

ASPECTOS CONTROVERTIDOS NO SISTEMA SUCESSÓRIO DA UNIÃO ESTÁVEL

Thaiane Ohanna Gomes da Costa¹

Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O presente trabalho científico tem como principal propósito a discussão das várias lacunas que o atual Código Civil deixou sobre o tema do direito sucessório do companheiro. Para viabilizar melhor a compreensão do estudo, será tratado dos pontos controvertidos na concorrência dos conviventes com os herdeiros, na união estável. Em seguida, far-se-á um minucioso estudo sobre o tema central do trabalho científico, trazendo a lume o emblemático art. 1.790 do Código Civil nos seus aspectos mais controversos. Na parte conclusiva, com apoio na doutrina e na jurisprudência, apresentar-se-á a solução mais plausível e racional para o deslinde das matérias polêmicas.

Palavras-chave: Sucessão. União estável. Concorrência. Ordem de vocação hereditária.

ASPECTS IN SUCCESSION CONTROVERSIAL SYSTEM DOMESTIC PARTNERSHIP

ABSTRACT

This scientific work has as main purpose the discussion of the various gaps that the current Civil Code gave on the subject of inheritance law fellow. To facilitate better understanding of

¹ Discente concluinte do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI-RN (thaianegcosta@hotmail.com).

² Professor Orientador, Mestre em Direito pela UFRN, com ênfase na constitucionalização das relações privadas, especialista lato sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESMARN. Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil do UNI-RN.

the study will be treated the disputed points in the competition of cohabiting with the heirs at law marriage. Then a detailed study on the central theme of scientific work, bringing to light the symbolic art it will be far. 1790 of the Civil Code in its most aspects controversos. Na concluding part, supported the doctrine and jurisprudence, the most plausible and rational for the demarcation of the controversial matters solution will present itself.

Keywords: Succession. Stable union. Competition. Order of heredity.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico, com o título “Aspectos Controvertidos no Sistema Sucessório da União Estável”, tem como principal propósito a discussão das várias lacunas que o atual Código civil deixou sobre o tema, até mesmo com relação ao diploma anterior.

O presente tema é de grande importância para sociedade, e apresenta forma complexa, devido a forma como foi tratado pelo legislador. Assim, para conferir um maior grau de cientificidade a matéria, alguns procedimentos metodológicos serão adotados.

A pesquisa terá natureza qualitativa, uma vez que, para a abordagem da problemática, não serão utilizados dados estatísticos, mas sim uma preocupação acerca dos conflitos que permeiam a interpretação do instituto da concorrência.

O método de abordagem será o dedutivo, a partir do momento em que questões gerais do Direito das sucessões serão tratadas.

Sobre o aspecto técnico, será realizado um levantamento bibliográfico, adotando-se a documentação indireta como técnica de pesquisa, em virtude do estudo ter por base a utilização de obras que tratam da questão em foco, já publicadas, constituídas principalmente de livros, revistas, artigos científicos, além da legislação vigente.

Importante enaltecer que os principais marcos teóricos realizar-se-ão através de contribuições de estudos de autores de renome no mundo acadêmico, jurídico e social. Para viabilizar melhor a compreensão do estudo, serão abordados temas, como a origem e a evolução histórica do direito das sucessões, desde a antiguidade até os dias atuais, fazendo-se uma análise da influência e ligação intrínseca da religião antiga nos conflitos do direito sucessório daquele tempo, além dos pontos controvertidos na concorrência dos conviventes com os herdeiros, na união estável.

Para tanto, far-se-á um minucioso estudo sobre o tema central do trabalho científico, trazendo a lume o emblemático art. 1.790 do Código Civil nos seus aspectos mais

controversos: a) a forma desigual como tratou os direitos sucessórios na união estável e no casamento; b) a composição do patrimônio na união estável; c) a omissão em não incluir como herdeiro necessário o companheiro ou a companheira; d) a concorrência do companheiro ou companheira com os descendentes comuns, exclusivos ou híbridos.

Na parte conclusiva, com apoio na doutrina e na jurisprudência, apresentar-se-á a solução mais plausível e racional para o deslinde das matérias polêmicas.

Não é o primeiro trabalho a respeito do assunto, mas, com certeza, poderá contribuir para que o legislador convença-se, de maneira mais efetiva, da necessidade de alterar o texto legal, adequando-o à atual realidade social.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS NO ÂMBITO SUCESSÓRIO

O Direito Civil por muito tempo exerceu o papel de um direito geral, o qual era posto no centro do sistema jurídico. O Código Civil se limitava a discorrer sobre questões patrimoniais.

A constitucionalização do Direito Civil tem como seu marco inicial a Revolução Francesa e passou por significativas fases. A primeira delas conhecida como “Mundos apartados” entendia o Código Civil como o documento jurídico que regia as relações jurídicas entre os particulares, e sendo assim, considerado como a Constituição do Direito Privado. E a Constituição tida como uma Carta política a qual orientava as relações entre o Estado e os Cidadãos. (Luiz Roberto Barroso, 2005).

A segunda fase, conhecida como “publicização do direito privado” a qual tinha como característica o Estado Liberal, momento em que começou a superar o individualismo e o estado começou a intervir nas relações privadas, advindo a introdução de normas de ordem pública. Essa fase foi conhecida como a fase do dirigismo contratual e foi responsável pela publicização do Direito Privado. (Luiz Roberto Barroso, 2005).

A fase atual é resultado da inserção da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, permitindo que o Direito Civil não se limitasse apenas nas relações de ordem privada. Para isso, o Código civil passou a ser subordinado a Constituição Federal, valendo-se de princípios constitucionais para tanto. Apresentando uma árdua elaboração intrínsecas no âmbito público e privado.

Neste sentido, preconiza o renomado Paulo Lôbo (Paulo Lôbo, 1999):

“Antes havia a disjunção; Hoje, a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).”

Com isso, vislumbramos que, após a constitucionalização do Direito Civil, as normas constantes do Código Civil passaram a ser subordinadas a Constituição Federal, e não o inverso como era posto no passado.

Esse fenômeno teve embasamento na premissa da dignidade da pessoa humana, responsável pela despatrimonialização do direito civil e na aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações civis privadas. (Paulo Lôbo, 1999).

O direito sucessório visava apenas a proteção ao patrimônio, deixando de proteger as pessoas e seus direitos fundamentais. Dessa percepção podemos ter como exemplo a discriminação entre os filhos concebidos na constância do casamento e os filhos extraconjugais. Após a constitucionalização do Direito Civil, a dignidade da pessoa humana foi colocada em primeiro lugar, do que resultou a igualdade entre os filhos.

3. UNIÃO ESTÁVEL: REGIME DE BENS E ACERVO HEREDITÁRIO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico no Direito de Família. Além de consagrar o princípio da igualdade dos filhos, rompendo com o sistema perverso do direito anterior, estabeleceu, ainda, no caput do artigo 226, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, acrescentando, no § 3º que: “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”.

O texto Constitucional colocou a família como gênero e objeto de proteção do Estado, ficando as entidades familiares como espécies do gênero família, classificadas em três tipos: a família formada pelo casamento, a família formada pela união estável e a família monoparental.

O Código Civil, no artigo 1.723, conceitua a união estável como o relacionamento público, contínuo e duradouro, estabelecido entre o homem e a mulher, com o objetivo de constituição de família.

Há de observar, todavia, que, apesar do status consagrado pela Constituição Federal a esse tipo de relacionamento familiar, o Código Civil, a despeito de exigir requisitos para a sua constituição, disciplinou e regulamentou, todavia, a união estável, em alguns aspectos, de forma diferenciada do casamento, como abordaremos em título próprio.

A união estável foi consagrada na Constituição Federal de 1988 e disposta inicialmente nas leis número 8.971/64 e 9.278/96.

A primeira lei, de 1964, equiparava os direitos do cônjuge com o do companheiro na ordem de vocação hereditária e também estabeleceu o usufruto, como estabelecido para o cônjuge casado em regime diverso da comunhão universal de bens.

Já a lei de 1996 estabeleceu novos direitos ao companheiro, como os direitos recíprocos, direto a regime de bens legal ou convencional, direito a alimentos, habitação em condições semelhantes ao dos cônjuges.

Ocorre que a lei de 1996 não revogou a de 1964, passando assim a regerem em conjunto as disposições da sucessão na união estável. A cumulação dos direitos outorgados aos companheiros acarretou em mais direitos do que os dos cônjuges. Fez surgir assim várias correntes na doutrina e na jurisprudência, onde uns entendiam pela inconstitucionalidade desses privilégios, pois afinal, a lei estava concedendo mais direitos do que o previsto constitucionalmente. Como outras vertentes apresentavam uma solução em estender os direitos aos cônjuges.

O novo Código Civil, posteriores as leis supracitadas, vem sofrendo diversas críticas a respeito do direito sucessório. Isso porque regulou o direito sucessório dos companheiros nas disposições gerais do direito das sucessões, ao passo que veio a tratar do cônjuge no capítulo destinado a vocação hereditária. Ainda, deu tratamentos diversos às entidades familiares, entre companheiros e os cônjuges. Configurando-se o retrocesso em alguns aspectos.

Em relação ao patrimônio da união estável, compõe-se dos bens adquiridos onerosamente no curso do relacionamento. Há, no caso, uma presunção do esforço comum dos companheiros.

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em março de 2007, pela sua Segunda Câmara Cível proferiu decisão acerca do tema, que ainda hoje, prevalece (BRASIL, AC N. 96.0000912-1.):

União estável. Efeitos patrimoniais. Bens adquiridos a título oneroso. Condomínio. Lei n. 9.278/96. Partilha em ação de inventário. Admissibilidade. Na união estável, os bens móveis ou imóveis adquiridos a título oneroso, por um ou por ambos os conviventes, são considerados fruto do trabalho comum e da colaboração mútua, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrato escrito. Em face da Lei n. 9.278/96, desnecessária a prova de contribuição de um ou de outro convivente para a aquisição do patrimônio, bastando que qualquer deles demonstre, cumpridamente, a existência da união estável.

O julgado acostou-se ao entendimento de Fernando Malheiros Filho. (FILHO, Fernando Malheiros, p. 39,2008).

Em vista da regulamentação legal do relacionamento estável, descomplicou-se a atribuição de seus efeitos, reduzido que ficou o espaço para a ação do intérprete, que antes agia ao sabor de seu poder criativo, pela absoluta ausência de assento em legislação. Tal situação sempre permitiu grande diversidade de posições, senão quanto à necessidade do reconhecimento da união estável como instituto jurídico, especialmente na exatidão de sua configuração e na extensão de seus efeitos. Sob o ponto de vista patrimonial, atualmente, é clara a lei para conferir, uma vez reconhecida a união estável, a comunhão dos bens móveis ou imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso (Lei n. 9.278/96,5º, caput).

Reconhecida, portanto, a união estável entre os conviventes, aplicar-se-á a esta relação, no que couber às mesmas normas relativas ao regime da comunhão parcial de bens, adotado no casamento, excluídos os bens particulares. O patrimônio da união estável dividir-se-á, portanto, entre os conviventes, em duas partes iguais.

Cabe observar que, embora o artigo 1.790 não faça referência à meação, não podemos, contudo, descartá-la, visto que o artigo 1.725, expressamente, prevê regime de bens na união estável, dentre eles o da comunhão parcial que, como se sabe, é um regime híbrido: de comunhão e de separação. E onde há comunhão, necessariamente, haverá meação.

Dessa forma, aberta a sucessão, o companheiro supérstite terá direito à metade dos bens e, pela regra do art. 1.790, incisos I a III, do Código Civil, participará da sucessão do outro, em concorrência com os descendentes, ascendentes e colaterais.

A Lei n. 9.278 de 1996, supramencionada, trouxe importante inovação ao estabelecer, no artigo 5º, regimes de bens ao instituto da união estável.

Artigo 5º da Lei n. 9.278 de 1996: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título

oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

O Código Civil manteve o mesmo sistema, embora com redação um pouco diferente.

O artigo 1.725 dispõe: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Como se verifica, há a previsão de dois regimes de bens: um legal ou comum, e o outro convencional, podendo este último desdobrar-se em qualquer um daqueles previstos para o casamento, a critério dos conviventes, salvo quanto ao da separação obrigatória (artigo 1.641).

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.”

Convém destacar que se os conviventes não optarem por realizar contrato escrito, dispondo sobre outro tipo de regime, prevalecerá o comum (comunhão parcial), ressalvada a hipótese do artigo 1.641.

Dessa maneira, os conviventes, através de contrato escrito, poderão optar pelo regime da comunhão universal, participação final nos aquestos, separação total de bens, bem ainda por um regime de comunhão parcial diversificado.

O contrato a que se refere a lei deve ser público, como o é o pacto antenupcial, no casamento. E o regime da separação obrigatória dispensa contrato escrito, uma vez que independe da vontade do casal.

Sobre a matéria, ensina Regina Beatriz Tavares da Silva: (SILVA, Regina Beatriz Tavares da, p. 1887, 2008.).

“Outra regra cabível na união estável é aquela referente à forma do pacto ou contrato que estabelece regime diverso da comunhão parcial de bens, que segundo o art. 1.653 é de escritura pública. É, além disso, inegável que a forma pública concede maior segurança à celebração da convenção. No entanto, observe-se que na legislação anterior era dispensável a escritura pública, havendo, mesmo sob a vigência do novo Código Civil, posicionamento favorável à inexigibilidade dessa forma”.

Saliente-se que o regime da separação obrigatória de bens será adotado quando ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art.1.641, inciso I, do Código Civil.

Essa regra, por ser disposição geral, aplica-se também à união estável, por força do art. 1.725 do Código Civil. (BRASIL, 2002): “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”.

Para Regina Tavares da Silva, o Código Civil, “ao estabelecer que se aplicam à união estável, no que couberem, as regras da comunhão parcial, devem ser consideradas as regras constituídas por disposições especiais (arts. 1.658 a 1.666) e disposições gerais (arts. 1.639 a 1.657); dentre estas estão aquelas referentes à administração de bens, em que se destaca a proibição de alienação de bem imóvel sem o consentimento do consorte, a não ser que seja escolhido o regime de bens da separação absoluta (art.1.647), sob pena de anulação do ato praticado (art.1649)”. (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros, p.48) e Antônio Elias de Queiroga (QUEIROGA, Antônio Elias de. 2012 p. 154.):

“Se houver causa suspensiva, a união estável não deixa de existir e produzir efeitos, como os deveres entre os companheiros, mas o regime de bens a vigorar nessa união deve ser o da separação obrigatória”.

“Embora o artigo 1.723, parágrafo 2º, do Código Civil, disponha que as causas suspensivas previstas no artigo 1.523 não impedirão a caracterização de união estável, está em perfeita consonância com a aplicação do artigo 1.641, inciso I, à união estável”.

Nesse passo, estarão sujeitos a esse regime não apenas as pessoas relativas as suspensivas de casamento, como também os maiores de setenta anos de idade. Não fosse adotado o regime de separação legal, fácil seria burlar a lei.

Por exemplo, para evitar o regime compulsório, os casais, ao invés de convolarem núpcias, optariam pela união estável, adotando o regime que bem lhes conviesse.

Em relação aos bens particulares dos conviventes, não entram na composição do patrimônio comum. Podemos ter como bens particulares aqueles adquiridos até o momento da constituição da união estável.

Além desses bens, são também incomunicáveis os advindos, durante a relação, a título gratuito (herança ou doação), em favor de um ou do outro convivente.

O assunto está regrado nos artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil. (BRASIL, 2002). O qual retrata os bens e obrigações que se excluem da comunhão. Os bens indicados nos

incisos do art. 1659 deixam de integrar o bem comum do casal, e permanecem apenas na esfera particular de cada cônjuge.

E o art. 1661 estabelece: “São comunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”.

Alexandre Guedes Alcoforado Assunção (ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. 2008, p. 1808.) , em comentário ao art. 1.659 do Código Civil, anota:

“O inciso I indica a hipótese clássica, ou seja, não se comunicam os bens que cada um possuía ao casar e os que lhe advierem por doação ou sucessão e os sub-rogados em lugar deles. A sub-rogação induz a incomunicabilidade quando o novo bem for adquirido por recursos exclusivamente pertencentes ao dono do bem substituído. Se, entretanto, para aquisição do bem forem utilizados recursos da comunhão ou do outro cônjuge, o bem pertencerá a ambos, em condomínio”.

Ressalta-se, por oportuno, que as obrigações anteriores ao casamento (art. 1.659, III) são de responsabilidade exclusiva do convivente que as contraiu, exceto se o outro companheiro beneficiou-se, o mesmo ocorrendo com a hipótese prevista no inciso IV.

Das demais cláusulas de exclusão de bens, constantes do art. 1.659, apenas nos referiremos à do inciso VI (os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge).

A maioria dos doutrinadores não acolhe a interpretação literal da mencionada regra.

Discrepa desse entendimento o Professor Antônio Elias de Queiroga (QUEIROGA, Antônio Elias de. 2011 p. 130.):

“A interpretação oferecida por esses autores fere frontalmente o sentido expresso no inciso VI do artigo 1.659 do Código Civil. Ao admitir-se que o produto adquirido se comunica, ficaria sem nenhuma valia a incomunicabilidade dos proventos. Tornar-se-ia o nada. Observe-se que o entendimento esposado pode até induzir um cônjuge a gastar desbragadamente os seus rendimentos, em espécie, para evitar que o outro venha a entrar na meação de bens adquiridos com eles. Por isso, continuamos a entender que, se os proventos são comunicáveis, os bens comprados com eles também o são. Não tem sentido lógico um cônjuge não ter direito à metade dos reais que o outro percebe de salário, mas ter direito à meação de uma determinada coisa que vier a ser adquirida com essa quantia. Nada justifica que um cônjuge tenha participação no salário do outro, quer em espécie ou nos produtos que venham a ser adquiridos. A hipótese referida no inciso I do artigo 1.660 diz respeito a bens adquiridos com recursos de outras fontes ou de recursos provenientes de esforços conjugados, inserindo-se aqui até os proventos de ambos.”

O STJ não tem, ainda, conforme pesquisa realizada, um consenso sobre a matéria.

Em decisão divergente da esposada pelo Professor Antônio Elias de Queiroga, há um acórdão da relatoria da Ministra Nancy Andrigli, em que, após afirmar que "é difícil precisar o momento exato em que os valores deixam de ser proventos do trabalho e passam a ser bens comuns, volatizados para atender às necessidades do lar conjugal", conclui, no entanto, a ilustre magistrada, em face do caso concreto, admitindo a comunicação dos proventos.

Diante do que foi esclarecido, fácil perceber-se que os bens particulares não são objeto de herança em favor do companheiro ou da companheira sobrevivente; serão partilhados entre os herdeiros, conforme a ordem estabelecida.

É importante descrever acerca da União Estável Homoafetiva. Em decisão prolatada em 2011 pelo STF foi declarada a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, onde a ADI 4277, prolatou sentença na qual reconheceu os direitos, esta sendo Erga omnes e vinculante. Vejamos: (BRASIL, ADI 4277).

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “ interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

(...)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “ INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “ interpretação conforme à Constituição” . Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Ainda assim, a legislação brasileira não cuidou de regulamentar o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desse modo a mencionada decisão do STF ensejou a aplicação das regras da união estável contidas no Código Civil.

Em que pese a ausência da previsão legal sobre o assunto, a Resolução n. 175/2013 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, veda as autoridades competentes a se negarem realizar casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vejamos:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Na jurisprudência, são diversos os julgados que seguem esse novo horizonte de pensamento, simbolizando o avanço a cerca da referida matéria. Vejamos o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: (BRASIL, AC 70023812423):

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A competência para processar e julgar as ações relativas aos relacionamentos afetivos homossexuais. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual.

Dessa forma, observa-se que as regras do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo estão sendo inserida de forma unanime na jurisprudência do Brasil. Mas, ainda resta uma lacuna na lei a respeito da regulamentação desse direito.

Tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei N. 2.285, de 2007, (o “Estatuto das Famílias”, idealizado pelo IBDFAM), na qual consta que a família também poderá ser formada pela união de pessoas do mesmo sexo e dando efeitos pessoais e familiares a esse novo gênero. O referido projeto tem como objeto reconhecer como entidade familiar “a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre casais do mesmo sexo e para possibilitar a conversão dessa união em casamento”. Para isso, bastará que o casal requeira ao oficial de registro civil, declarando que não há nenhum impedimento para o casamento e indiquem o regime de bens a ser adotado, sendo dispensando a celebração.

4. O SISTEMA LEGAL DE DISTRIBUIÇÃO PATRIMONIAL DO DE CUJUS: NÓDOAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NA UNIÃO ESTÁVEL

Alguns doutrinadores entendem que há eiva de inconstitucionalidade no artigo 1.790 do Código Civil, sob o fundamento de que a Constituição Federal não permite tratamento desigual entre o cônjuge e o companheiro, como o artigo em comento.

Grande parte da doutrina qualifica como retrograda a discrepância trazida pelo dispositivo supracitado em relação ao artigo 1.829 no referido texto.

Sobre a matéria, anota o Professor Antônio Elias de Queiroga (QUEIROGA, Antônio Elias de. 2012, p. 150.):

O Código Civil, embora tenha trazido inovações sobre o direito sucessório dos companheiros, vem sofrendo críticas por conta de algumas posições que adotou. Regulou o direito sucessório em capítulos distintos: o do companheiro, na união estável, nas disposições gerais do direito das sucessões (Capítulo I do Título I do Livro V da Parte Especial), enquanto que o do cônjuge é tratado no capítulo que cuida da ordem da vocação hereditária. Além disso, deu tratamento diferenciado às duas entidades familiares, verificando-se retrocesso em alguns aspectos.

Outros autores são mais críticos ainda, como Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Barbosa Moreira, que asseveram (PEREIRA, Caio Mário da Silva., 2009, p.147.):

“O art. 1.790 é, no sistema do novo Código Civil, um corpo estranho, pouco à vontade na companhia das outras normas originariamente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório”.

No mesmo plano, é o magistério de Zeno Veloso (VELOSO, Zeno., 2002, p. 231.):

“O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”.

Maria Berenice Dias, em sua obra Manual da sucessão, assevera que o tratamento diferenciado posto pelo código civil a sucessão do cônjuge e a do companheiro, além de ser uma forma perversa é escancaradamente inconstitucional, ao passo que desrespeita os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além da desigualdade lançada entre duas entidades familiares: a união estável e o casamento.

Convém observar que os aspectos críticos situam-se nos seguintes pontos, primeiramente na forma topográfica como foi inserido o artigo 1.790, na constituição do patrimônio da união estável, formado, apenas, pelos bens adquiridos a título oneroso, na constância do relacionamento e na posição de quarto lugar em que ficou o companheiro ou a companheira sobrevivente quando inexistirem descendentes, ascendentes ou colaterais sucessíveis.

Quanto ao primeiro aspecto, assevera Edgard Audomar Marx Neto (NETO, Edgard Audomar Marx., 2011, p.322.):

“A inserção do 1.790 no Código Civil de 2002 foi objeto de severas críticas. A primeira, de que sua colocação dentre as “Disposições Gerais” é topograficamente equivocada. Seu conteúdo não trata de disposições gerais aplicáveis às sucessões, mas de regramento próprio da ordem de vocação hereditária, regulada pelo 1.829”.

Já Eduardo de Oliveira Leite leciona que (LEITE, Eduardo de Oliveira, 2003, v. 21, p.54.): “Uma disposição geral, como a própria expressão sugere, esgota-se na apresentação de enunciado amplo, de princípio genérico, aplicável a todas as demais espécies daí decorrente”.

O nosso entendimento diverge, em alguns pontos, dos ilustres mestres.

Com relação à inserção do artigo na Parte Geral do Livro das Sucessões trata-se, realmente, de erro grosseiro do legislador, mas não fere o espírito da Constituição Federal.

Quanto ao segundo ponto, também não vemos inconstitucionalidade. A hipótese é semelhante à do casamento celebrado no regime da comunhão parcial de bens, cujo patrimônio comum é formado, igualmente, pelos bens adquiridos a título oneroso, durante a sociedade conjugal.

Já no que se refere ao terceiro aspecto, não resta dúvida que o Código Civil regrediu, pois enquanto conservou o cônjuge sobrevivente na terceira classe da ordem da vocação hereditária (artigo 1.829, III), colocou, no entanto, o companheiro ou a companheira em quarto lugar, depois dos colaterais (artigo 1.790, IV).

Impende, contudo, registrar que casamento e união estável não são institutos iguais. A Constituição Federal não os equiparou. Apenas, reconheceu que a união estável era uma entidade familiar, “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (226, § 3º, CF):

Artigo 226, § 3º da Constituição Federal. “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.

Logo, não é casamento, mas um fato antecedente. E é sabido que a igualdade perante a lei consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Assim, é impossível conferir-se direitos iguais a institutos diversos.

Acrescente, por fim, que o TJRS, pelo seu Órgão Especial, quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº 70029390374, proclamou a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, assentado:

“Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas distintas, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que 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 (226, §3º). Ora, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diferentes. (Agravado de Instrumento n. 70040781395, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011).

O artigo 1.790 do Código Civil estabelece as formas de participação do companheiro ou da companheira na herança. Já apontamos as críticas feitas, por vários doutrinadores, ao citado artigo. Para não ser repetitivo, não voltaremos a elas.

Trataremos, apenas, das hipóteses de concorrência do companheiro ou companheira, elencadas no art. 1.790 do Código Civil: a) com filhos comuns; b) com descendentes só do autor da herança; c) com outros parentes sucessíveis. Além da hipótese do inciso IV do mencionado artigo.

Da concorrência com filhos comuns, pela dicção do inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro fará jus à mesma quota parte a que têm direito os filhos comuns.

Assim, se o de cujus deixou dois descendentes comuns e um patrimônio de noventa mil reais, a herança será dividida em três partes iguais, ou seja, trinta mil reais para cada um.

Saliente-se que, embora a regra do inciso I refira-se só a filhos, no entanto, a concorrência deve ser estendida a todos os demais descendentes comuns.

Acerca da matéria pontifica Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Sucessões, 2004, 58, p. 62.):

Inexplicavelmente, o legislador limitou no inciso I a concorrência somente aos filhos comuns, em vez de estendê-la a toda a classe dos descendentes, o

que faz quando a concorrência se dá com descendentes somente do autor da herança, prevista no inciso II. Não sendo proposital a restrição, deve-se atribuir à falta de técnica legislativa, provocando dúvida na exegese do referido mandamento.

Cabível, portanto, a interpretação extensiva, de forma a alcançar todos os descendentes comuns, observada a preferência estabelecida na ordem da vocação hereditária.

Em relação a concorrência com os descendentes exclusivos do de cujus, o inciso II do artigo em comento alude à hipótese de concorrência apenas com descendentes exclusivos do autor da herança. Neste caso, estabelece que tocará ao companheiro ou a companheira a metade do que couber a cada um daqueles.

Já em relação a concorrência com outros parentes sucessíveis, o inciso III do artigo mencionado refere-se à concorrência com outros parentes sucessíveis, hipótese em que caberá ao companheiro ou a companheira supérstite um terço da herança, em relação aos bens adquiridos na constância da união estável. Nesse caso, respeitando a ordem de vocação hereditária. Primeiramente, os descendentes, seguidos dos ascendentes e por último os colaterais até o quarto grau.

Em relação aos bens adquiridos antes da constância da união estável e os bens adquiridos gratuitamente, como por exemplo, os bens de herança, serão de exclusividade dos parentes. Os referidos bens serão excluídos da companheira, tanto a título hereditário, como a título meatório.

Observe-se que, no casamento, não há previsão de concorrência do cônjuge com colaterais, como se afigura aqui.

Em relação a inexistência de parentes sucessíveis o inciso IV do Art. 1.790 traz uma emblemática questão, ao colocar o companheiro ou a companheira sobrevivente em quarto lugar, quando estabelece: “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Por fim, em relação a concorrência com descendentes híbridos, a concorrência com os descendentes híbridos não está prevista no Código Civil, quer no sistema sucessório do casamento, quer no sistema da união estável. Trata-se de caso até muito comum entre nós.

Ocorre quando a participação na herança é estabelecida, simultaneamente, com filhos comuns e filhos exclusivos.

O Código Civil não previu nenhuma solução para a matéria, ora suscitada. No Congresso Nacional tramitam dois Projetos de lei, que visa dar um disciplinamento melhor ao assunto.

O projeto de lei n. 6960/2000, de autoria do deputado Ricardo Fiuza, visando a modificação do artigo 1790, no qual propõe a seguinte redação para o comento artigo:

O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

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

Já o Projeto de Lei n. 4.944/2005, propõe a revogação do artigo 1790 do Código Civil, vindo a alterar o artigo 1829. Essa alteração proporciona igualdade de tratamentos entre os cônjuges e companheiros. Uma mudança considerada polemica, pois propõe dar igualdade onde Constituição Federal, por opção, estabelece uma desigualdade. O projeto dá a seguinte redação ao suscitado artigo:

Artigo 1829 – A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

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

E enquanto as devidas mudanças não acontecem, cabe à doutrina e à jurisprudência procurar desvendá-la, tarefa que não é fácil, dada a complexidade que impera. Tanto assim que há, ainda, unanimidade em torno dela.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema tratado no presente trabalho científico busca uma solução para os diversos conflitos presentes no texto do novo Código Civil, no âmbito do Direito Sucessório, especialmente no que se refere à União Estável.

A matéria, além de extremamente complexa, contém traços revolucionários do Direito Civil. Alguns doutrinadores, em certos aspectos abordados na obra, divergem

plenamente da tese esposada. Enquanto isso, a jurisprudência pende pela plausibilidade das soluções encontradas nos variados aspectos controvertidos.

Ante um cenário de incertezas e divergências, é que se desenvolveu o presente estudo, procurando analisar grande parte das controvérsias originadas pelo código.

Nesse sentido, apresentou-se de modo claro, objetivo e analogicamente as regras normativas que fornecem suporte para aplicação da tese.

Focou-se, por exemplo, em uma abordagem especial no que diz respeito às regras do artigo 1.790, do Código Civil, primordialmente no tocante a forma desigual como são tratados os direitos sucessórios na denominada União Estável; comentou, ainda, aspectos relacionados com a composição do patrimônio daqueles envolvidos na união estável, a omissão em não incluir como herdeiro necessário o companheiro ou a companheira, além da abordagem concernente ao aspecto referente a concorrência do companheiro ou companheira com os descendentes comuns, exclusivos ou híbridos.

O presente trabalho, na verdade, tem o escopo de emprestar uma contribuição no campo doutrinário apontando os caminhos que podem solucionar os diversos aspectos que imprimem desigualdade de tratamento no âmbito do direito sucessório quando presente a União Estável. É inegável os avanços legais atinentes ao tema em comento, contudo, é preciso ainda avançar, e, para tanto, impende destacar que cabe aos operadores do direito promover o aperfeiçoamento da legislação que envolve esse tema, possibilitando, dessa maneira, o encaminhamento de soluções mais justa.

REFERÊNCIAS:

Agravo de Instrumento n. 70040781395, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011.

Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, **Código civil comentado**, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, 6º ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

Apelação Cível Nº 70023812423, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 02/10/2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

BRASIL, **Código Civil**, 10 de janeiro de 2002;

BRASIL, **Constituição Federal**, 5 de outubro de 1988;

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil – Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**, 2º ed., Revista atualizada e aumentada, Lumen Juris, 2008.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, enunciado n. 117 aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em setembro de 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução n. 175 de 2013;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, 21 ed., São Paulo, Saraiva, 2007, v. 6.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: **Direito de família**, 22. ed., v. 5.

FILHO, Fernando Malheiros. **A união estável: sua configuração e efeitos.**

GAGLIANO, Pablo Stolze, e FILHO, Rodolfo Pamblona. **Novo Direito Civil 6**, 4. Ed., v.6. Ed. Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Sucessões**, 12. Ed., coord. Edvaldo Brito, Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo. **Comentários ao Código Civil Brasileiro – Do Direito das Sucessões**. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 200.

LEITE, Marcelo Daltro. In: GHIARONI, Regina (Coord.). **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 16.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.36 n. 141, Jan./mar. 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**, 35º Ed.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**, 38º ed., v. 2.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil – direito das sucessões**, Vol. 6, 4º ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010.

NETO, Edgard Audomar Marx. **Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões**, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva e Theodureto de Almeida Camargo Neto, 1º ed., 2º tiragem, Ed. Saraiva, 2011.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*, 2º edição, Ed. Renovar, 2012.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito de família**, 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, v. 6.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A Sucessão do Companheiro no novo Código Civil**. 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, 6º ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

STF - ADI: 4277 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341

STJ – REsp n. 175.862/ES, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.08.2001, *DJU*, de 24.09.2001, p. 308.

STJ, REsp 1024169/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0012694-7, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, 13.10.2010.

STJ, REsp 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º/12/2009.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito civil – Direito das Sucessões**, série Concursos Públicos, Ed. Método.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil – Volume 5**. Série Concursos Públicos. São Paulo: Método, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAIBA, AC N. 96.0000912-1, rel. Des. Antônio Elias de Queiroga.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, AC 70023812423: rel. Des. Rui Portanova.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, AI 70029390374 : Des. Rui Portanova.

VELOSO, Zeno. ***Código civil comentado***, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, 6º ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, in Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.), **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.