



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito Sucessório do companheiro à luz do princípio da isonomia

Sarah Marujo de Andrade

Rio de Janeiro
2014

SARAH MARUJO DE ANDRADE

Direito Sucessório do companheiro à luz do princípio da isonomia

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Arthur Gomes
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Sarah Marujo de Andrade

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Busca-se despertar a atenção para possível injustiça prevista no Código Civil, no que se refere ao direito sucessório do companheiro e do cônjuge. Como alternativa viável, deverá ter interpretação da legislação de forma que aproveite a antinomia dos dispositivos sobre o tema, observando a complexidade à sucessão, sob o enfoque das diversas perspectivas postas sob o pálio das relações jurídicas.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Companheiro. União Estável. Princípio da isonomia.

Sumário: Introdução. 1. União Estável. 2. Direito Sucessório. 3. Princípio da Isonomia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho que se pretende desenvolver tem por fundamento a temática do Direito Sucessório do companheiro, analisando, para tanto, os direitos patrimoniais e sucessórios à luz do princípio da isonomia, expondo a desigualdade do companheiro frente ao cônjuge.

Nesse aspecto, com o advento da Constituição Federal de 1.988, a união estável foi elevada como categoria de entidade familiar, sendo equiparada ao instituto do casamento. Todavia, em 2002, com o advento do Código Civil, foi expressada a desigualdade do companheiro e do cônjuge.

Busca-se despertar a atenção para possível injustiça prevista no Código Civil, no que se refere ao direito sucessório do companheiro e do cônjuge. Como alternativa viável, deverá ter interpretação da legislação de forma que aproveite a antinomia dos dispositivos sobre o tema, observando a complexidade à sucessão, sob o enfoque das diversas perspectivas postas sob o pálio das relações jurídicas.

O trabalho busca a dicotomia prevista no Direito Sucessório, no que diz respeito à união estável e ao casamento. Para tanto, será analisado: casos de filiação híbrida, com o intuito de saber se o companheiro terá direito, em igualdade, à mesma quota atribuída aos filhos ou não; como ficará a situação do companheiro sobrevivente, concorrendo apenas com descendentes do falecido, e, ainda, no caso de inexistência de qualquer parente, o companheiro teria direito à totalidade da herança ou se receberia somente os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Assim, um dos objetivos do estudo, é saber se o direito sucessório do companheiro abrange o princípio da isonomia frente ao cônjuge, sob o enfoque da constitucionalidade ou não, a partir de uma interpretação da Legislação, Doutrina e Jurisprudência.

1. UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, como instituto constitucionalmente possível, e por ser uma entidade familiar, assim como o casamento, deve possuir os mesmos direitos e deveres.

1.1 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

Antes de entrar no mérito do trabalho em questão, é necessário abordar algumas matérias específicas, para que assim seja mais fácil a compreensão da problematização enfrentada.

Para melhor compreensão da união estável, é necessário compreender o Direito de Família, em nos ditames do Direito Constitucional e Civilista. Cumpre ressaltar, que o Código Civil não trouxe conceito de união estável, cabendo a doutrina tal tarefa.

Com a Constituição Federal de 1988, a união estável deixou de ser a forma conhecida como concubinato, e passou a ser entidade familiar, devido a evolução dos costumes. Fica claro, portanto, a modernização do direito de família, atribuindo o conceito de família não só para casos provenientes de casamento, como também para união estável.

Com isso, fica claro que definir o conceito de união estável pressupõe entender, que não é necessário a constituição formal de casamento para que possa ser formada uma entidade familiar, bastando, para tanto que ocorra a afetividade. Nesse sentido dispõe o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal¹: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. 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.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 determinou em seu artigo 1.723, o reconhecimento da a união estável como entidade familiar, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sendo assim, percebe-se que para caracterização do instituto da união estável é necessário observar algumas características.

1BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Maria Helena Diniz² determina a presença de sete elementos essenciais para a caracterização da união estável, dentre eles: ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes; diversidade de sexo; honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros; notoriedade das afeições recíprocas, afirmando não se ter união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais; fidelidade entre os parceiros, que revela a intenção de vida em comum; participação da mulher no sustento do lar como administradora e; também provedora e coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento.

Por outro lado, Silvio de Sávio Venosa³, determina como requisitos da união estável:

Vários são, portanto, os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. Podem ser apontados como de ordem subjetiva os seguintes: a) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, como de ordem objetiva: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica.

Apenas, a título de ilustração, cumpre ressaltar, que é possível o reconhecimento *post mortem* da união estável, bastando, para tanto, o requerimento do interessado no foro do domicílio do parceiro sobrevivente, conforme demonstra jurisprudência do STJ⁴.

Com isso, fica claro o tratamento equiparado entre os institutos da união estável e do casamento, cabendo a liberdade de escolha ao casal com intuito de constituir família. Contudo, conforme será demonstrado ao logo do presente trabalho, tais institutos não são tratados da mesma forma no direito sucessório.

1.2 NORMAS REGULAMENTADORAS

A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi a primeira a tratar do tema união estável. Na mencionada lei era determinado que o companheirismo seria a união do homem e da mulher, e desde que por mais de cinco anos.

Por sua vez, em 1996, foi criada a Lei nº 9.278, excluindo a exigibilidade de tempo de convivência, constituindo entidade familiar aqueles que convivem com o objetivo de constituição familiar.

²DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito de Família*. V.5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 371.

³VENOSA, Silvio da Sávio. *Direito Civil: direito de família*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.588.

⁴BRASIL, Jus. Jurisprudência Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 1145060-MG,. Relator a Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DOU de 26 setembro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076166/recurso-especial-resp-1145060-mg-2009-0115182-2-stj/inteiro-teor-21076167>> Acesso em: 29.mar.2014.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 foram revogadas, sendo determinado no artigo 1.723⁵: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Portanto, não há mais o requisito de exigibilidade de tempo de convivência, mas outros elementos.

É indiscutível o avanço trazido pelo Código Civil de 2002, contudo, alguns problemas foram apresentados, como ocorre no campo do direito sucessório, em que será demonstrado no decorrer do trabalho.

1.3 DEVERES DOS COMPANHEIROS

Conforme artigo 1.724, do CC⁶: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Portanto, assim como no casamento, o instituto da união estável devem observar direitos e deveres.

O dever de lealdade, como relaciona Pablo Stolze⁷:

O dever de lealdade, compreensivo do compromisso de fidelidade sexual e afetiva, remete-nos à ideia de que a sua violação, aliada à insuportabilidade de vida em comum, poderá resultar na dissolução da relação de companheirismo.

Respeito, como pressuposto da própria lealdade, é outro dever consistente em não ofender os direitos da personalidade do companheiro.

A assistência, por sua vez, pode ser visto como auxílio moral, espiritual e material, consistente no apoio alimentar.

Por fim, no que se refere ao dever de guarda, sustento e educação dos filhos, são semelhantes aos previstos no artigo 1.566, IV, do CC, ou seja, são definidos da mesma forma como como se dá no casamento.

1.4 DIREITOS DOS COMPANHEIROS

⁵BRASIL Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

⁶ Ibid.

⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso Direito Civil: Direito de Família*. V. VI, 2.ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 515.

A união estável, como instituto constitucionalmente possível, possui direitos no plano material, quais sejam: alimentos, meação e herança.

1.4.1 Alimentos

O direito à alimentos está previsto no artigo 1.694, e seguintes, do CC, bem como na Lei 5.478/68, devendo ser aplicada tanto para separação judicial no caso de casamentos, quanto para o instituto da união estável. Tal direito será usufruído na hipótese de dissolução da união estável e desde que preencha os requisitos do binômio: necessidade e possibilidade.

Vale destacar, que tal direito poderá ser perdido se cometer algum ato de indignidade, contrário ao artigos 1.708 e 1.724, ambos do Código Civil.

Cumpra analisar, que é possível pleitear o direito de alimentos na via judicial, como preceitua Silvio de Sávio Venosa⁸:

Os companheiros, assim como os cônjuges, têm a faculdade de oferecer alimentos, em ação prevista no art. 24 da Lei n. 5.478/68, ao tomarem a iniciativa de deixar o lar comum. Prevê a referida lei o desconto em folha de pagamento do alimentante, como meio de assegurar o pagamento da pensão (art. 17), bem como a possibilidade de serem fixados alimentos provisórios pelo juiz. Estes, todavia, exigem prova pré-constituída do parentesco, casamento ou companheirismo (art. 4º).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que é possível haver obrigação alimentar em união estável (Agravo Regimental no Agravo nº 598.588/RJ)⁹.

1.4.2 Meação e regime de bens

Conforme artigo 1.725, do Código Civil¹⁰, prevê: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Vale mencionar, que tal dispositivo equipara a união estável ao casamento realizado sobre o regime da comunhão parcial de bens (artigos 1.658 a 1.666, do CC).

⁸VENOSA, op. cit, p.601.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 598.588/RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Publicado em 03 de outubro de 2005. Disponível em: <http://ementario.blogspot.com.br/2007/07/unio-estvel-alimentos-civil-e.html>. Acesso em: 28 de mar de 2014. Acesso em 29.mar.2014.

¹⁰BRASIL Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

E, sendo assim, os bens adquiridos na constância da união estável, deverão ser partilhados, no caso de dissolução da entidade familiar.

Faz-se mister observar, é necessário contrato escrito, no caso do desejo de determinar regime diferente da comunhão parcial de bens.

Em outras palavras, Pablo Stolze¹¹:

O denominado contrato de convivência traduz verdadeiro pacto firmado entre os companheiros, por meio do qual são disciplinados os efeitos patrimoniais da união, a exemplo da adoção de regime de bens diverso daquele estabelecido por lei.

Cumprido analisar, no caso de falecimento, o companheiro sobrevivente terá direito a metade dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável. A outra metade será reservada aos herdeiros necessários, denominada de legítima (artigos 1.659 e 1.660, do Código Civil).

1.4.3 Sucessão hereditária

Conforme demonstrado no tópico anterior, a herança se limita aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável.

Todavia, tal tema, devido sua relevância, é o objeto central do presente trabalho, denominado Direito Sucessório do companheiro à luz do princípio da isonomia, e, para tanto, será tratado em capítulo reservado, destinado ao estudo específico.

2. DIREITO SUCESSÓRIO

Nos termos do artigo 1.784 até 2.027, do Código Civil, o direito das sucessões consiste em um conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, por testamento ou em virtude de lei, depois da sua morte.

2.1 CONCEITO

Primeiramente, cumpre destacar o que significa sucessão, pois bem, em sentido amplo, é a substituição de uma pessoa, física ou jurídica, por outra, no qual assume a titularidade de obrigações e direitos do sucedido.

¹¹GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso Direito Civil. Direito de Família. V. VI, 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 462.

Vale ressaltar que a sucessão pode ser *inter vivos*, denominada também de substituição obrigacional, o qual ocorre mediante a transmissão de direitos e obrigações por negócio *inter vivos*. A sucessão pode ser ainda *causa mortis*, e, é essa que interessa para o direito sucessório do presente trabalho.

Assim, a sucessão hereditária, é a transmissão de bens deixados pelo falecido para os herdeiros ou legatário.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹²:

No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão causa mortis. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do de cujus ou autor da herança a seus sucessores.

Em outras palavras, no mesmo sentido, Arnald Wald¹³ explica: “Os pontos principais que ao direito das sucessões cabe resolver são, pois, a verificação da morte do autor, com a abertura da sucessão, que é automática, ocorrendo simultaneamente com o falecimento”.

Vale ressaltar, por fim, que o Direito Sucessório também é aplicado em entidade familiar reconhecida como união estável, isso se deu após o o reconhecimento constitucional sobre tal instituto no Direito Civil brasileiro.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Abordando rapidamente sobre esse ponto, vale descrever, que o direito sucessório tem um ponto em comum no decorrer da histórica evolução, qual seja: continuidade de família.

Em Roma, na Grécia Antiga, o homem desempenhava sempre o maior papel, sendo que no direito das sucessões, a herança era transmitida apenas para os homens.

Posteriormente, com a Lei das XII Tábuas, foi estabelecido que poderia o dono da herança dispor de seus bens como bem entendesse. E, assim foi por muito tempo, sendo determinada regra de vocação hereditária.

Na França, no século XVIII, foi estabelecida a regra do *droit de saisine*, que significa que a herança dos herdeiros são transmitidas com a morte para os herdeiros

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Sucessões*. V. 7, 6.ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 17.

¹³WALD, Arnald. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 24.

legítimos, os herdeiros naturais e para o cônjuge sobrevivente. Ademais, com a Revolução Francesa, foi abolido o direito de primogenitura e o privilégio da masculinidade.

O direito português introduziu o princípio da *saisine*, determinando que transmissão dos bens se dará no momento da morte, para os herdeiros legítimos.

No mesmo sentido, o Código Civil de 1916, disciplinava no artigo 1.572¹⁴: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Ou seja, era reconhecida família apenas como aquela única e exclusivamente formada pelo casamento indissolúvel, não sendo reconhecido o direito de companheiro(a). Como exemplo desse afastamento, pode ser citado o artigo 1.177, CC/16 que determinava: Nula a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, dentre outros casos semelhantes, previstos no artigos 1.474 e 1.719, III.

Houve modificações no Direito Brasileiro. O Código Civil de 2002, em vigor, sofreu diversas alterações, mantendo seu escopo fundamental de “direito da mortalidade”¹⁵. A Constituição Federal disciplina tal instituto em comento nos artigos 5º, XXX e 227, § 6º, assegurando a paridade de direitos sucessórios.

Porém, somente com o decorrer dos anos e observando a mudança da sociedade, que a jurisprudência, junto com a Lei 9.278/1996, passou a assegurar direito à sucessão entre os companheiros.

Contudo, no que se refere ao Direito Sucessório a igualdade de direitos e deveres ainda não foi concretizada de forma integral.

2.3 CONTEÚDO DO DIREITO SUCESSÓRIO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXX, garante o direito de herança. O direito sucessório, no Código Civil é tratado em títulos, quais sejam: sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária, inventário e partilha.

O título I, mais especificamente previsto nos artigos 1.784 até 1.828, do Código Civil, diz respeito à administração da herança, vocação hereditária, aceitação e renúncia da herança, dos excluídos da sucessão, herança jacente e da petição de herança.

Esse ponto merece breve ponderação, uma vez que o artigo 1.790, do Código Civil, determina: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos

¹⁴BRASIL Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

¹⁵GONÇALVES, op. cit., p. 21.

bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Ou seja, ponto cerne do presente trabalho, e nesse sentido preceitua o autor Carlos Roberto:

Nessa parte procedeu o legislador a inúmeras inovações, destacando-se a que inclui o companheiro ou companheira supérstites na sucessão do falecido, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em concorrência com descendentes e colaterais.¹⁶

No decorrer do Código Civil, no Livro: Direito das Sucessões, é definido no Título II a respeito da sucessão legítima.

Cumprir observar, que a sucessão pode ser legítima ou testamentária. Essa última, como o próprio nome diz, decorre de testamento deixando pelo falecido. Por sua vez, a sucessão legítima é a que decorre da força da lei, obedecendo a seguinte ordem de vocação hereditária: descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais, município

O Título III trata da sucessão testamentária. Um adendo precisa ser feito nesse ponto, e esclarecer que o testamento é um negócio jurídico pelo qual alguém, ainda em vida, dispõe de seus bens, no todo ou em parte, para alguém ter direito depois de sua morte, conforme artigo 1.857.

Por fim, no Título IV, é tratado sobre inventário e partilha, tratando dos temas mais diversos, dentre eles pode-se citar alguns, como: da colocação, do pagamento das dívidas, da partilha, garantia dos quinhões hereditários, dentre outros.

2.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Silvio de Salvo Venosa¹⁷, ensina: “o direito das sucessões disciplina a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareção física da pessoa, a seus sucessores”.

A vocação hereditária: “cuida da legitimação para invocar a titularidade da herança”¹⁸. Este tema abrange a ordem a ordem sucessória, ou seja a ordem dos legitimados para suceder.

O Código Civil disciplina a seguinte ordem:

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

¹⁶ Ibid. p. 26.

¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4

¹⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 64.

- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Essa é a regra estabelecido pela norma jurídica vigente. Contudo, neste trabalho só será demonstrado os pontos controvertidos no que se refere ao cônjuge e ao companheiro.

2.4.1 Direito Sucessório do cônjuge

No código civil de 2002 houve alterações no que se refere ao cônjuge, no sentido de ampliar seus direitos.

Nos termos do artigo 1.838, do Código Civil: Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, desde que não tenha ocorrido a separação judicial.

Conforme artigo 1.845, do CC, junto com os ascendentes e descendentes, o cônjuge se torna herdeiro necessário, assim caberá a esse metade dos bens da herança, denominada de legítima.

Carlos Roberto¹⁹ no mesmo sentido: “O cônjuge, sendo herdeiro necessário, não pode ser totalmente excluído da sucessão por testamento deixado pelo de cujus (CC, art. 1.850). Tem direito à legítima, ou seja, à metade dos bens da herança (art. 1.846).”

Vale ressaltar que no caso de regime da comunhão universal de bens, a metade dos bens pertence ao cônjuge sobrevivente, constituindo a meação. No regime da comunhão parcial de bens, a meação incide no patrimônio adquirido na constância do casamento, patrimônio comum.

Deve-se destacar o teor da súmula 377²⁰, do Superior Tribunal Federal, que disciplina: “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Assim, justificando o parágrafo anterior, ao cônjuge sobrevivente competirá metade dos bens que foram adquiridos na constância do casamento. Cumpre observar, que conforme preceitos acima, seria desnecessário atribuir ao cônjuge mais alguma quota herança.

19GONÇALVES, Carlos Roberto. Direitos das Sucessões: Sinopses Jurídicas. V. 4, 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 49.

20BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Portanto, salvo no regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal e de separação obrigatória de bens, o cônjuge herda com os herdeiros, de maneira conjunta, nos seguintes casos: separação total de bens, participação final nos aquestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens.

Em concorrência com ascendentes e descendentes, o cônjuge sobrevivente possui direito à herança de quinhão igual aos que sucederem por cabeça, não podendo sua parte, ser inferior à quarta parte da herança (artigo 1.832, do CC).

O artigo 1.838, assim determina:

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

Contudo, tal dispositivo não retrata a realidade da separação de fato, uma vez que isto não extingue a sociedade conjugal.

No caso de haver uma união estável, após a separação de fato, a companheira irá concorrer com o cônjuge em iguais condições? Aplicando princípios que norteiam a entidade familiar e os artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, deverá ser visto que a união estável foi o ponto divisor para que o cônjuge sobrevivente deixe de ter direitos sucessórios, com o fim de evitar injustiças e conflitos.

2.4.2 Direito Sucessório do companheiro

O artigo 1.790, do Código Civil, possibilita a hipótese do companheiro participar da sucessão. Nesse sentido:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança²¹.

Antes de entrar no cerne da questão, é importante destacar que à respeito do tema do direito sucessório do companheiro o art. 2º da Lei n. 8.971/94 dispõe:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de

²¹BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.²²

Ficou estabelecido em tal dispositivo preferência na ordem de vocação hereditária da sucessão do companheiro. Contudo, analisando o artigo 1.790, já citado, observa-se que o Código Civil de 2002 recuou, visto que o legislador preferiu dar tratamento diferenciado ao cônjuge e ao companheiro.

O legislador preferiu dar tratamento distinto a sucessão concorrente, ou seja, a concorrência com os herdeiros de primeira vocação (descendentes), no qual aplicou regra distinta para a concorrência de filhos do convivente supérstite e do convivente falecido. Ademais, outra situação, com tratamento diferenciado, se refere a descendentes exclusivos do autor da herança, em que terá direito na mesma proporção dos filhos comuns e metade da proporção cabível aos filhos exclusivos do *de cujus*.

Maria Helena Diniz²³ determina uma solução para esse impasse:

Há quem ache que, na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria direito apenas à totalidade da herança, no que atina aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois o restante seria do Poder Público, por força do art. 1844 do Código Civil. Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia adquirir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro, que, no artigo sub examine, seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro é que o Poder Público entra como sucessor. Se houver herdeiro, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cujus, na qualidade de sucessor. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, inclusive, bens particulares do de cujus, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1844, 1ª. Parte, do Código Civil, que é uma norma especial. Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o de cujus, do direito à totalidade da herança dando prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica. Aplicando-se o art. 5º. Da Lei de Introdução ao Código Civil, procura-se a solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente.

Analisado o Código Civil, fica evidente o descuido do legislador e a inobservância do princípio da isonomia. Todavia, a jurisprudência admite que o artigo 1.790, do CC, não fere o princípio da isonomia.

²²BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Direito das sucessões*. V. 6, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 133/134

3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Antes de entrar no cerne da questão, cumpre ressaltar que a isonomia não se resume em tratar com desigualdade os iguais e os desiguais com igualdade.

3.3 CONCEITO

O princípio da isonomia foi trazido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, inciso I, em que consagra que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção.

Contudo, o próprio legislador estabelece desigualdades, como exemplos pode ser citado a isonomia entre o homem e mulher, destacando-se o artigo 143, §§ 1.º e 2.º, no que diz respeito ao serviço militar obrigatório, bem como o artigo 1.790, do Código Civil, no que diz respeito a sucessão de companheiro ser diferente a do cônjuge.

Assim, diante dessas e outras suposições, é difícil compreender até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade.

Pedro Lenza²⁴, a respeito do princípio da isonomia estabelece três parâmetros:

[...] questões a serem observadas, a fim de se verificar o respeito ou desrespeito ao aludido princípio. O desrespeito a qualquer delas leva à inexorável ofensa à isonomia. Resta, então, enumerá-las: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Cumpre observar, assim, que o princípio da isonomia, também denominado de princípio da igualdade, diz respeito ao fato de que os direitos e deveres são isonômicos, entre homem e mulher, não tendo o que se falar em diferenças entre membros da mesma entidade familiar. Ademais, no que se refere a isonomia entre esposa e companheira, deveria tal princípio se fazer presente, contudo será visto em ponto mais específico e definida a diferença tratada pelo legislador brasileiro.

Portanto, o princípio da igualdade é cláusula pétrea, não podendo o legislador definir diferença na produção da lei, muito menos quanto na interpretação e aplicação da legislação.

3.4 DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO À LUZ DA ISONOMIA

²⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 974.

O objeto principal deste trabalho diz respeito a discussão sobre a igualdade entre o companheiro da união estável e o marido, ou esposa no casamento, visto que no instituto da união estável o legislador deixou de observar a real posição da companheira, qual seja: esposa.

Nesse sentido, a maior afronta da legislação diz respeito ao princípio da isonomia, visto que o companheiro não passa de herdeiro legítimo, e o cônjuge é elevado a condição de herdeiro necessário.

Conforme demonstrado, a Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar, neste sentido, muitos autores doutrinários determinam que a sucessão hereditária do companheiro é inconstitucional, uma vez que determina tratamento diferenciado em direitos sucessórios.

Maria Berenice Dias²⁵, ao analisar tal questão, propõe:

O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado. Ainda bem que a jurisprudência vem se inclinando neste sentido.

Assim, para dar efetividade a previsão do artigo 226, da Constituição Federal, deve haver observância do princípio da isonomia no direito sucessório do(a) companheiro(a).

Todavia, ainda há decisões em desrespeito a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do CC, nesse sentido:

Agravo de Instrumento nº 0018723-77.2014.8.19.0008 (Data de Julgamento: 17/07/2014) Agravante: Priscila Ramiro Pereira, Agravada: Ormy de Souza Peixoto, Agravado: Gilberto Moraes, Relatora: Des. Elisabete Filizzola, Ref. Proc. nº 0000998-56.2011.8.19.0008 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO. COMPANHEIRA. ATO QUE ORDENA ESCLARECIMENTOS QUANTO À ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL E A CITAÇÃO DE OUTROS HERDEIROS (COLATERAIS). CUNHO DECISÓRIO: INEXISTÊNCIA. ORDEM SUCESSÓRIA, ADEMAIS, AINDA A SER ANALISADA CONCRETAMENTE. I) Não ostenta conteúdo decisório o ato que se limita a determinar esclarecimentos quanto ao eventual ajuizamento da ação de reconhecimento de união estável, além de determinar a citação de herdeiros não habilitados. II) Espécie em que, de qualquer forma, cumpre convocar os demais possíveis herdeiros, até que seja solvida a dúvida quanto à existência da alegada união estável, além de que, na estrita forma do art. 1.790 do CC, a sucessão da companheira se sujeita a regramento próprio e especial em relação à sucessão do cônjuge, notadamente no que diz com o concurso com demais herdeiros.²⁶

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

²⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº. 0018723-77.2014.8.19.0008. Relatora Desembargadora Elisabete Filizzola. Disponível em:

Ou seja, diante da real atualidade seria necessário juízo de valor sobre o princípio da equidade no direito sucessório, o que não é observado em todas as decisões conforme demonstrado.

Em sentido oposto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO N°. 0053635-37.2013.8.19.0000 (Data de Julgamento: 30/06/2014) - SEXTA CÂMARA CÍVEL, AGRAVANTE: RAIMUNDO NONATO NEVES DA SILVA AGRAVADO: ESPÓLIO DE PAULO ROGERIO NEVES SILVA REP/P/S/INVENTARIANTE ONIVIA DILMA SILVA, RELATORA: DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO, AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – SUCESSÃO – CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRA SOBREVIVENTE E COLATERAL – RECURSO INTERPOSTO PELO IRMÃO DO FALECIDO PRETENDENDO SER HABILITADO NA HERANÇA EM CONCORRÊNCIA COM A COMPANHEIRA - RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 0019097-98.2011.8.19.0000 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DO ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL, ANTE A VIOLAÇÃO DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DEVENDO PREVALECER AS REGRAS SUCESSÓRIAS CONSTANTES DO ARTIGO 1.829 E SEGUINTE DO CÓDIGO CIVIL - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 226, §3º DA CR/88, PARA EQUIPARAR O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO, POIS TANTO A RELAÇÃO ORIUNDA DE CASAMENTO, COMO A ORIUNDA DE UNIÃO ESTÁVEL CONSTITUI FAMÍLIA PARA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - DESSA FORMA, SE NA SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS NÃO HÁ DESCENDENTES OU ASCENDENTES DO FALECIDO, SERÁ A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDEIRA UNIVERSAL DOS BENS DEIXADOS PELO DE CUJUS. RECURSO DESPROVIDO.²⁷

Por fim, vale destacar que não há decisão majoritária à respeito do tema, possuindo decisões nos dois sentidos. Contudo, o ideal, é observar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do CC, reconhecendo a igualdade entre as entidade familiar, mais especificamente entre cônjuge e companheiro(a), no direito sucessório, uma vez conforme explicado no decorrer do trabalho, a Constituição Federal, em seu artigo 227, não difere casamento de união estável, para fins de reconhecimento de entidade familiar.

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040762C69D5E9D3EB9B58FD1ED152B881BC5031B153B0B>>. Acesso em: 02.set.2014.

²⁷BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n°. 0053635-37.2013.8.19.0000. Relatora Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040762C69D5E9D3EB9B58FD1ED152B881BC5031B153B0B>>. Acesso em: 02.set.2014.

CONCLUSÃO

A união estável, como instituto constitucionalmente possível, e por ser uma entidade familiar, deve possuir os mesmos direitos e deveres do instituto do casamento.

É indiscutível o avanço trazido pelo Código Civil de 2002, visto que o direito sucessório também é aplicado em entidade familiar reconhecida como união estável, isso se deu após o reconhecimento constitucional sobre tal instituto no Direito Civil Brasileiro.

No artigo 1.790, do Código Civil, fica evidente o descuido do legislador e a inobservância do princípio da isonomia, no que diz respeito ao direito sucessório do companheiro(a). A maior afronta da legislação diz respeito ao princípio da isonomia, visto que o companheiro não passa de herdeiro legítimo, e o cônjuge é elevado à condição de herdeiro necessário.

Conforme demonstrado, a Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar, nesse sentido, muitos autores doutrinários determinam que a sucessão hereditária do companheiro é inconstitucional, uma vez que determina tratamento diferenciado em direitos sucessórios.

Diante da atualidade é necessário juízo de valor sobre o princípio da equidade no direito sucessório, o que não é observado em todas as decisões conforme demonstrado.

Apesar da jurisprudência se inclinar para a observância do princípio da isonomia no que diz respeito à sucessão do companheiro, não há decisão majoritária a respeito do tema, possuindo decisões nos dois sentidos.

Assim, o ideal, é observar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, reconhecendo a igualdade entre as entidade familiar, mais especificamente entre cônjuge e companheiro(a), no direito sucessório, uma vez conforme explicado no decorrer do trabalho, a Constituição Federal, em seu artigo 227, não difere casamento de união estável, para fins de reconhecimento de entidade familiar.

Isso posto, conclui-se que a efetiva aplicação do jargão, tratar os iguais de forma igual, e os desiguais na medida de suas desigualdade, é a forma mais correta de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1145060-MG,. Relator a Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DOU de 26 setembro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076166/recurso-especial-resp-1145060-mg-2009-0115182-2-stj/inteiro-teor-21076167>> Acesso em: 29.mar.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 598.588/RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Publicado em 03 de outubro de 2005. Disponível em: <http://ementario.blogspot.com.br/2007/07/unio-estvel-alimentos-civil-e.html>. Acesso em: 28 de mar de 2014. Acesso em 29.mar.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº. 0018723-77.2014.8.19.0008. Relatora Desembargadora Elisabete Filizzola. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040762C69D5E9D3EB9B58FD1ED152B881BC5031B153B0B>>. Acesso em: 02.set.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº. 0053635-37.2013.8.19.0000. Relatora Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040762C69D5E9D3EB9B58FD1ED152B881BC5031B153B0B>>. Acesso em: 02.set.2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito de Família*. V.5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso Direito Civil: Direito de Família*. V. VI, 2.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Sucessões*. V. 7, 6.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direitos das Sucessões: Sinopses Jurídicas*. V 4, 14.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Direito Civil: direito de família e sucessões*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio da Sávio. *Direito Civil: direito de família*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnald. *Direito Civil: Direito das Sucessões*.15.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.