

O tratamento sucessório dado ao cônjuge e ao companheiro à luz do princípio da isonomia

*Isabela Alves Mattos¹
Jacqueline Paiva da Silva²
Jorge Batista Calado Filho³*

Resumo: No presente artigo, abordar-se-á a situação do companheiro no direito sucessório, bem como uma possível inconstitucionalidade do tratamento dado ao mesmo, o que feriria o princípio da isonomia. O Código Civil de 2002, bem como as demais legislações aplicáveis à espécie, trouxe algumas inovações e transformações na seara do direito sucessório, contudo, não deu à união estável o mesmo valor jurídico do casamento. Neste sentido, será analisado o tratamento dado ao companheiro no direito sucessório, para tanto, o método abordado será basicamente a análise bibliográfica, que hoje conta com vasto acervo, visto que o tema é contemporâneo.

Palavras-chave: Companheiro. Inconstitucionalidade. Princípio da Isonomia. União Estável.

Abstract: In this article we will address her fellow situation in inheritance law as well as a possible unconstitutionality of the treatment of the same, which would hurt the principle of equality. The Civil Code of 2002 and other laws applicable to the species, brought some innovations and changes in harvest of inheritance law, however, did not yield to the common-law marriage the same legal status as marriage. In this sense, will be examined the treatment given to fellow in inheritance law, therefore, the discussed method is basically the literature review, which today has vast collection, since the theme is contemporary.

Keywords: Companion. Unconstitutionality. Principle of equality. Steady Union.

Introdução

O casamento civil era a única forma de constituição de família aceita pela sociedade e, conseqüentemente, por aqueles mais tradicionalistas. Aqueles que viviam e conviviam sem que

¹ Graduada em Direito pela Fundação Educacional do Nordeste Mineiro (FENORD). Pós-graduada em Processo Civil (UFBA). Mestra em Família na Sociedade Contemporânea (UCSAL). Professora do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciência (FTC). E-mail: professoraimattos@hotmail.com

² Graduada em Administração pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Graduada em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC). Pós-graduada em MBA em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade de Tecnologia Internacional (FATEC). E-mail: jacquelinepaivasadvogada@gmail.com

³ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Pós-graduado em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Analista Universitário e Coordenador de Licitações da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). E-mail: juscalado@yahoo.com.br

casados fossem, eram vistos com maus olhos por toda a sociedade, inclusive recebiam a alcunha de “concubinos”, pois a relação fora do casamento era tida como “concubinato”.

Assim, com o advento da chamada união estável, esta relação passou a ser mais frequente na sociedade brasileira, visto que não mais tinha a alcunha pejorativa de concubinato. Contudo, mesmo com o aumento das uniões estáveis, o tratamento dado aos que a mantinham, sendo estes denominados de conviventes ou companheiros, não acompanhou a evolução do instituto, principalmente no que se refere ao caráter patrimonial.

Desta maneira, visto que adquiriu cada vez mais adeptos, a união estável ganhou “status” de entidade familiar, especialmente após a promulgação da Constituição da República de 1988, onde, pela primeira vez, foi expressamente mencionada como entidade familiar. Entretanto, mesmo com a legislação buscando conferir à união estável o título de família, os companheiros não tiveram o mesmo tratamento dado ao cônjuge, um verdadeiro retrocesso, principalmente no que tange aos direitos sucessórios. Ora, já que se buscou uma equiparação entre união estável e casamento, entre companheiro e cônjuge, por que não tratar estes de forma isonômica em todas as searas legais?

Destarte, após a Constituição da República de 1988, outros diplomas legais vieram subsidiar a união estável como entidade familiar. Com maior relevância tem-se o Código Civil de 2002 que, seguindo e corroborando o texto constitucional, deu à união estável definição e força de família, muito embora ao se analisar o caráter sucessório da união estável, vislumbrou-se que a tão pretendida equiparação estava longe de ser concretizada. Muitos pontos que já estavam pacificados na doutrina e na jurisprudência ganharam novos contornos. Houve um retrocesso, pois o companheiro não foi incluso no rol de herdeiros necessários, bem como a sua participação na sucessão do companheiro falecido ficou muito aquém se comparada à do cônjuge.

Assim, diante de toda a discussão trazida pelos diplomas legais mais atuais, percebe-se a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 pelos motivos elencados acima, visto que deu ao companheiro um tratamento inferior ao dispensado ao cônjuge, ferindo, sobremaneira, o princípio da isonomia.

A união estável como família equiparada ao casamento

Tendo em vista a evolução nas relações humanas entre os séculos XX e XXI, começam a surgir legislações que tratam da união estável, algumas com especial relevância, sendo elas o Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de agosto de 1942, a Lei nº 883/49 e a Lei do Divórcio de 1977. Na realidade, o legislador ordinário não cogitou desde logo regularizar a união estável, só vindo a fazê-lo posteriormente.

Contudo, a união estável passou a ganhar verdadeiro *status* de entidade familiar com a promulgação da Constituição da República de 1988, com as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 – que dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e nº 9.278, de 10 de maio de 1996 – que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição da República, com o Código Civil de 2002, bem como com a Lei Maria da Penha (Lei nº 11 340/06), que definiu família como qualquer relação íntima de afeto e amor, deixando o seu caráter ultrapassado, de núcleo econômico e de afeto (BRASIL, 2006).

De qualquer maneira, tem-se no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que:

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 (BRASIL, 2015).

Já a lei 9.278/96 em seu artigo 1º, dispõe que a união estável é reconhecida como entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição familiar (BRASIL, 1996).

Em seguida, o Código Civil em seu artigo 1.723, prevê que “é reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como objetivo de constituição de família”. Tal definição corrobora com o tão pretendido reconhecimento da união estável como modalidade familiar, deixando para trás a ideia de família apenas com o casamento civil.

[...] a união estável possui caráter mais abrangente sendo necessária a presença de elementos essenciais, tais como: diversidade de sexo, ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes, notoriedade das afeições recíprocas, afirmando não se ter união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais, honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros, fidelidade entre os parceiros, que revele a intenção de uma vida comum, coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento e a participação da mulher no sustento do lar como administradora e também provedora (DINIZ, 2005, p. 146).

Entretanto, somente com o advento do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 é que a união estável entre o homem e a mulher foi reconhecida como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Com isso, outros diplomas legais surgiram para tratar da união estável e seus efeitos. Assim, o artigo 2º da Lei nº 8.971, de 29 de agosto de 1994, reconheceu aos companheiros os direitos sucessórios do cônjuge, nos seguintes termos:

- I - Usufruto da quarta parte dos bens do de “cujus”, em concorrência com filhos.
- II - Usufruto da metade dos bens do de “cujus”, em concorrência com ascendentes, sendo que teria o mesmo direito, se em concorrência com colaterais e estranhos.
- III - Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente tinha direito à totalidade da herança. Mas podia ser afastado, por testamento, respeitado o legado de usufruto da metade dos bens, na forma supra.

Além disso, a fim de garantir a simetria sucessória entre o cônjuge e o companheiro, o parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, concedeu ao companheiro o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituísse nova união ou casamento.

Diante da evolução no conceito e nos direitos inerentes aos companheiros, as uniões estáveis crescem cada vez mais no Brasil. Esse tipo de união foi o único que teve aumento no país, no período

entre 2000 e 2010, subindo 28,6 % para 36,4%, segundo aponta o relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

De acordo com o estudo, em 10 anos, reduziram-se os percentuais de pessoas que viviam unidas por meio de casamento civil e religioso (49,4% para 42,9%) e daquelas unidas apenas no religioso (4,4% para 3,4%). O percentual de casados apenas no civil também diminuiu, mas ligeiramente, passando de 17,5% em 2000 para 17,2% em 2010.

O aumento do número de uniões estáveis foi observado em todos os estados, com destaque para os estados do Norte e Nordeste. No Amapá, por exemplo, o percentual de pessoas que vivem em união consensual atingiu 63,5%, o maior do Brasil.

Ainda segundo o IBGE, o aumento deste tipo de união pode estar relacionado aos elevados custos das celebrações tradicionais de casamento. A união consensual é a mais representativa entre as pessoas com renda per capita até meio salário mínimo (48,9%).

O estudo ainda aponta que a união consensual é o tipo de casamento mais escolhido entre as pessoas de até 39 anos. Após 40 anos, a união civil e religiosa é mais frequente. A união consensual é mais frequente entre as pessoas que se declaram sem religião.

Por fim, mesmo com todos os dados acima apresentados, o legislador não deu a devida importância ao caráter sucessório da união estável, visto que a primeira crítica que se faz ao Código Civil é justamente a de que o artigo que versa sobre a sucessão dos companheiros se encontra no capítulo das “Disposições Gerais”, sendo que lá não poderia estar, pois não se trata de disposições gerais, mas sim de ordem da vocação hereditária.

Por causa de descasos como esses, a pretensa equiparação entre a união estável e o casamento, no tocante à sucessão, restou mais distante. Não se pode negar a natureza familiar da união estável, entretanto, exclusivamente quanto à vocação hereditária, com o advento do Código Civil de 2002, percebeu-se que o legislador hesitou em classificar de forma explícita o companheiro supérstite como herdeiro, bem como em tratar de maneira digna a matéria em questão.

O tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro

A legislação precedente dava pouca importância à família extramatrimonial e principalmente aos seus efeitos civis. Parte da sociedade, aquela mais tradicional, condenava o chamado concubinato, fosse esse puro ou impuro, e os legisladores seguiam o mesmo pensamento. Contudo, esta situação fática começou a ganhar relevo, visto que um grande número de famílias passou a ser constituído de forma “paralela” àquela permitida e regularizada, quer seja o casamento.

Após alguns diplomas legais, mais precisamente com a Lei do Divórcio de 1977, aumentou-se consideravelmente o número de casais que mantinham relacionamento amoroso e afetivo sem que casados fossem. Tornou-se comum, cada vez mais, encontrar famílias onde cada convivente tinha filhos de relacionamentos anteriores, formando, assim, uma nova família.

Embora, somente com o art. 226, § 3º, da Constituição da República de 1988 é que a união estável entre o homem e a mulher foi reconhecida como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, como já exposto anteriormente. Com isso, outros diplomas legais surgiram para tratar da união estável e seus efeitos. Assim, o art. 2º da Lei nº 8.971, de 29 de agosto de 1994, reconheceu aos companheiros os direitos sucessórios do cônjuge.

Portanto, em nosso direito anterior ao Código Civil de 2002, existiam afinidades entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro, devido à pretensão do legislador de equiparar os dois institutos. Ambos, tanto o cônjuge quanto o companheiro, encontravam-se em 3º lugar na ordem de vocação hereditária, após descendentes e ascendentes. Herdavam tudo, em propriedade plena, salvo testamento em contrário. Ambos não eram herdeiros necessários, mas tinham direito a um legado necessário de usufruto e de direito real de habitação, com os respectivos requisitos legais, não afastados por testamento. Assim, os companheiros não podiam ter mais direitos do que os cônjuges, pelo que prevaleciam as mesmas regras quanto aos efeitos do regime de bens e vantagens auferidos durante a união estável, a fim de equilibrar a concorrência com os demais herdeiros.

Tal equiparação se evidencia, basicamente, no que tange aos direitos sucessórios, onde os companheiros têm tratamento semelhante ao dado aos cônjuges, uma vez que houve uma evolução no sentido de conferir-lhes propriedade sobre os bens transmitidos e não apenas direitos reais limitados (usufruto e habitação) que lhes eram reconhecidos pela legislação anterior, além da possibilidade na sucessão do companheiro falecido concorrendo com descendentes, ascendentes e colaterais, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. É importante lembrar que, nos casos de constituição de patrimônio comum entre companheiros o sobrevivente também terá direito à meação, sem prejuízo de sua participação na herança.

O Código Civil vigente regula de maneira satisfatória a união estável, pois indica os elementos que a caracterizam, os impedimentos quanto à sua constituição, os deveres, os direitos e as obrigações dos companheiros, bem como o regime das relações patrimoniais entre eles (Arts. 1723 a 1727 do Código Civil, 2012).

Porém, o faz de maneira simplista, pois toda a matéria pertinente à vocação hereditária dos companheiros se acha regulada apenas no artigo 1.790 do mesmo diploma. Assim sendo, pecou o legislador ao dar ínfima importância à união estável, mais precisamente ao caráter patrimonial deste instituto, pois se encontra este cada vez mais frequente e aceito perante a sociedade.

Nesse sentido, lições de Rodrigues (2004, p. 117), *in verbis*:

Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e os avanços já incorporados ao nosso direito positivado, prevendo outras situações, aproveitando as lições da doutrina e jurisprudência. No entanto, ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa que a viúva, o viúvo, o Código vigente coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges.

Dessa forma, regredindo o disposto no sistema anterior, o companheiro supérstite só fará jus à totalidade da herança caso não haja descendentes, ascendentes e outros parentes sucessíveis, além do que, somente os bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso, é que formarão o patrimônio passível de sucessão. Neste mesmo raciocínio, tem-se a possibilidade de que apenas um dos companheiros possua vasto patrimônio, e sem possuir parentes sucessíveis e nem ter deixado testamento, falece com a convicção de que o seu companheiro de longos anos estaria amparado pelo patrimônio deixado. Ocorre que, no curso da relação, não adquiriram bens que

tivessem se comunicado a ambos; em tal situação, todo o patrimônio deixado seria declarado como herança vacante, destinando-se ao ente estatal. Encontrar-se-ia, assim, o companheiro supérstite desamparado por completo.

No particular, portanto, outro retrocesso: basta considerar esta situação dos companheiros que não chegaram a formar patrimônio comum e que, por conseguinte, estariam reciprocamente excluídos da sucessão. Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não somente não faria *jus* à meação, como ainda não seria chamado a suceder o falecido.

Tendo em vista a confusão, a contradição de tais disposições, o Projeto nº 6.960/02, pretende alterar significativamente este dispositivo, sob o correto argumento de que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor – Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, passando o referido dispositivo a constar:

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

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641 do Código Civil de 2002);

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

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

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

Devido a esses descuidos, a pretensa equiparação entre a união estável e o casamento, no que se refere à sucessão, ficou prejudicada. Não há o que se negar sobre a evolução do instituto da união estável, contudo, exclusivamente quanto à vocação hereditária, como advento do Código Civil de 2002, percebeu-se que o legislador hesitou em classificar de forma explícita o companheiro supérstite a ter direito de propriedade e não apenas direitos reais limitados, como o usufruto e a habitação. Entretanto, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, que a legislação anterior conferia ao companheiro remanescente, não foi mencionado no Código Civil de 2002, mostrando-se na realidade, um recuo significativo nos direitos dos companheiros.

Com relação aos bens transmitidos, caso durante a vigência da união não seja formado patrimônio comum e a título oneroso, não terá o companheiro sobrevivente direito à meação, muito menos de participar da sucessão do de cujus, tendo, assim, frustrado seu direito. Quem aborda esse tema é o Professor Gama (2001, p. 538), que diz:

O correto seria cuidar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, dada a sucessão em favor dos companheiros. Tal conclusão decorre da constatação de que, desde o advento das leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, os companheiros e os cônjuges

passam a receber igual tratamento em matéria de direito das sucessões, ora como sucessores na propriedade ora como titulares de usufruto legal, ora como titulares de direito real de habitação. Desse modo, considerando que, por força de normas infraconstitucionais, desde 1996 existe tratamento igual na sucessão entre cônjuges e na sucessão entre companheiros, deveria ter sido mantido tal tratamento para dar efetividade ao comando constitucional contido no art.226, caput, da constituição de 1988.

Contudo, tem-se autores que, mesmo com a possibilidade de desamparo total ao companheiro supérstite, vislumbram pontos positivos, a exemplo de Rodrigues (2004, p. 117).

Que nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos dos companheiros quando determinou que concorram na herança com descendentes, sejam estes comuns ou não comuns, e outros parentes sucessíveis, na sucessão do outro sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. A disposição constante do caput do citado art.1790, choca-se com o disposto no art.1829, I do Código Civil de 2002, que resguarda ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes de comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime da comunhão parcial, se não houver bens particulares.

São perceptíveis as inúmeras dificuldades que ficaram adstritas aos companheiros, caso os mesmos venham a pleitear direitos sucessórios. Tamanho descaso ocorre em obrigar o companheiro, que às vezes dedicou sua vida, seu esforço em prol daquela relação afetiva, a concorrer com os outros parentes sucessíveis, parentes esses que não colaboraram, de qualquer forma, para aquisição, manutenção e até mesmo ampliação do patrimônio em questão.

Meação e participação da sucessão

Devido à limitação da sucessão aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, faz-se necessário distinguir dois institutos, o da meação de bens e o da sucessão.

A meação é um instituto do Direito de Família e refere-se ao regime de bens. É um direito *inter vivos*, pois, diferentemente da sucessão, pode ocorrer por outro motivo, que não seja a morte de um dos companheiros. Entretanto, vindo a óbito um dos companheiros, e sendo o regime da união estável o da comunhão universal, parcial ou até mesmo o regime da participação final nos aquestos, terá o sobrevivente, por ocasião daquela morte, direito à partilha dos bens comuns, ou seja, daqueles bens adquiridos de forma onerosa e na constância da união.

A sucessão, no entanto, independe do regime de bens. É deferida e devida ao companheiro por força de seu *status* que decorre da união estável. É um direito *causa mortis*, pois, só há que se falar em sucessão após o falecimento de *outrem*.

Na meação, os bens já pertencem ao sobrevivente, embora eventualmente estejam em nome do falecido. Já na sucessão os bens pertencem ao *de cuius*, mas após seu falecimento, são transmitidos para o companheiro supérstite, desde que devidamente observado o preceito legal.

Tal distinção é de suma importância, pois o legislador demonstrou-se confuso quanto à sucessão e à meação, uma vez que somente os bens adquiridos na vigência da união e a título oneroso serão passíveis de sucessão pelo companheiro sobrevivente. Assim, caso os companheiros não formem patrimônio comum, ou que apenas o *de cujus* seja o proprietário dos bens, estes serão remetidos à Fazenda Pública a título de herança vacante. Portanto, terá o companheiro direito a meação sem prejuízos quanto a sua participação na herança, desde que forme com o *de cujus* patrimônio comum e o que é mais importante, que seja a título oneroso e durante a constância da união.

Vocação hereditária do companheiro supérstite

Da mesma forma que ocorreu com o casamento, no que tange à vocação hereditária do cônjuge, também a do companheiro evoluiu em alguns aspectos, embora somente esta tenha sofrido retrocessos concomitantemente com as inovações, como já exposto anteriormente. Quanto ao direito hereditário dos companheiros, a participação destes na herança será sob a modalidade de direito de propriedade e não mais como mero usufruto viúval.

Como supra afirmado, toda a matéria pertinente à vocação hereditária do companheiro se acha regulada no art. 1.790 do Código Civil de 2002. Neste dispositivo, o legislador cuidou de quatro hipóteses distintas, três das quais de concorrência com parentes do *de cujus* (descendentes comuns, descendentes não comuns e outros parentes sucessíveis), e a hipótese remanescente, quando não houver parentes sucessíveis, caso em que ao companheiro supérstite tocará a herança em sua totalidade. Estranhamente, o legislador não tratou da hipótese em que o companheiro remanescente concorrerá com descendentes comuns e não comuns concomitantemente, o que poderia perfeitamente ter sido incluído nos incisos do artigo abaixo citado. Transcreve-se o referido artigo:

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

- I – se concorrer com filhos comuns, 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 1/3 (um terço) da herança.
- IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Concorrência com descendentes comuns

O inciso I do artigo 1790 do Código Civil de 2002, traz a hipótese em que o companheiro sobrevivente concorra com filhos comuns entre ele e o autor da herança. Antes de qualquer coisa constata-se outro equívoco do legislador, pois o mesmo, ao invés de utilizar no texto a expressão “filhos comuns” deveria utilizar “descendentes comuns”, o que daria melhor interpretação.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 143), se o convivente concorrer com filhos comuns deverá receber a mesma porção hereditária cabível aos seus filhos; assim sendo, dividirá a de herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente; isso levaria o convivente à condição de herdeiro necessário.

Dispõe o referido inciso, que caso haja descendentes comuns entre os companheiros, caberá ao sobrevivente cota equivalente ao que couber aos descendentes, se mais de um for. Se tratar-se de apenas um descendente, caberá ao companheiro a metade do que couber àquele, pois não deixará de ser cota equivalente. Assim, a herança, excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os descendentes comuns, mais uma, que será a do companheiro sobrevivente.

É importante salientar, que todo o referido no inciso I, só terá efeito com relação ao patrimônio, ou melhor dizendo, só terá efeito em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Se o “de cujus” deixar patrimônio adquirido apenas pelo seu próprio esforço, ficará a herança em sua totalidade para o(s) herdeiro(s) comum(s), dividindo-se essa em porções equivalentes entre todos os coerdeiros.

Assim sendo, havendo bens adquiridos na constância da união e bens não comuns, a divisão igualitária só se aplicará aos primeiros, os demais bens serão divididos exclusivamente entre os descendentes comuns.

Concorrência com descendentes só do autor da herança

Tem-se no inciso II, do artigo 1790 do CC, a hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente, com os descendentes só do autor da herança. A lei dispõe que ao primeiro tocará “a metade do que couber a cada um daqueles”

Ocorre aqui semelhança, com relação ao disposto no inciso I, justamente pela obrigatoriedade dos bens, ora partilhados, terem sido adquiridos durante a união e de forma onerosa. A única diferença entre essas duas hipóteses, encontra-se na cota percebida pelos descendentes, sejam eles comuns ou não comuns, ou seja, somente àqueles descendentes do autor da herança e ao companheiro, todavia, caso não haja patrimônio comum, todos os bens serão divididos apenas entre os descendentes do “de cujus”.

Este inciso piora ainda mais a situação do companheiro supérstite, pois, caso haja apenas descendentes do autor da herança, caberá àquele apenas a metade do que couber a estes. Assim, neste inciso, o companheiro sobrevivente, mesmo que tenha ajudado na manutenção do patrimônio já trazido pelo companheiro falecido, receberá uma cota ínfima, se comparada aos descendentes que, de forma contrária ao companheiro sobrevivente, podem não ter contribuído para formação, nem tampouco manutenção do patrimônio deixado pelo “de cujus”.

Concorrência com descendentes comuns e não comuns concomitantemente

Na concorrência do companheiro com filiação híbrida, que quer dizer, quando o companheiro concorre ao mesmo tempo com descendentes comuns e com descendentes exclusivos do “de cujus”, o código civil é omissivo, havendo assim divergências doutrinárias, todavia muitos autores entendem que deve-se aplicar o inciso I, do artigo 1790.

No entendimento de Cahali (2007, p. 185), ocorrendo esta situação híbrida, não cabe no inciso II, uma vez que este se refere expressamente à concorrência com descendentes exclusivos do autor da herança; mas se acomoda no inciso I, em razão desta norma não reduzir a concorrência apenas com filhos comuns. Nesta circunstância, combina-se a vocação na concorrência com filhos comuns, pelo motivo acima exposto. Cahali (2007, p. 137.) é pela aplicação do inciso I, no propósito de convencionar igualdade entre os filhos, nos seguintes termos:

Concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I, visto que a situação não se enquadra na hipótese do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes únicos do companheiro falecido. Proporcionando assim, a igualdade entre filhos e equilíbrio em relação ao companheiro sobrevivente, de forma a evitar um prejuízo ou uma sanção, se reduzido seu quinhão, pelo fato de não ser o genitor dos outros filhos (exclusivos) do falecido proveniente de outro relacionamento.

Contudo, para alguns doutrinadores, se aplicaria o exposto no inciso II do art. 1.790. Para o professor Veloso (2005, p. 245), ocorrendo o caso acima apontado, o inciso II deve ser aplicado, cabendo ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada descendente do autor da herança.

Concorrência com outros parentes sucessíveis

A concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis acontece da seguinte forma: o companheiro terá direito a 1/3 (um terço) da herança, conforme o inciso III do art. 1.790 do Código Civil. Aqui, os outros parentes sucessíveis são os ascendentes e os colaterais até o 4º grau. Assim sendo, a herança será repartida por três, quando há outros parentes sucessíveis, tocando ao companheiro sobrevivente apenas 1/3, sendo os 2/3 restantes divididos entre aqueles parentes segundo a ordem de vocação hereditária. Dessa forma, os 2/3 da herança tocarão aos parentes colaterais chamados a participar da sucessão, podendo ser estes ascendentes ou colaterais.

Destarte, caso o “de cujus” não tenha descendentes comuns ou não comuns quanto ao companheiro, este concorrerá com quaisquer outros parentes sucessíveis, tocando-lhe apenas 1/3 da herança, lembrando que a herança será aquela formada por bens adquiridos na constância da união e a título oneroso.

Hironaka (2007), diz em seu artigo “Sobre a Ordem de vocação hereditária: condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes”, publicado no IBDFAM em 22/04/2007, que os parentes sucessíveis são pela ordem, os descendentes, os ascendentes e os colaterais até o 4º grau. No mencionado artigo, Hironaka afiança que o inciso III do artigo 1.790 do CC afirma, genericamente, que o convivente sobrevivente terá direito à terça parte do acervo hereditário sempre que concorrer com outros parentes sucessíveis, sem fazer distinção de quem se trata. O inciso é complementado, porém, valendo-se do auxílio prestado pelo artigo 1.829 do CC, que traça a ordem de vocação hereditária. Neste artigo, os parentes sucessíveis são, pela ordem, os descendentes, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau. Verifica-se entre os ascendentes e os colaterais existe uma verdadeira hierarquia traçada pela lei, segundo a qual a existência daqueles afasta da sucessão qualquer destes.

O inciso III do artigo 1.790 do CC aborda duas classes de vocação hereditária: a segunda, composta pelos ascendentes em concorrência com o convivente sobrevivente e a terceira, composta pelos colaterais até o quarto grau e o convivente sobrevivente.

Caso o convivente concorra com o pai e a mãe do falecido, amearhará a terça parte do acervo sobre o qual incidir a sua concorrência. Se concorrer apenas com um dos genitores ou com os ascendentes de parentesco mais distante, como avós ou bisavós, continuará herdando simplesmente um terço do monte partível, ao passo que ao cônjuge, em igual posição, seria deferida a metade do acervo hereditário. Os outros dois terços seriam, então, percebidos pelo pai ou pela mãe, que

participassem da chamada sucessória, ou seriam repartidos entre os avós ou bisavós do falecido, segundo a linha e o grau de parentesco.

Esse inciso traz consigo uma enorme discriminação ao companheiro com relação ao cônjuge, com uma injustificável redução de direito do companheiro.

O companheiro na qualidade de herdeiro único

Com relação ao inciso IV, se por fim, apenas quando não houver parentes sucessíveis, quer sejam descendentes comuns ou não comuns, ascendentes ou colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós, e sobrinhos-netos), o companheiro terá direito à totalidade da herança. Por totalidade da herança deve-se entender a porção não testada e principalmente aquela formada na constância da união e de forma onerosa.

É importante lembrar que se o “de cujus” não possuir descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis, o companheiro supérstite só fará jus à herança formada por patrimônio comum. Caso isto não ocorra, ou seja, não haja formação de patrimônio comum, ficará o companheiro sobrevivente sem direito de participar da sucessão do falecido.

Todavia, muitos doutrinadores e juristas, devido à má redação do artigo 1790, CC/2002, vislumbram a possibilidade do companheiro sobrevivente, caso o “de cujus” não possua parentes sucessíveis, herdar em sua totalidade o patrimônio deixado. Assim, todos os bens, desde aqueles formados antes da união e até os de esforço único de um dos companheiros, entrariam na totalidade da herança passível de sucessão pelo companheiro supérstite.

Esta possibilidade de assunção da totalidade dos bens deixados pelo companheiro falecido por parte do sobrevivente, desde que não haja parentes sucessíveis, mostra-se o caminho mais correto e justo quando se trata de uma relação em que ambos os companheiros fizeram esforços para terem o patrimônio mantido, mesmo que este patrimônio, no início da relação, pertencesse a apenas um deles.

Inconstitucionalidade do tratamento isonômico dado ao companheiro pelo Código Civil de 2002

Em relação ao casamento civil, a união estável foi bastante discriminada na seara legislativa. Mesmo com os constantes e inúmeros fatos sociais que se colocam usualmente, tal situação vem sendo corrigida. Assim sendo, a união estável passou, em períodos mais recentes, a receber a atenção do nosso legislador com a edição de leis que abordam o tema, mas especialmente, pela Constituição Federal de 1988, que passou a reconhecê-la e dar tratamento isonômico ao casamento.

O Código Civil de 2002 trouxe melhor regulamentação a determinados assuntos, adequando o ordenamento jurídico infraconstitucional com o texto da Magna Carta, contudo não avançou em muitos pontos, principalmente no que se refere ao tratamento dado ao companheiro.

Com o advento do Código Civil de 2002, em vigência, muitas inovações foram contempladas no que concerne ao tratamento dispendido ao cônjuge sobrevivente, surgindo assim uma nova ordem de vocação hereditária, o que não ocorria no Código anterior, artigo 1829:

Art. 1829, CC. A sucessão legítima difere-se na seguinte ordem:

I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de 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.

Na hipótese de o autor da herança deixar descendentes ou ascendentes, só os primeiros herdarão, pois a existência de descendentes afasta da sucessão os ascendentes.

Os descendentes são herdeiros por excelência, uma vez que serão convocados, primeiramente, adquirindo, dessa forma, os bens por direito próprio. Como já sabemos, são ainda herdeiros necessários, significando dizer que o autor da herança poderá dispor livremente de seus bens, respeitando a legítima, ou seja, a parte indisponível da herança.

Hironaka (2007) expõe que: O novo Código Civil, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes, que continuam a compor a primeira e a segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar.

Maria Helena Diniz (2008, p. 62) esclarece que ante o princípio de que, dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão *ab intestato* do pai, recebendo cada um (sucessão por cabeça) quota igual da herança (CC, art. 1.834), excluindo-se os demais descendentes, embora não obste a convocação dos filhos de filho falecido do de *cujus* (sucessão por stirpe), por direito de representação.

Ocorre que poderá haver descendentes de graus diversos; nessa hipótese, a sucessão se dará por cabeça e por stirpe, sempre dentro do mesmo grau. Quando o montante total é dividido pelo número de linhagens do *de cuius*, falamos em sucessão por stirpe, podendo-se citar o caso de um indivíduo que falece deixando três filhos, sendo um pré-morto, e quatro netos, estes descendentes do filho pré-morto. Nesta hipótese, a herança será dividida em três partes iguais, dividindo-se uma delas entre os quatro netos.

Os descendentes se encontram na primeira classe de sucessores; vale ressaltar que se trata de todos os descendentes e não apenas dos filhos. Não havendo filhos vivos, são chamados os netos e assim *ad infinitum*; sucedem por cabeça, se do mesmo grau.

Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, tendo em vista o disposto no artigo 1.857 do novo Código Civil: “concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Assim, o cônjuge sempre concorrerá com os ascendentes, qualquer que seja o regime matrimonial de bens, devendo-se considerar: a) concorrendo com dois ascendentes de primeiro grau, o cônjuge recebe um terço da herança; b) concorrendo com um ascendente de primeiro grau, recebe a metade da herança; c) concorrendo com um ou mais ascendentes de segundo ou maior grau, o cônjuge tem assegurada a metade da herança.

Não existindo descendentes nem ascendentes, a herança ficará, por inteiro, com o cônjuge sobrevivente, ao passo que na falta de descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, herdam os colaterais, assim entendidos os parentes até o quarto grau. Na hipótese de concorrência entre irmãos e sobrinhos, estes, filhos do irmão pré-morto, os primeiros sucedem por cabeça e os últimos, por stirpe.

Assim, a convocação dos sucessores faz-se segundo essa ordem tida como “preferencial”, de tal forma que só existem herdeiros da classe precedente, ressalvando a concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os demais herdeiros.

Percebe-se que com as exceções contidas no inciso I, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes, caso tenha sido casado na comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens.

Observa-se que não haverá concorrência também no caso do regime da comunhão parcial, se o autor da herança não tiver deixado bens particulares. Assim sendo, verifica-se a existência da concorrência sucessória entre os descendentes e o cônjuge do falecido, depende do regime de bens do casamento.

Para Dias e Pereira (2008, p. 66), há tratamento distinto do companheiro sobrevivente no Código Civil. Para ele, companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1.790). Esse tratamento diferenciado não é somente perverso, sendo também para ele, inconstitucional.

Gama (2001, p. 26), percebe que ainda existe convencionalismo no tratamento das uniões estabelecidas pelo companheirismo, não bastando o preceito constitucional avaliar citadas uniões como entidades jurídicas. Resta indiscutível, que há aspectos materialmente inconstitucionais no art. 1.790 do CC, pois o mesmo subtrai direitos e vantagens anteriormente existentes, em prol dos companheiros. O correto seria abordar, em iguais condições às pessoas dos cônjuges e companheiros na sucessão.

Desde a promulgação das Leis nº 8971/94 e nº 9278/96, segundo Calmon, os companheiros e os cônjuges passaram a receber semelhante tratamento na matéria concernente ao direito sucessório. O mencionado autor conclui que, por meio de normas infraconstitucionais, existe tratamento similar na sucessão entre cônjuge e companheiro desde o ano de 1996, devendo ter sido mantido tal tratamento, para cumprir na letra o comando previsto no art. 226, caput, da Constituição Federal.

Para Dantas Júnior (2005, p. 138), o art. 1.790 do CC é gritantemente inconstitucional. Conforme o autor, o texto constitucional não faz qualquer diferença entre a natureza das famílias, sendo aplicável obrigatoriamente a todas, de forma que não se pode aprovar que o legislador infraconstitucional faça tal distinção, optando por proteger mais a uma, em prejuízo das outras. Dantas Júnior discorre, também, que “Hoje, contudo, não se pode admitir menos do que a mesma proteção deferida aos cônjuges, sob pena de ser injustificável, e, portanto, inconstitucional, a diferença de tratamento”. Segundo Dantas Júnior, a ofensa que o art. 1.790 faz à Constituição Federal, vai de encontro ao princípio da igualdade.

Diante das várias críticas da doutrina, relacionadas ao tratamento dispensado pelo Código Civil à sucessão do companheiro, compreende-se que a referida matéria sucessória tende a passar por justas alterações. Os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade social devem ser a base do direito civil, principalmente no Direito das Sucessões.

O Direito contemporâneo tem obrigação de ser um direito regulado pela valorização das pessoas e em obediência aos princípios constitucionais. A isonomia, como princípio constitucional, deve ser uma igualdade, de fato, substancial, aliada à estabilização das partes.

O Projeto Biscaia do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) traz em seu artigo 3º, a intenção em revogar o artigo 1790 do Código Civil, com o intuito de dar absoluta igualdade no direito sucessório entre cônjuges e companheiros, uma vez que o referido artigo encontra-se

deslocado nas disposições gerais do direito sucessório, ao invés de aparecer na ordem de vocação hereditária. Logo, o Projeto Bisciaia do IBDFAM, com relação ao seu artigo 3º, preocupou-se em enfatizar direitos hereditários iguais entre cônjuges e companheiros.

Conclusão

Após o exposto, resultado do estudo empreendido no presente artigo, percebe-se que o Código Civil atual, no que se refere aos direitos dos companheiros, sobretudo aos direitos sucessórios destes, é um diploma um tanto quanto discriminatório e retrógrado, justamente pela pouca importância dada pelos legisladores pátrios ao tratarem desta matéria.

Nota-se, também, que os mesmos legisladores tiveram dúvidas e receios com relação aos direitos resultantes da união estável; na realidade, pode-se afirmar que hesitaram de forma clara em dar a devida importância à união estável e aos efeitos patrimoniais decorrentes desta. Mais uma vez o instituto do casamento teve maior consideração e privilégio pela parte mais tradicionalista da sociedade, bem como daqueles que legislam e, conseqüentemente, corroboram com esse pensamento tradicional, como já afirmado, um tanto quanto ultrapassado. Destarte, o Código Civil de 2002, ao invés de regular de uma forma geral a união estável, tratando de todas as esferas envolvidas nesta modalidade de família, simplesmente regrediu, vez que colocou o companheiro em situação inferior, se comparada à situação do cônjuge, especialmente no caráter sucessório.

Justamente no que diz respeito aos direitos sucessórios dos companheiros, é imperioso não aceitar tal retrocesso trazido pelo Código Civil de 2002, pois desde 1890, quando somente o casamento religioso era válido, passando por 1930, quando reconheceram os direitos dos concubinos, chegando à Constituição da República de 1988 e posteriormente às leis infraconstitucionais (nº 8.971/94 e nº 9.274/96), somando-se às inúmeras jurisprudências sobre a união estável, a comunidade adepta desta modalidade de família, bem como os operadores do Direito que comungam do mesmo pensamento, tinham como encerrada a questão acerca dos direitos dos companheiros, da importância e do conseqüente reconhecimento da união estável como família.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o legislador abandonou e até mesmo contrariou tudo aquilo que se almejava e que tinha sido construído árdua e paulatinamente, ou seja, a tão pretendida igualdade entre cônjuge e companheiro e entre casamento e união estável. Assim, cabe aos operadores do Direito, uma vez que estes lidam com os casos concretos, buscar a solução mais favorável aos companheiros, visto que estes são sujeitos de direitos, e, conseqüentemente, devem ter aquela proteção devida pelo Estado.

Por fim, tem-se que garantir os direitos dos companheiros, sujeitos de direitos, para que estes, devido a pouca importância dada pelos legisladores ao longo dos anos, não fiquem desamparados, nem tenham frustrados os seus direitos, uma vez que a união estável não é um simples contrato entre pessoas, mas é uma convivência fundada no amor, no carinho e no respeito mútuos, ou seja, uma verdadeira família.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília-DF, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS JR., Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*. Direito de família no novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. e 2008.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo uma espécie de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HIRONAKA, Giselda. *Sobre a ordem de vocação hereditária: condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes*. Belo Horizonte: IBDFAM, 22. abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/login>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Sites consultados

Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). www.ibdfam.org.br. Acesso em 31/10/2015.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). www.ibge.gov.br. Acesso em 14/10/2015.

*Recebido em maio de 2016.
Aprovado em agosto de 2016.*