a relação que hoje se denomina como união estável, é alvo de bastante preconceito e gera, dessa forma, certo desconforto em algumas pessoas a ter que se

⁹ Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil – Art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogado a previsão da Lei n. 9278\96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informando pelo art. 6º, caput, da CF/88. No código civil não garante este direito real de habitação.

submeter a este tipo de entidade familiar, pois a sociedade ainda guarda a concepção antiga de que a família só o é quando confirmada pelo casamento civil, e reconhece mais ainda a família quando o matrimônio é celebrado pela igreja.

Demonstra Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra (2014, p. 424):

Todo esse processo reconstutivo por que passou a família concubinária resultou, paulatinamente, na ascensão da concubina do árido vácuo da indiferença e do preconceito ao justo patamar de integrante de uma entidade familiar constitucionalmente reconhecida.

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO

4.1 CÔNJUGE

4.1.1 MEAÇÃO E HERANÇA

Para o cônjuge sobrevivente, é preservada a sua meação, que não faz parte da sucessão, pois decorre da dissolução conjugal. Ou seja, dependendo do regime ao qual o casamento é submetido, são garantidos 50% dos bens comuns. Francisco Cahali (2014, p. 190) aponta: “A meação não é objeto da sucessão, pois pertencente ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento”.

Não se confunde meação com herança. Esta sim é o objeto da sucessão que será destinada aos sucessores, de acordo com a ordem da vocação hereditária estabelecida por lei. Importa ressaltar que a meação é preservada sobre os bens particulares, enquanto a herança recai sobre os bens particulares e poderá, a depender do caso concreto, ser exclusiva do supérstite sobrevivente.

Francisco Cahali ainda afirma (2014, p.190):

Dessa forma, na qualidade de cônjuge-viúvo, o consorte supérstite, dependendo do regime de bens, comparece no processo para preservar a meação de que já é titular, ou, se for o caso, apenas para exercer direito real de habitação; mas só assume a qualidade de herdeiro quando convocado como tal, exercendo, aí sim, a titularidade do direito hereditário.

O Código Civil de 2002 elevou o cônjuge à qualidade de herdeiro necessário, portanto, é garantida ao mesmo, a meação sobre os bens comuns, em concorrência com os demais herdeiros também necessários, quais sejam: os descendentes e ascendentes.¹⁰

4.1.2 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

De acordo com a ordem de vocação hereditária, isto é, a chamada dos sucessores do falecido, para quem se dá a posse e a propriedade da herança de forma imediata, o cônjuge ocupa a terceira posição perdendo para os descendentes em primeiro lugar e, em segundo, para os ascendentes. No entanto, o legislador deu o privilégio de concorrer com os primeiros avocados e, no caso de inexistência destes, receberá a herança em sua totalidade¹¹.

Portanto, em primeiro lugar, concorrerá com os descendentes se o regime da comunhão for parcial ou da separação convencional¹². Se casado pelo regime da separação obrigatória ou da comunhão universal ou, ainda, se no regime parcial, mas não deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente não será avocado para concorrer com os descendentes. Lembrando que a sua meação sobre os bens comuns são preservados e, por conseguinte, adquiridos por direito próprio.

Se o regime de bens for o da participação final dos aquestos, Cahali entende (2014, p. 199): “Pela literalidade das hipóteses de exclusão contidas no texto, haverá direito sucessório recíproco entre os cônjuges assim casados”.

Ademais, se tratar de regime misto, convoca-se o supérstite sobrevivente, exceto se o regime estiver relacionado àqueles em que a lei proíba a convocação.

¹⁰ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

¹¹ Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; 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.

¹² Há precedentes no Superior Tribunal de Justiça sobre a separação convencional de bens: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido. (REsp 1.111.095/RJ, 4ª T., J. 01.10.2009).

4.1.2.1 CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

Concorrendo com os descendentes comuns, a lei diz que o viúvo terá quinhão igual àqueles. No entanto, é reservada ao viúvo a reserva da quarta parte, ou seja, se tiver o casal quatro ou mais filhos comuns, 25% da herança são preservados para quem sobreviveu e os 75% caberão aos filhos em partes iguais¹³. Se os descendentes são apenas do autor da herança, a reserva da quarta parte passa a não mais existir; neste caso, o viúvo receberá, por direito próprio, parcela idêntica aos dos sucessores.

Francisco Cahali (2014, p. 200):

Concorrendo com descendentes só do autor da herança, receberá o cônjuge parcela idêntica à dos que sucederam por direito próprio. Assim, sendo 4 (quatro filhos), cada qual receberá 1/5 da herança.

Se algum filho do *de cujus* for premorto, os filhos deste, netos do autor da herança, receberão por representação, fazendo jus à cota, a que cabe àquele, e dividirão entre si.

Na falta de filhos, os netos herdarão por direito próprio, concorrendo com o viúvo que, por sua vez, receberá o mesmo quinhão que cada neto recebeu.

4.1.2.2 CONCORRÊNCIA COM OS ASCENDENTES

Inexistindo ou mortos todos os descendentes, bem como se estes renunciaram ou foram excluídos da sucessão, serão avocados os da classe subsequente. No caso, os ascendentes que ocupam a segunda posição da ordem da vocação hereditária, concorrendo também o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime ao qual o casamento foi submetido.

Na divisão do quinhão, concorrendo com todos os ascendentes vivos de primeiro grau, o cônjuge receberá a cota igual àqueles. Se apenas o pai ou a mãe do falecido for vivo, ao cônjuge caberá metade e àquele a outra metade.

Se inexistirem ascendentes de primeiro grau, serão convocados os ascendentes mais remotos e, neste caso, caberá a metade da herança ao viúvo e a outra metade será partilhada aos ascendentes convocados.

4.1.2.3 TERCEIRA POSIÇÃO DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E DEMAIS DIREITOS

¹³ Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendentes dos herdeiros com que concorrer.

De acordo com o Código Civil de 2002 e conforme já mencionado anteriormente, o supérstite sobrevivente ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária. Portanto, não sendo avocados nem descendentes nem ascendentes, ele receberá a integralidade da herança, sem depender de regime de bens de casamento.

Como foi elevado à categoria de herdeiro necessário, o autor da herança só pode fazer uso, por disposição de última vontade, de 50% da herança, visto que a outra metade é preservada aos herdeiros necessários.

Giselda Hironaka explica a classificação do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário (2014, p. 352):

Entende-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido. Isso significa que apenas quando fundamentado em fato caracterizador de ingratidão por parte de seu herdeiro necessário, poderá o autor da herança dela afastá-lo, e, ainda assim, somente se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência. Assim, tanto o excluído por indignidade quanto o deserdado configuram aquela categoria de herdeiros sucessíveis que, por terem cometido algum dos atos atentatórios elencados na lei, são afastados do direito à herança. Contudo, até o momento definitivo do afastamento, conservam a qualidade de herdeiros sucessíveis, gozando de proteção legal que lhes garanta a reserva dos bens que compõem a legítima dos herdeiros necessários.

Ademais, o cônjuge sobrevivente possui o direito real de habitação, isto é, o direito de permanecer no imóvel destinado à residência da família¹⁴. Não podendo, portanto, dispor desse direito, pois o viúvo não exerce posse, tampouco propriedade, tratando-se de mero domínio. Os demais titulares da herança formam com o viúvo o condomínio do imóvel em questão.

Logo, enquanto subsistir o direito real de habitação, os demais herdeiros são condôminos do viúvo, não podendo cobrar aluguel tampouco reclamar posse direta.

Outrossim, é permitido ao viúvo, no seu direito real de habitação, constituir outra família, seja por meio de novo casamento ou seja por união estável.

4.1.3 CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE OU DE FATO

¹⁴ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

O cônjuge sobrevivente só é convocado se não estiver separado judicialmente ou de fato com o falecido há mais de dois anos. Há ressalva, se comprovada a inexistência de culpa do sobrevivente, consoante o art. 1830 do Código Civil Brasileiro atual¹⁵.

Giselda Hironaka (2014, p. 341):

Além de ser casado, o cônjuge somente tem o seu direito sucessório reconhecido se estivesse vivendo a comunhão plena de vida efetivamente com o falecido, agora autor da herança, tanto no plano da validade quanto no plano da eficácia desse negócio jurídico. Excluem-se, portanto, dos direitos sucessórios, os cônjuges cujo casamento foi reconhecido como nulo (art. 1548 do CC) ou anulável (art.1550 do CC). No plano da eficácia enumera o art. 1830 do CC que somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, de que essa convivência havia sido impossível sem culpa do sobrevivente.

O divórcio extingue a relação conjugal e o casamento, portanto, o divorciado não herda, visto que divórcio acarreta o fim de vínculo sucessório. Cahali (2014, p.204):

(...) O divorciado também não herda, mesmo ausente previsão, pois com o divórcio dissolve-se, além da sociedade conjugal, o próprio casamento (CC, art.1571, §1º), desaparecendo naturalmente entre os ex-cônjuges qualquer vínculo sucessório.

4.2 COMPANHEIRO

4.2.1 MEAÇÃO E HERANÇA

Os direitos sucessórios do companheiro divergem das pessoas casadas, visto que se atribuem apenas aos bens na constância da união estável.

Cahali (2014, p. 216):

Pelo *caput* do art. 1790¹⁶, a convocação é feita para participar apenas de uma parcela da herança, e não de sua integralidade, restrita ao patrimônio adquirido na vigência

¹⁵ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

¹⁶ 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;

da união a título oneroso. Em nada importa o regime patrimonial, se da comunhão parcial ou de outra previsão contratual, sendo irrelevante, ainda, eventual titularidade do viúvo sobre parte deste acervo. Também, pelo limite da lei poderá ocorrer de o sobrevivente ser meeiro de um bem adquirido por fato eventual, por exemplo, mas nele não participar por sucessão. A seu turno, pode acontecer do sobrevivente não ter direito à meação, por serem os bens instrumentos da profissão ou em razão de previsão em contratos de convivência do regime de separação total, mas ser herdeiro, se adquiridos os bens onerosamente durante a união, pois são qualidades diversas: meeiro e herdeiro.

Enquanto que para o casamento há todo o processo de destituição, na união estável basta o rompimento do vínculo para, imediatamente, o companheiro não possuir mais direitos sucessórios, não importando se há alguma ação de dissolução ou de reconhecimento da união estável.

4.2.2 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O companheiro não se configura na categoria de herdeiro necessário e está colocado na última posição da ordem de vocação hereditária, portanto só terão direitos à herança sobre os bens particulares do companheiro falecido, se inexistirem todas as classes preferenciais a ela, quais sejam: descendentes, ascendentes, cônjuges separados judicialmente ou de fato, há menos de dois anos, ou mais de dois anos e não for comprovada a culpa do cônjuge sobrevivente e, por fim, todos os parentes colaterais até o quarto do grau do falecido.

Após a identificação da herança em que o companheiro se encaixa, será chamado para concorrer em primeiro lugar com os descendentes, e na falta destes, com os ascendentes. O que difere do cônjuge é que, ao concorrer com os descendentes, não importa qual é o regime de bens que comporta a união; além de que a herança é sobre os bens na constância da união. Importa salientar que, no casamento, a herança recai sobre os bens particulares do falecido.

Na falta de descendentes e ascendentes, diferentemente do cônjuge sobrevivente, o companheiro não receberá a totalidade da herança. Serão convocados os parentes colaterais até o 4º grau, contudo o companheiro também poderá concorrer com estes. Somente da inexistência destes parentes colaterais é que o companheiro poderá receber a integralidade da herança.

Vale dizer que, se o falecido tiver deixado bens particulares e inexistindo parentes colaterais até 4º grau, será caracterizada herança jacente e irá internar no patrimônio público.

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.

4.2.3 CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

Sendo os descendentes comuns dos companheiros, caberá ao sobrevivente quinhão igual ao que aqueles teriam direito de receber. Se os descendentes forem somente do autor da herança, o companheiro só terá direito a metade do que couber aos descendentes.

Logo, se há três filhos comuns, o sobrevivente ficará com 25%, cota igual que receberão os demais herdeiros. No entanto, se restarem dois descendentes somente do autor da herança, cada um terá direito a 25% e o sobrevivente restará com 12,5%. Contudo, não terá prejuízo de sua meação, que recairá também nos bens comuns da união.

Havendo filho premorto, os netos herdarão por estirpe e serão convocados por direitos de representação, igual como ocorre com o cônjuge.

4.2.4 CONCORRÊNCIA COM OS ASCENDENTES E COLATERAIS

Na falta dos descendentes, serão convocados os ascendentes. Neste caso, a reserva para o companheiro será sempre de 1/3. Igualmente ocorre quando concorrer com os colaterais.

Cahali (2014, p. 220):

Já na falta de descendentes, chamados ascendentes ou colaterais, a parte destinada ao companheiro sobrevivente é sempre fixa, estabelecida em 1/3 da herança. Assim, concorrendo com o sogro, este terá 2/3 da herança. Com o sogro e a sogra, cada um destes terá 1/3 da herança. Sendo maior o grau ascendente, 2/3 da herança seguem partilha em já antes estudada. Inexistindo ascendentes, os colaterais serão chamados, destinando-se a eles sempre 2/3 da herança.

Somente quando inexistir qualquer parente colateral é que o companheiro sobrevivente terá direito à integralidade da herança. Vale ressaltar, também, que a herança recai somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

5 CONCLUSÃO

Ao não reconhecer para o companheiro a qualidade de herdeiro necessário, o legislador optou pelo retrocesso social, visto que são visíveis, na sociedade atual, as mudanças que esta entidade, constitucionalmente reconhecida, alcançou.

No que tange à ordem de vocação hereditária, é injustificável a última posição do companheiro em contraponto com a terceira posição do cônjuge. A distinção em questão é injusta, pois, além de contrariar a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988,

que reconheceu a equiparação de ambas as entidades familiares, também não se pode desconsiderar a realidade social em que duas pessoas que mantêm uma relação qualificada pela vontade de constituir uma família, pelo compartilhamento de um projeto de vida, em comparação aos parentes que talvez nunca tenham mantido contato.

Se a base da sociedade é a família e esta tem proteção do Estado e a união estável é reconhecida como entidade familiar, dando a elas uma equiparação, não tem por onde justificar essa diferente posição sucessória do cônjuge e companheiro sobrevivente, contrariando os fundamentos e princípios constitucionais.

Além do que foi exposto, é importante acrescentar, pelo tratamento diferenciado, que se coloca o casamento civil em um nível superior ao da união estável, o que é inaceitável pelo princípio constitucional da igualdade bastante protegida pela nossa Lei Maior, bem como já é de conhecimento de todos que o Direito evolui conforme a sociedade evolui e hoje, em nosso meio social, não existe, ou pelo menos não deveria existir, esta distinção.

Percebe-se, também, que o legislador dá preferência ao ato ou a forma de casamento e não o *animus*, ou a vontade de constituir uma família, base da sociedade na qual vivemos, protegida pela Constituição Federal. Ou seja, dá-se preferência àquilo que é extrínseco, e não ao que é importante, a afetividade.

Ressalta-se que o companheiro, o qual conviveu por toda uma vida com o falecido, poderá dividir sua herança com parentes colaterais que talvez nunca tenham mantido contato com o *de cujus*. Configurando, desse modo, uma injustiça, em virtude de a união estável ser equiparada ao matrimônio e, por isso, deverá ser reconhecida igual ao cônjuge, na terceira posição da ordem de vocação hereditária, e caracterizada na classificação de herdeiro necessário.

Diferente da união constitucionalizada pelo matrimônio, a união estável não reclama do direito à reserva da quarta parte. Esta característica é inerente ao cônjuge, ferindo, desta maneira, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **Direitos das sucessões**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2014.

HIRONAKA, G.; TARTUCE, F.; SIMÃO, J. (Org.). **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

NUNES, Rizzato. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2011.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnoldo – **O novo direito de Família** – 16 ed. Revista – Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.